

## **II. Entterritorialisierung des Öffentlichen Rechts**



Dritter Beratungsgegenstand:

## **Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts**

1. Referat von *Kirsten Schmalenbach*, Salzburg\*

### Inhalt

	Seite
I. Neue Räume .....	246
II. Territorialität des nationalen Rechts .....	248
III. Annäherung an den Begriff: Entterritorialisierung des Rechts ..	249
IV. Diskursfelder .....	250
1. Transnationale (Rechts-)Räume .....	250
a) Entterritorialisierte Rechtsverhältnisse .....	250
b) Entterritorialisierte Regelungsbereiche .....	251
2. Europäischer Rechtsraum .....	253
a) Horizontale Entterritorialisierung .....	253
b) Supraterritorialität .....	255
3. Nationale und unionale Regelungsräume .....	257
a) Extraterritoriale Regelungszuständigkeit .....	257
b) Entterritorialisierte Regelungswirkung .....	258
c) Entterritorialisierte Werte .....	261
4. Internationaler Menschenrechtsraum .....	265
a) Territoriale Herrschaftsbeziehung .....	266
b) Entterritorialisierte Herrschaftsverhältnisse .....	268
V. Schlussbetrachtung .....	271

---

\* Für Anregungen, unermüdliche Diskussionen und wertvollen Rat danke ich *Magdalena Pöschl*, *Markus Kotzur*, *Stephan Kirste* und *Anja Seibert-Fohr*, sowie für ihre engagierte Unterstützung *Robert Kogler* und *Anne-Carlijn Prickartz*.

## I. Neue Räume

Niemand kann behaupten, Territorium habe im 21. Jahrhundert seine Bedeutung verloren. Das ungebremste staatliche Streben nach Territorium manifestiert sich in jedem Winkel dieser Welt, Grenzstreitigkeiten dominieren die Arbeit des Internationalen Gerichtshofs,<sup>1</sup> es gibt sie selbst in der Europäischen Union.<sup>2</sup> Das kann nicht überraschen,<sup>3</sup> denn Territorium ist das physikalische Machtgefäß des Staates,<sup>4</sup> die Heimstatt seiner Souveränität, deren geographische Koordinaten in die Verfassung geschrieben, durch Grenzsteine markiert und mitunter zur kollektiven Vergewisserung in der Nationalhymne besungen werden.<sup>5</sup> Territorium ist Raum der Sicherheit und gesicherter Raum, der vor äußeren Kräften und fremden Menschen abgeschirmt wird, zumal Territorium der staatsdefinierten Gesellschaft traditionell Identität vermittelt.<sup>6</sup> Abwehrreflexe gegen unkontrollierten Flüchtlingszustrom und EU-Migration zeigen, wie sehr eine staatsdefinierte Gesellschaft auch heute noch von der Idee eines abgegrenzten Territoriums zehrt, und dennoch setzt gerade am modernen Gesellschaftsbild ein entscheidender Wandel an, die sozio-geographische Globalisierung.

Sie ist gekennzeichnet durch globale Kommunikations- und Datenströme, die Raum und Zeit komprimieren.<sup>7</sup> Ihre Folge sind gesellschaftlich produzierte,<sup>8</sup> transnationale, virtuelle und plurilokale Räume<sup>9</sup> wie z.B.

---

<sup>1</sup> Verstärkt im Bereich maritimer Grenzen: IGH, Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), anhängig seit 28.4.2014; Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), anhängig seit 26.2.2014; Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), anhängig seit 16.9.2013.

<sup>2</sup> Z.B. Grenzstreit zwischen Slowenien und Kroatien über den Zugang zum Meer in der Bucht von Piran, s. Emmanuel Brunet-Jailly (Hrsg.) *Border Disputes. A Global Encyclopedia*, Bd. 1, Territorial Disputes, 2015, 563.

<sup>3</sup> *John Hickman* Space is Power: The Seven Rules of Territory, 2016, 5 ff.

<sup>4</sup> *Anthony Giddens* A Contemporary Critique of Historical Materialism, Bd. 1, Power, Property and the State, 1981, 11.

<sup>5</sup> *Udo Di Fabio* Verschiebung oder Auflösung von Grenzen, in: Winfried Brugger/Görg Haverkate (Hrsg.) *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie*, 2002, 153.

<sup>6</sup> *Peter Häberle* Nationalhymnen als kulturelles Identitätselement des Verfassungsstaates, 2. Aufl. 2013, 34.

<sup>7</sup> *David Harvey* The Conditions of Postmodernity: An Inquiry into the Origins of Cultural Exchange, 1989, 249 f.

<sup>8</sup> *Henri Lefebvre* The Production of Space, 1991, 68.

<sup>9</sup> *Ludger Pries* Transnationalisierung der sozialen Welt, 2008, 195, definiert transnationale soziale Räume als „relativ dauerhafte, auf mehrere Orte verteilte bzw. zwischen mehreren Flächenräumen sich aufspannende verdichtete Konfigurationen von sozialen Alltagspraktiken, Symbolsystemen und Artefakten. Sie sind [...] in verschiedenen Territorien [...]

Kommunikationsräume, Migrationsräume, Handelsräume. Diese sozialen Räume, die neuen Fixpunkte der kritischen Sozialwissenschaften, bestehen aus geographisch verstreuten Akteuren und sind ständig im Fluss.<sup>10</sup> Ohne geographische Bezüge und Verortungen sind diese Räume vor allem eines: entterritorialisiert.<sup>11</sup> Die so vermessene neue Welt<sup>12</sup> hat Konsequenzen für den Territorialstaat. Von seinem Rückzug als relevante Ordnungskraft ist zu lesen,<sup>13</sup> gar vom Ende des Territoriums an sich.<sup>14</sup> In dieser Radikalität denken allerdings die wenigsten Globalisierungstheoretiker, und das zu Recht: Auch Internetnutzer lassen sich irgendwo geographisch verorten, denn der Mensch ist nun einmal ein territoriales Wesen.<sup>15</sup> Virtuelle soziale Räume sind konstruierbar, darin leben kann man nicht. Trotzdem nehmen die Sozialwissenschaften die entterritorialisierten, sozialen Räume zum Anlass, von der Vorstellung abzurücken, Territorium sei der statische Container<sup>16</sup> souveräner Herrschaftsgewalt. Für *John Agnew* ist das Festhalten am Container-Modell eine „territoriale Falle“,<sup>17</sup> für die Staatsrechtslehre ist es dagegen das Beharren auf der „territorialen Heimat“ des Staates und seines Herrschaftsinstruments, des Rechts.

---

verankert, die wiederum in andere sozialräumliche Einheiten – z.B. von nationalen Container-Gesellschaften – eingewoben sind“.

<sup>10</sup> *Manuel Castells* *The Rise of the Network Society*, 2009, 407 ff.

<sup>11</sup> *Jan Aart Scholte* *Globalization: A Critical Introduction*, 2005, 60 ff., der aufgrund der zumeist bestehenden räumlichen Verankerung von supraterritorialen Räumen spricht. Auch makrosoziologische Weltgesellschaftstheorien erklären mit Blick auf die sozialen Vernetzungen über geographische Grenzen hinweg die Vorstellung von lokal begrenzten, geschlossenen Räumen zur Fiktion; *Manfred Prisching* *Die Weltgesellschaft – Idee und Realität*, in: Peter Koller (Hrsg.) *Die globale Frage. Empirische Befunde und ethische Herausforderungen*, 2006, 47 (49).

<sup>12</sup> Angelehnt an *Daniel Kehlmann* *Die Vermessung der Welt*, 2005.

<sup>13</sup> *Susan Strange* *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, 1996, 66 ff.; *David Newman* *Territory, Compartments and Borders: Avoiding the Trap of the Territorial Trap*, *Geopolitics* 15 (2010), 773 (775).

<sup>14</sup> *Bertrand Badie* *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité social du respect*, 1995.

<sup>15</sup> *Daniel-Erasmus Kahn* *Territory and Boundaries*, in: Bardo Fassbender/Anne Peters (Hrsg.) *The History of International Law*, 2012, 225 (226).

<sup>16</sup> *Peter J. Taylor* *The State as Container: Territoriality in the Modern World-System*, *Progress in Human Geography* 18 (1994), 151.

<sup>17</sup> *John Agnew* *The territorial trap: the geographical assumptions of international relations theory*, *Review of International Political Economy* 1 (1994), 53.

## II. Territorialität des nationalen Rechts

Schon vor der westfälischen Zeitenwende war Territorium für einen Herrschaftsverband von fundamentaler Bedeutung. Das ließ *Hugo Grotius* 1625 überlegen, ob der lateinische Begriff „territorium“ wohl von „terra“, Land, stamme, oder vielleicht von „terrendi iure“, dem Recht, Furcht einzuflößen.<sup>18</sup> Etymologisch lässt sich das nicht mit Sicherheit sagen,<sup>19</sup> doch steht fest, dass die moderne Verwendung des Begriffs eine Kombination von beidem ist, Land und Herrschaft.<sup>20</sup> „Territorium“ bezeichnet den geographischen Herrschaftsbereich einer politischen Entität.<sup>21</sup> Territorialität ist die dazugehörige Strategie, durch die exklusive Kontrolle über das Territorium die Kontrolle über Personen und Sachen zu erlangen.<sup>22</sup>

Der moderne Staat bedient sich zur Umsetzung dieser Strategie des territorialen Rechts,<sup>23</sup> mit der Folge einer in mehr als 200 staatliche Rechtsordnungen parzellierten Welt, in der jede Einzelne die territoriale Geltung und Anwendung auf dem Staatsgebiet für sich in Anspruch nimmt. Die so umrissene Territorialität des nationalen Rechts hat sich dabei weder stringent noch linear entwickelt, zumal sich das Privatrecht nach einer Phase lokaler Abschottung gegenüber ausländischen Rechtsordnungen geöffnet hat.<sup>24</sup> Anders als das Privatrecht nehmen wir aber das öffentliche Recht in der Tradition *Otto Mayers*<sup>25</sup> immer noch als im Kern territorial wahr,<sup>26</sup> insbesondere weil sich Staaten prinzipiell<sup>27</sup> weigern, das öffentliche Recht

<sup>18</sup> *Hugo Grotius* De jure belli ac pacis libris tres, Lib. III, 1646 (posthum überarbeitete Fassung), Cap. VI, § IV, 2.

<sup>19</sup> Oxford English Dictionary, Bd. 17, 1989, 819.

<sup>20</sup> *Margaret Moore* A Political Theory of Territory, 2015, 15.

<sup>21</sup> *Moore* Political Theory (Fn. 20), 15; kritisch *Andrea Brigenti* In Territory as Relationship and Land as Territory, Canadian Journal of Law and Society 21 (2006), 65 (66); in den Sozialwissenschaften werden die Begriffe Territorium, Raum, Region und Ort unterschiedlich definiert und verwendet, s. *Michael Keating* Rescaling the European State, 2013, 16.

<sup>22</sup> *Robert David Sack* Human Territory. Its Theory and History, 1986, 21 ff.

<sup>23</sup> Historisch betrachtet gab es schon ab dem Spätmittelalter in den italienischen Stadtstaaten und in Frankreich territoriale Rechte, s. *Alex Mills* The Private History of International Law, International and Comparative Law Quarterly 55 (2006), 1 (13).

<sup>24</sup> *Christiane Wendehorst* Denkschulen im Internationalen Privatrecht, Veröffentlichung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 45 (2012), 33 (36 ff).

<sup>25</sup> *Otto Mayer* Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, 1893, § 62: „Innerhalb ihres Gebietes ist sie Herr, ist sie allein das, was nach dem allgemeinen Begriff Staatsgewalt sein soll. Dem Gebiet ihrer Schwestern erkennt sie für diese die gleiche Bedeutung zu“.

<sup>26</sup> Zum Unterschied zur Anerkennung ausländischer Hoheitsakte s. *Christoph Ohler* Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2005, 50 f.

<sup>27</sup> Zu den Ausnahmen des Territorialitätsprinzips *Gerhard Kegel/Ignaz Seidl-Hohenveldern* Zum Territorialitätsprinzip im internationalen öffentlichen Recht, FS Murad Ferid, 1978, 233 (239 f.).

anderer Staaten anzuwenden;<sup>28</sup> im Gegenzug wird reziprokes Verhalten respektiert.<sup>29</sup> Argumentativer Ausgangspunkt für das Territorialitätsprinzip ist die Natur des öffentlichen Rechts; es ist nicht nur Instrument der staatlichen Herrschaft, sondern auch Mittel zur Förderung des allgemeinen Wohls der Einwohner, *bonum commune*, sowie Ausdruck von politischer Gestaltung und öffentlichem Interesse.<sup>30</sup> Der so gerechtfertigte klassisch-territoriale Zuschnitt des öffentlichen Rechts gerät von drei Seiten unter Druck: Durch die territorial ungebundenen Räume und Probleme des globalen Zeitalters, durch den Integrationsprozess des europäischen Raums, und durch die Erstreckung öffentlicher Gewalt über die staatliche Grenze hinaus. Müssen wir uns also von der territorialen Logik des öffentlichen Rechts verabschieden?

### III. Annäherung an den Begriff: Entterritorialisierung des Rechts

Der Begriff der Entterritorialisierung stammt ursprünglich aus der Psychoanalyse,<sup>31</sup> wurde dann aber in der Philosophie von *Deleuze* und *Guattari* zweckentfremdet, um – etwas verkürzt – die Decodierung eines etablierten Systems zu bezeichnen.<sup>32</sup> Der Siegeszug des Begriffs quer durch alle Wissenschaftsdisziplinen<sup>33</sup> hat auch vor den Rechtswissenschaften nicht Halt gemacht. Hier erhält der Begriff nun einen neuen und spezifischen Bezugsrahmen – das Recht – und damit zugleich eine neue theoretische Ausrichtung.

Semantisch betrachtet bezeichnet die Entterritorialisierung des Rechts einen Prozess, der das Recht von seiner ursprünglich territorialen Verankerung löst. Ohne eine territoriale Verankerung unterliegen die Sachverhalte, die von der Sollensanordnung des Rechts erfasst werden, keiner geogra-

<sup>28</sup> BVerGE 75, 285 (286); BGHZ 31, 367 (371) und 64, 186 (189); kritisch *Ohler* Kollisionsordnung (Fn. 26), 43.

<sup>29</sup> *Kegell/Seidl-Hohenveldern* Territorialitätsprinzip (Fn. 27), 237.

<sup>30</sup> *Klaus Vogel* Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, 1965, 205 ff.; *Francis A. Mann* Conflict of Law and Public Law, RdC 132 (1971 I), 107 (182 ff.); zum Verhältnis öffentliches Interesse zu Gemeinwohl s. *Robert Uerpman* Das öffentliche Interesse, 1999, 26 ff.

<sup>31</sup> *Paul R. Patton* Deleuze and the Political, 2002, 106.

<sup>32</sup> *Gilles Deleuze/Félix Guattari* Capitalisme et schizophrénie, Bd. 2: Mille Plateaux, 1980, 88 f., 142.

<sup>33</sup> Neben der politischen Geographie wird Entterritorialisierung auch im politikwissenschaftlichen Zweig der kritischen Internationalen Beziehungen thematisiert (s. *David Campbell* The Deterritorialization of Responsibility: Levinas, Derrida, and Ethics After the End of Philosophy, Alternatives 19 [1994], 455), sowie in der Soziologie (s. *Robin Cohen/Paul T. Kennedy/Maud Perrier* Global Sociology, 2013, 31).

phischen Beschränkung mehr. Aus seinem territorialen Container befreit, überschreitet das Recht nicht nur die politischen Grenzen, es reicht auch in virtuelle wie extraterrestrische Räume hinein. Diese erste, staatsfixierte Annäherung an den Begriff der Entterritorialisierung ist aber nur der Ausgangspunkt, nicht der Endpunkt einer möglichen Rezeption. Vor allem ist der Begriff mehr als ein deskriptives Schlagwort, auf dessen Basis die Wissenschaft zur empirischen Bestandsaufnahme des territorialen Rechtszustandes schreitet. Der Begriff steht vielmehr für die Symptomatik des modernen Rechts, die unsere raumbezogene Rechtsvorstellung herausfordert. Das zeigt der folgende Überblick über vier Diskursfelder; sie führen uns in den transnationalen, den europäischen, den nationalen und den internationalen Rechtsraum.

#### IV. Diskursfelder

##### 1. *Transnationale (Rechts-)Räume*

###### a) *Entterritorialisierte Rechtsverhältnisse*

Die These von der Entterritorialisierung des Rechts hat einen starken Auftritt im Diskursfeld des Rechts jenseits des Staates.<sup>34</sup> Ausgangspunkt ist die Beobachtung, dass sich in entgrenzten sozialen Räumen normative Ordnungen formen, die den Bedürfnissen geographisch verstreuter und mobiler Akteure nach funktionaler Vernetzung gerecht werden. Das Phänomen gesellschaftlicher Normenproduktion reibt sich an vielen tradierten Grundannahmen der Rechtswissenschaft, allen voran am Begriff des Rechts,<sup>35</sup> und trotzdem ist es omnipräsent.<sup>36</sup> Nichtstaatliche normative Ordnungen dringen im Kielwasser gesellschaftlicher Mobilität in das staatliche Territorium ein und bilden religiöse und nationale Gesellschaftinseln, die in ihren jeweiligen gesellschaftlichen Traditionen fest verwurzelt sind. Die nationalen Rechtsordnungen gehen mit dieser Normativität jenseits des Staates ganz unterschiedlich um, insbesondere mit religiösen normativen Ordnun-

---

<sup>34</sup> *Stefan Kadelbach/Klaus Günther* Recht ohne Staat. Die Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung, 2011, 10; *Jean-Philippe Robé* Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order, in: Gunther Teubner (Hrsg.) *Global Law Without a State*, 1997, 45 (49) („construction of global deterritorialized legal orders“); *Boaventura de Sousa Santos* *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, 2002, 212 („the articulations of *lex mercatoria* [...] illustrate how dialectics of deterritorialization and reterritorialization operates in this legal field.“).

<sup>35</sup> *Kadelbach/Günther* *Recht ohne Staat* (Fn. 34), 11 ff.

<sup>36</sup> *Brian Z. Tamanaha* *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, *Sydney Law Review* 30 (2008), 375.



gen. Eine relative Unempfindlichkeit zeigt das umstrittene Beschneidungsurteil des Landesgerichts Köln,<sup>37</sup> am anderen Ende steht das Vereinigte Königreich mit der *de facto* Anerkennung<sup>38</sup> der Sharia-Gerichtsbarkeit als alternative Streitbeilegung, praktisch relevant in den Bereichen religiöser Scheidung, des Erbes und von Nachbarschaftskonflikten.<sup>39</sup> Ein anderes Beispiel für nicht-staatliche Normproduktion in entgrenzten sozialen Räumen<sup>40</sup> sind die internationalen Handelsbeziehungen und deren zumindest teilweise auf Handelsbrauch beruhenden postmodernen *leges* wie die *lex mercatoria*<sup>41</sup> und *lex maritima*<sup>42</sup>. All diese normativen Ordnungen jenseits des Staates sind bei Lichte betrachtet weniger Ausdruck einer Entterritorialisierung des Rechts, als vielmehr Ausdruck der Entterritorialisierung der Rechtsverhältnisse<sup>43</sup> privater Akteure, die durch Rechtswahl dem nationalen Recht zugunsten nichtstaatlicher Normen ausweichen.

### b) Entterritorialisierte Regelungsbereiche

Für eine Entterritorialisierung des Rechts steht dagegen die pluralistische Symbiose von privatautonom geschaffenen Normen, internationalem

---

<sup>37</sup> LG Köln, NJW 2012, 2128; auf den rechtspluralistischen Konflikt hinweisend *Patricia Wiater* Rechtspluralismus und Grundrechtsschutz: Das Kölner Beschneidungsurteil, NVwZ 2012, 1379 (1382).

<sup>38</sup> *Dominic McGoldrick* Accommodating Muslims in Europe: From Adopting Sharia Law to Religiously Based Opt Outs from Generally Applicable Laws, Human Rights Law Review 9 (2009), 603 (637 f.).

<sup>39</sup> *Werner F. Menski* Angrezi Shariat: Glocalised plural arrangements by migrants in Britain, Law Vision 10 (2008), 10; *Bassam Tibi* Europeanizing Islam or the Islamization of Europe: Political Democracy vs. Cultural Differences, in: Timothy A. Byrnes/Peter J. Katzenstein (Hrsg.) Religion in Expanding Europe, 2006, 204.

<sup>40</sup> Grundlegend hierzu *Gunther Teubner* Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society, in: ders. (Hrsg.) Global Law Without a State, 1997, 3.

<sup>41</sup> Über die genauen Rechtsquellen herrscht Unstimmigkeit, aber allgemeine Rechtsgrundsätze und Gewohnheit werden regelmäßig als zentrale Bausteine der *leges* angesehen, sichtbar gemacht durch internationale Schiedsgerichtsentscheidungen: *Berthold Goldmann* The Applicable Law: General Principles of Law – the Lex Mercatoria, in: Julian D. M. Lew (Hrsg.) Contemporary Problems in International Arbitration, 1986, 113 (114); *Graf-Peter Callies* Transnationales Handelsvertragsrecht: Private Ordnung und staatlicher Rahmen, in: Michael Zürn/Bernhard Zangl (Hrsg.) Verrechtlichung: Bausteine für Global Governance, 2004, 160 (168 ff.).

<sup>42</sup> Zur Unsicherheit über den Rechtscharakter der Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP) und der International Commercial Terms der transnationalen Seehandelspraxis s. *Andreas Maurer* Lex Maritima: Grundzüge eines transnationalen Seehandelsrechts, 2012, 52 ff.

<sup>43</sup> *De Sousa Santos* Common Sense (Fn. 34), 212.

Recht und staatlichem Recht,<sup>44</sup> wie die *lex sportiva internationalis* veranschaulicht.<sup>45</sup> Das deutsche Anti-Doping-Gesetz von 2015 verbietet strafbewehrt die Teilnahme an einem Wettbewerb des organisierten Sports unter Anwendung eines Dopingmittels, unabhängig davon, wo der Wettbewerb stattfindet.<sup>46</sup> Das Gesetz erkennt dabei in § 11 an, dass die Entscheidungen über Dopingsperren bei den internationalen und nationalen Sportverbänden liegen, die auf einem mehrstufigen Schiedsgerichtsweg überprüft werden.<sup>47</sup> Inzident verweist das Gesetz auf das dort angewendete materielle Recht.<sup>48</sup> Im Fall der Anti-Doping Division des in der Schweiz angesiedelten Internationalen Sportschiedsgerichtshofs – erstmals eingesetzt für die Olympischen Spiele 2016 – sind das die Normen des privatautonom vereinbarten World Anti-Doping Code,<sup>49</sup> die allgemeinen Rechtsgrundsätze und über den schweizerischen *ordre public* die internationalen Menschenrechte.<sup>50</sup> Die Klammer zwischen deutschem nationalen Recht und *lex sportiva internationalis* ist die UNESCO Anti-Doping-Konvention<sup>51</sup>, die

<sup>44</sup> Vgl. bereits *Thomas Vesting* Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes, VVDStRL 63 (2004), 41 f.

<sup>45</sup> Die Existenz einer *lex sportiva* als eigenständigem Rechtsbereich und der Beitrag des CAS zu einem solchen wird in der Literatur kontrovers diskutiert, vgl. *Ian S. Blackshaw* Sport, Mediation and Arbitration, 2009, 177 ff. Für die These, dass durch CAS Schiedssprüche, vor allem im Bereich des Dopings, eine von Staaten unabhängige *lex sportiva* entsteht, welches Beispiel für einen Rechtspluralismus sei, s.: *Matthew J. Mitten/Hayden Opie* „Sports Law“: Implications for the Development of International, Comparative, and National Law and Global Dispute Resolution, *Tulane Law Review* 85 (2010), 269 (287/289).

<sup>46</sup> Gesetz gegen Doping im Sport vom 10. Dezember 2015, dt. BGBl. I, 2210 in der Fassung vom 8. Juli 2016, BGBl. I, 1624.

<sup>47</sup> BT-Drucksache 18/4898, 38; s. zu den verfassungsrechtlichen Bedenken an den Unterwerfungserklärungen *Romana Bleistein/Christoph Degenhart* Sportschiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht, *NJW* 2015, 1353.

<sup>48</sup> Für Deutschland ist das der privatautonom vom Deutschen Olympischen Sportbund und den deutschen Mitgliedsverbänden der olympischen internationalen Sportverbände (sogenannte „Sportfachverbände“) vereinbarte Nationale Anti-Doping Code, der von der Stiftung Nationale Anti Doping Agentur administriert wird.

<sup>49</sup> Erarbeitet und beschlossen von der World Anti-Doping Agency, abrufbar unter <<https://www.wada-ama.org>>. Die Durchsetzbarkeit des Anti-Doping Codes hängt von der Zustimmung der Sportorganisationen, ihrer Mitglieder und der teilnehmenden Sportler ab, vgl. *Paul David* A Guide to the World Anti-Doping Code: A Fight for the Spirit of Sport, 2008. Zur Frage des faktischen Zwangs zur Zustimmung s. BGH, 7.6.2016, KZR 6/15, juris, Rn. 69 f.

<sup>50</sup> Art. 17 Arbitration Rules applicable to CAS Anti-Doping Division, s. z.B. CAS OG AD 16/02 IOC v. T. Zielinski, Award of 12 August 2016, Rn. 30 f., abrufbar unter <[www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Award\\_CAS\\_OG\\_AD\\_16-02.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Award_CAS_OG_AD_16-02.pdf)>.

<sup>51</sup> *International Convention against Doping in Sport* vom 19. Oktober 2005, 2419 UNTS 201.

als Hintergrundrecht<sup>52</sup> die relevanten nationalen und internationalen Standards angleicht. Diese Art von Verflechtung kennt auch das öffentliche Wirtschaftsrecht, z.B. im Bereich der internationalen Finanzmärkte,<sup>53</sup> und das Lebensmittelrecht.<sup>54</sup> Sie führt zu einer Überblendung der territorialen Jurisdiktionsgrenzen des nationalen Gesetzgebers durch die rein funktionalen Jurisdiktionsgrenzen der internationalen nichtstaatlichen Normsetzer.<sup>55</sup> Die Entterritorialisierung des nationalen Rechts erschließt sich also aus der holistischen Betrachtung normativer Gesamtzusammenhänge, auf deren Basis die öffentliche Gewalt operiert.<sup>56</sup> Sie verhelfen nationalen Gesetzen zur transnationalen Relevanz und kompensieren globalisierungsbedingte Funktionseinbußen.

## 2. *Europäischer Rechtsraum*

### a) *Horizontale Entterritorialisierung*

Innerhalb des europäischen Rechtsraums – des zweiten Diskursfeldes – erhält der Begriff sodann eine spezifisch unionsrechtliche Bedeutung durch das allgegenwärtige<sup>57</sup> Prinzip der gegenseitigen Anerkennung.<sup>58</sup> Im

<sup>52</sup> Begriff von *Ralf Michaels* The UNIDROIT Principles as Global Background Law, *Uniform Law Review* 19 (2014), 643.

<sup>53</sup> *Christian Tietje* Transnationales Wirtschaftsrecht aus öffentlich-rechtlicher Perspektive, *ZVglRWiss* 101 (2002), 404 (415); *Birgit Rost* Die Herausbildung transnationalen Wirtschaftsrechts auf dem Gebiet der internationalen Finanz- und Kapitalmärkte, 2007, 224 f.

<sup>54</sup> Nationale, gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Gesetze inkorporieren die internationalen Standards des Codex Alimentarius von FAO und WHO, des internationalen Tierseuchenamts und des internationalen Amts für Pflanzenschutz, die wiederum den Rahmen für die WTO-Konformität von nationalen Importverboten bilden; WTO-Übereinkommen über sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen (SPS) vom 15. April 1994, UNTS 1867, 493. Vgl. *Michael A. Livermore* Authority and Legitimacy in Global Governance. Deliberation, Institutional Differentiation, and the Codex Alimentarius, *New York University Law Review* 81 (2006), 766, 770 ff.

<sup>55</sup> Zum Teil wird dieser Diskurs unter dem Titel der Hybridisierung von Rechtsordnungen geführt, s. *Thomas Giegerich* Internationale Standards aus völkerrechtlicher Perspektive, in: *Berichte der deutschen Gesellschaft für internationales Recht*, 2014, 101 (121 ff).

<sup>56</sup> *Claudio Franzius* Recht und Politik in der transnationalen Konstellation, 2014, 48: „Transnationales Recht löst sich von der Einheit des Staates und der Einheit der Rechtsordnung, wie es als axiomatische Figur dem Leitbild des ‚Container-Staates‘ zugrunde liegt“.

<sup>57</sup> Insb. im Binnenmarkt, s. aber für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts die Richtlinie 2001/40/EG über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen vom 28. Mai 2001, ABl. 2001, Nr. L 149/32.

<sup>58</sup> *Eckart Klein* Vereinheitlichung des Verwaltungsrechts im Europäischen Integrationsprozess, in: *Christian Starck* (Hrsg.) Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, 1992, 117

Zentrum steht der vieldiskutierte<sup>59</sup> transnationale Verwaltungsakt, dessen entterritorialisierende Wirkung ganz im Sinne der semantischen Wortbedeutung verläuft, wenn eine Richtlinie die unionsweite Anerkennung des Aktes fordert:<sup>60</sup> Weil alle Mitgliedstaaten der normativen Wirkungstreckung zustimmen, wird die nationale Verwaltungsentscheidung des Erlassstaates aus ihrem territorialen Container befreit.<sup>61</sup> So entterritorialisiert, entfaltet die Entscheidung und das in ihr manifestierte öffentliche Recht innerhalb der geographischen Koordinaten der Verträge rechtliche Wirkung. Die horizontale Entterritorialisierung durch gegenseitige Anerkennung ist dabei notwendigerweise bidirektional, da das öffentliche Recht des aufnehmenden Mitgliedstaates seine angestammte territoriale Ausschließlichkeit verliert und der Staat damit zugleich die umfassende Kontrolle über den eigenen Rechtsraum.<sup>62</sup> Mit der Ausschließlichkeit verliert der aufnehmende Staat nämlich auch seine Zuständigkeit,<sup>63</sup> d.h. er darf das eigene und fremde öffentliche Recht nicht auf die grenzüberschreitende Dienstleistung oder Niederlassung anwenden.<sup>64</sup> Ausschließlichkeit hat das nationale öffentliche Recht natürlich schon mit der supranationalen Union eingeübt – diese vertikale Entterritorialisierung ist also in Europa der Normalzustand des öffentlichen Rechts, ohne dass dies wissenschaft-

---

(140 f.); *Thomas von Danwitz* Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, 414 f.

<sup>59</sup> S. statt vieler *Thorsten Siegel* Europäisierung des öffentlichen Rechts, 2012; *Jörg Menzel* Internationales Öffentliches Recht, 2010; *Gernot Sydow* Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004; *Sascha Michaels* Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland 2005.

<sup>60</sup> A.A. *Volker Neßler*, wonach der Grund für die transnationale Wirkung nicht in der Anerkennung, sondern in der Richtlinie liegt: *Europäisches Richtlinienrecht wandelt Deutsches Verwaltungsrecht*, 1994, 10; überzeugend dagegen mit Verweis auf die fehlende Direktwirkung von Richtlinien in den Mitgliedstaaten *Angelos S. Gerontas* Deterritorialization in Administrative Law: Exploring Transnational Administrative Decisions, *Columbia Journal of European Law* 19 (2013), 423 (452).

<sup>61</sup> *Thomas von Danwitz* Systemgedanken eines Rechts der Verwaltungskooperation, in: *Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem* (Hrsg.) *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, 171 (182 f.).

<sup>62</sup> *Klein* Vereinheitlichung (Fn. 58), 140 f.

<sup>63</sup> *Sydow* Verwaltungskooperation (Fn. 59), 148.

<sup>64</sup> Strittig ist, ob im Falle eines nichtigen transnationalen Verwaltungsakts der aufnehmende Mitgliedstaat ausnahmsweise für die Rechtskontrolle auf Basis des Herkunftslandrechts zuständig ist, bejahend *Michaels* Anerkennungspflichten (Fn. 59), 103; *Sydow* Verwaltungskooperation (Fn. 59), 150; a.A. *Matthias Ruffert* Der Transnationale Verwaltungsakt, *Die Verwaltung* 34 (2001), 453 (475).

liche Aufmerksamkeit erregt hätte.<sup>65</sup> Umso intensiver ist die akademische Durchdringung der potentiellen Geltung<sup>66</sup>, Anwendung<sup>67</sup> oder Wirkung<sup>68</sup> von fremden mitgliedstaatlichen Rechtsakten im eigenen Staatsgebiet. Sie ist Ausdruck der Anstrengung, die es kostet, das unionsrechtlich geforderte Vertrauen in die fremde mitgliedstaatliche Rechtsordnung tatsächlich aufzubringen. Aber im integrierten europäischen Raum liegt die Zuständigkeit eben nicht mehr nur bei einem territorial eingefassten Souverän, sondern bei einer aggregierten Vielzahl funktional aufeinander bezogener Souveräne.<sup>69</sup> Diese Aufhebung klassischer Territorialität führt zu einer Neukalibrierung der territorialen Ordnungen innerhalb der Europäischen Union,<sup>70</sup> um Verkehrsfähigkeit und Mobilität sicherzustellen. Dies ist ein für Föderalisierungsprozesse typischer Vorgang.<sup>71</sup>

### b) *Supraterritorialität*

Die Union hat innerhalb dieses Systems aufeinander bezogener Territorialordnungen eine politische Raumordnungsfunktion,<sup>72</sup> ohne aller-

<sup>65</sup> Das BVerfG konstatiert im Lissabon-Urteil lediglich den Verlust der Bedeutung von Grenzen innerhalb der Union, BVerfGE 123, 267 (403).

<sup>66</sup> Von der grenzüberschreitenden Geltung mitgliedstaatlicher Verwaltungsentscheidungen wird vor allem gesprochen, wenn die Verwaltungsentscheidung auf einer Verordnung beruht und *ipso iure* unionsweit gilt, vgl. *Sydow* Verwaltungskooperation (Fn. 59), 138.

<sup>67</sup> Sehr selten und nicht bezogen auf das europäische System: *Ferdinand O. Kopp* Kollisionsrecht im öffentlichen Recht, DVBl. 1967, 469 (470); *Vogel* Anwendungsbereich (Fn. 30), 333.

<sup>68</sup> *Ulrich Stelkens* Europäisches Verwaltungsrecht, Europäisierung des Verwaltungsrechts und Internationales Verwaltungsrecht, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (Hrsg.) *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl. 2014, Rn. 179; *Christian von Coelln* HStR XI, 2013, § 239 Rn. 11.

<sup>69</sup> *Ulrike Jureit/Nikola Tietze* Postsouveräne Territorialität: Eine Einleitung, in: dies. (Hrsg.) *Postsouveräne Territorialität. Die Europäische Union und ihr Raum*, 2015, 7 (13).

<sup>70</sup> *Christopher K. Ansell* Restructuring Authority and Territoriality, in: ders./Giuseppe Di Palma (Hrsg.) *Restructuring Territoriality*, 2004, 3 (5).

<sup>71</sup> *Paulina Starski* Der interföderale Verwaltungsakt, 2014, 36 f.; *Friedrich Schoch* Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JuS 1995, 109; Administrative Föderalisierung der Europäischen Union.

<sup>72</sup> Zwar verfügt die Union über keine Kompetenz einer übergeordneten Planung des Raums, sehr wohl jedoch über Kompetenzen in raumrelevanten Politiken: Landwirtschaft (Art. 38 ff. AEUV), Verkehr (Art. 90 ff. AEUV), Transeuropäische Netze (Art. 170 ff. AEUV), Beihilfe- (Art. 107 ff. AEUV), Struktur- (Art. 174 ff. AEUV), Forschungs- (Art. 179 ff. AEUV) und Umweltpolitik (Art. 191 ff. AEUV), vgl. *Ulrich Battis/Jens Kersten* Europäische Raumentwicklung, EuR 2009, 3 (9); s. hierzu auch *Stefanie Dühr/Claire Colomb/Vincent Nadin* *European Spatial Planning and Territorial Cooperation*, 2010.

dings eine eigene territoriale Basis zu haben.<sup>73</sup> Unionsrecht ist, trotz seiner unmittelbaren Geltung innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, kein klassisch territoriales Recht, weil der Union die dafür erforderliche Gebietshoheit fehlt.<sup>74</sup> Gebietshoheit ist immer Ausdruck der hoheitlichen Kontrolle über ein Territorium, was sich in einer umfassenden gebietsbezogenen Zuständigkeit der politischen Einheit äußert.<sup>75</sup> Das Machtgefäß der Union ist also nicht territorial,<sup>76</sup> sondern supraterritorial.<sup>77</sup> Es liegt über der Summe der mitgliedstaatlichen Hoheitsgebiete, deren geographische Koordinaten sich im Geltungs- und Anwendungsbereich<sup>78</sup> des Unionsrechts abbilden. Diese Supraterritorialität führt zu einer divergierenden Innen- und Außenwahrnehmung der Union: Im Innenverhältnis, gegenüber den Mitgliedstaaten, ist die Union kein territorialer, sondern ein funktionaler Gesetzgeber und politischer Gestalter des europäischen Raumes.<sup>79</sup> International, also nach außen, firmiert die Union als territorialer Akteur, dessen

<sup>73</sup> In diesem Sinne meint auch das BVerfG im Lissabon-Urteil, der räumliche Geltungsbereich der Verträge sei „akzessorisch zum Staatsgebiet der Mitgliedstaaten, das in seiner Summe den Anwendungsbereich des Unionsrechts bestimmt (Art. 52 EUV-Lissabon; Art. 355 AEUV). Es gibt kein unionsunmittelbares Territorium, das von einer solchen Akzessorität frei wäre“, BVerfGE 123, 267 (345).

<sup>74</sup> Florian Becker HStR XI, 2013, 193, § 230 Rn. 73; BVerfGE 123, 267 (345).

<sup>75</sup> Während in der englischsprachigen Literatur zur Bezeichnung der Gebietshoheit in der Regel „territorial sovereignty“ statt „territorial authority“ genutzt wird, ist im deutschsprachigen Raum die Unterscheidung zwischen territorialer Souveränität und Gebietshoheit geläufig. Letztere wird aber unterschiedlich definiert. S. statt vieler Martin Kment Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln. Transnationale Elemente deutschen Verwaltungsrechts, 2010, 77: „die ausschließliche Herrschaftsgewalt über ein Territorium (Gebiet) [...], wobei zwischen der Tatsache der Gebietshoheit als faktische Gegebenheit und der aus der territorialen Souveränität abgeleiteten Befugnis zur Ausübung der Gebietshoheit zu differenzieren ist“.

<sup>76</sup> Becker HStR XI, 2013, § 230, Rn. 71–74; s. aber Battis/Kersten Raumentwicklung (Fn. 72), 6; Michael Krautberger/Welf Selke Auf dem Weg zu einem europäischen Raumentwicklungskonzept, DÖV 1994, 685 (688); es ist eine Frage der Semantik, ob man vom „Hoheitsgebiet der EU“ sprechen sollte, wie z.B. Volker Röben in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, Art. 67 Rn. 58.

<sup>77</sup> Der Begriff des „supraterritoriales Raumes“ wurde von Jan Arndt Scholte eingeführt, Vertreter der kritischen Theorie Internationaler Beziehungen, der ihn im Kontext der durch die Globalisierung entterritorialisierten sozialen Räume nutzt um zu unterstreichen, dass diese Räume immer eine Beziehung zum Territorium haben, Scholte Globalization (Fn. 11), 60 ff.

<sup>78</sup> Während der territoriale Anwendungsbereich des Unionsrechts in Art. 52 EUV i.V.m. Art. 355 AEUV normiert ist, wurde der Gedanke der einheitlichen, unmittelbaren Geltung des Unionsrechts (engl. *applicability*) in diesem geographischen Raum vom EuGH entwickelt: 15.07.1964, Costa/ENEL, Rs. 6/64; 09.03.1978, Simmenthal II, Rs. 106/77, Rn. 14/16.

<sup>79</sup> S. aber Battis/Kersten Raumentwicklung (Fn. 72), 3 ff.

räumliche Kompetenzen über die Gebietshoheit der Mitgliedstaaten vermittelt werden. Die Union steht folglich unter internationaler Beobachtung, wenn sie ihrem Sekundärrecht keinen territorialen, sondern einen globalen Regelungsbereich gibt, womit wir das dritte Diskursfeld betreten, die nationalen und unionalen Regelungsräume.

### 3. Nationale und unionale Regelungsräume

#### a) Extraterritoriale Regelungszuständigkeit

Seit es Territorialstaaten gibt, haben nationale Gesetzgeber den Regelungsbereich ihres Rechts aus dem staatlichen Container entlassen und räumlich wie personal weit über den territorialen Geltungsbereich des Rechts ausgedehnt.<sup>80</sup> Die Inanspruchnahme dieser extraterritorialen Regelungszuständigkeit wirkt sich notgedrungen auf die Lebensordnung eines anderen Staates aus;<sup>81</sup> völkerrechtlich relevante Souveränitätskonflikte sind vorprogrammiert.<sup>82</sup> Das führt uns in das Jahr 1927, dem Jahr, in dem der Ständige Internationale Gerichtshof den Lotus-Fall entschied. Dieses Urteil verdient in der Tat das Prädikat, die Entterritorialisierung des Rechts erstmals völkerrechtlich angestoßen zu haben. Der Gerichtshof konnte keine internationale Norm finden, die extraterritorial wirkendes Recht verbietet,<sup>83</sup> solange es nur zu Hause vollstreckt wird.<sup>84</sup> Im Kontext seiner Zeit betrachtet, gefährdete das souveränitätsverliebte<sup>85</sup> Lotus-Urteil nicht den zwi-

<sup>80</sup> In der Wissenschaft herrscht keine Einheit bezüglich der terminologischen Abgrenzung der drei Koordinaten des Rechts: Geltungsbereich, Anwendungsbereich und Wirkungsbereich. Wie hier, setzen viele Autoren „Geltungsbereich“ mit dem Raum gleich, in dem die Norm mit Zwang durchsetzbar ist, vgl. *Werner Meng* Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, 1994, 10; *Starski* Verwaltungsakt (Fn. 71), 103. Unter „Wirkungsbereich“ einer Norm bzw. eines darauf basierenden Rechtsaktes wird sodann die territoriale Sphäre verstanden, in der eine Norm tatsächlich Rechtswirkung zeitigt, vgl. *Starski* ebd., 106. Der Begriff „Wirkungsbereich“ wird z.T. aber auch synonym für „Anwendungsbereich“ verwendet, vgl. *Matthias Niedobitek* Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge, 2001, 342. *Meng* spricht von einem „Rechtsfolgenbereich“, d.h. dem Bereich, in dem die angeordneten Rechtsfolgen eintreten sollen, vgl. *Meng* ebd. 10.

<sup>81</sup> *Meng* Jurisdiktion (Fn. 80), 87.

<sup>82</sup> Zur Vielschichtigkeit des Begriffs s. *Anthony J. Colangelo* What is Extraterritorial Jurisdiction, *Cornell Law Review* 99 (2014), 1303 (1312).

<sup>83</sup> Zur verbleibenden Relevanz der Lotus Entscheidung („Schwimmt Lotus noch?“) s. EuGH, 25.05.1988, Schlussanträge GA Darmon, Ahlström Osakeyhtiö u.a./Kommission C-89/85, EU:C:1988:258, Rn. 27 bis 30.

<sup>84</sup> PCIJ, 07.09.1927, SS Lotus, PCIJ Series A No. 10, 4 (19 f.).

<sup>85</sup> Vgl. *Alex Mill* Rethinking Jurisdiction in International Law, *British Yearbook of International Law* 84 (2014), 187, 192 ff.

schenstaatlichen Frieden. Die geringe Mobilität von Personen, Gütern und Kapital nahm 1927 den meisten extraterritorialen Gesetzen spätestens beim Gesetzesvollzug den Biss. Die Welt hat sich seitdem verändert:<sup>86</sup> Verknüpfte Ökonomien und entgrenzte Mobilität erweitern den effektiven Zugriff beim Gesetzesvollzug, globalisierte Marktplätze intensivieren die Verhaltenssteuerung von räumlich entfernten aber marktabhängigen Akteuren. Über die Jahre hat die Staatenpraxis, begleitet vom wissenschaftlichen Ordnungsdrang,<sup>87</sup> eine völkergewohnheitsrechtliche Erlaubnisregel für extraterritorial wirkende Normen geboren, die nicht mehr besagt, als dass abseits des Weltrechtsprinzips der Staat eine hinreichend enge Verbindung zum regulierten Sachverhalt haben muss.<sup>88</sup> Diese unbestimmte Grundregel operiert einzelfallbezogen<sup>89</sup> und bedient sich einer überschaubaren Zahl von Anknüpfungspunkten – allen voran dem Territorialitätsprinzip. Das genießt auch heute noch im tradiert westfälischen Denkmuster, aller offener Staatlichkeit zum Trotz,<sup>90</sup> die größte Legitimität. In der Welt entterritorialisierter sozialer Räume ist das Territorialitätsprinzip aber als legitimer Anknüpfungspunkt übersimplifizierend.<sup>91</sup>

#### b) *Entterritorialisierte Regelungswirkung*

Global betrachtet gibt es nur wenige nationale Gesetze, die jenseits des Weltrechtsprinzips in Strafsachen<sup>92</sup> ohne jeden Territorialbezug auskom-

<sup>86</sup> *Stefano Battini* Globalisation and Extraterritorial Regulation: An Unexceptional Exception, in: Gordon Antony/Jean-Bernard Auby/John Morison (Hrsg.) *Values in Global Administrative Law*, 2011, 61 (76); *Cedric Ryngaert* Jurisdiction in International Law, 2015, 33; *Otto Sandrock* Völkerrechtliche Grenzen staatlicher Gesetzgebung – eine Skizze, *ZVGLRWiss* 115 (2016), 1 (23).

<sup>87</sup> Die Literatur zur extraterritorialen Jurisdiktion ist unüberschaubar. Stellvertretend sei hier nur auf die Standardwerke von *Frederick A. Mann* *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, RdC 111 (1964), 1; *Meng* *Jurisdiktion* (Fn. 80) sowie die neueren Werke von *Sandrock* *Grenzen* (Fn. 86) und *Ryngaert* *Jurisdiction* (Fn. 86) verwiesen.

<sup>88</sup> S. auch BVerfGE 63, 343 (369), mit Verweis auf *Mann* *Doctrine* (Fn. 87); hinreichendes sachgerechtes Anknüpfungsmoment, für das ein Mindestmaß an Einsichtigkeit genügt.

<sup>89</sup> Nach eingehender Auswertung der Dogmengeschichte das fundierte Ergebnis von *Sandrock* *Grenzen* (Fn. 86), 79.

<sup>90</sup> *Klaus Vogel*, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, 1964.

<sup>91</sup> *Dan Jerker B. Svantesson* Extraterritoriality and Targeting in EU Data Privacy Law: The Weak Spot Undermining the Regulation, *International Data Privacy Law* 5 (2015), 226 (234).

<sup>92</sup> S. für eine Definition des Universalität- oder Weltrechtsprinzips in Strafsachen: *International Law Association*, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Violations*, 2000, 2; das Universalitätsprinzip in Zivilsachen ist eng mit dem US-amerikanischen Alien Tort Statute verknüpft, das – bis Kiobel – die universelle Jurisdiktion der Gerichte begründete, die dann völkerrechtliche Normen anwenden,



men. Die hoch kontroversen US-Sanktionsregime gegen den Iran<sup>93</sup> und Kuba<sup>94</sup> sind hier prototypische Beispiele.<sup>95</sup> Die Europäische Union hat sich erstmals<sup>96</sup> mit der Derivateverordnung<sup>97</sup> auf das Parkett universeller Regulierungsmacht begeben. Um die Finanzstabilität innerhalb der Union zu sichern, wird der außerbörsliche Derivatehandel zwischen ausländischen Parteien den europäischen Regeln unterworfen, wenn die Art des Derivatekontakts eine bewusste Umgehung nahelegt.<sup>98</sup> Das Auswirkungsprinzip, das hier schon anklingt, hat als legitimer Anknüpfungspunkt wachsende Bedeutung für die Regulierung grenzüberschreitender Handelsräume, aller-

---

s. hierzu *Ryngaert Jurisdiction* (Fn. 86), 139; innerhalb der Europäischen Union wird die Gerichtszuständigkeit über die Brüssel Ia-Verordnung geregelt (VO [EU] 1215/2012 vom 12. Dezember 2012); das materielle Schadensersatzrecht ergibt sich aus den Regeln des internationalen Privatrechts, s. District Court of the Hague, 21.03.2012, El-Hojouj, No. 400882/HAZA11-2252, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9748: Verweis auf libysches Recht als *lex loci delicti commissi*.

<sup>93</sup> Iran and Libya Sanctions Act, 50 U.S.C. § 1701 (1996), erweitert durch Executive Order 13590 vom 21. November 2011.

<sup>94</sup> Sog. Cuba Democracy Act (kurz: Torricelli Act), 22 U.S.C. 69 § 6001–10 (1992); Cuba Liberty and Democracy Solidarity (kurz: Helms Burton Act) Act 22 U.S.C. 691 § 6021–91 (1996); die negativen Reaktionen der EU sind bei den Vereinten Nationen dokumentiert, s. UN Doc. NU, A/50/401. Die Union hat zudem sog. „blocking statutes“ angenommen, allerdings mit beschränkter Wirkung, s. z.B. VO (EG) 2271/96 zum Schutz vor den Auswirkungen der extraterritorialen Anwendung von einem Drittland erlassener Rechtsakte sowie von darauf beruhenden oder sich daraus ergebenden Maßnahmen vom 22. November 1996, ABl. 1996 Nr. L 309/1.

<sup>95</sup> *Brigitte Stern* Vers la mondialisation juridique? Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy, *Revue générale de droit international public* (1996), 979 (992 f.); zu den praktischen Auswirkungen dieser unilateralen Sanktionsregime s. *Joy Gordon* Extraterritoriality: Issues of Overbreadth and the Chilling Effect in the Case of Cuba and Iran, *Harvard International Law Journal* 57 (2015), 1.

<sup>96</sup> Der wegen seiner extraterritorialen Auswirkungen umstrittene Entwurf der Kommission zur Finanztransaktionssteuer (KOM[2013] 71endg.) ist noch nicht für die 10 willigen Mitgliedstaaten in Kraft. Anknüpfungspunkt möglicher unerlaubter extraterritorialer Wirkung ist das sog. Ausgabeprinzip in Art. 4 des Vorschlages, s. *Sandrock* Grenzen (Fn. 86), 94; keine Bedenken haben *Christian Tietje/Jürgen Bering/Tobias Zuber* Völker- und Europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 2014, Heft 129, 25.

<sup>97</sup> VO Nr. 648/2012 vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister, ABl. 2012 Nr. L 201/1.

<sup>98</sup> Vor allem, wenn es der Zweck des Arrangements ist, die EU-Regulierung zu umgehen, Art. 3 Abs. 2 Delegierte Verordnung zur Ergänzung der VO (EU) 648/2012 vom 12. Februar 2014, ABl. 2014 Nr. L 85/1.

dings konstruieren die Gerichte den erforderlichen Grad<sup>99</sup> der Auswirkung auf das Inland sehr unterschiedlich, in den USA zum Beispiel sehr weit.<sup>100</sup>

Aber selbst strikt territorial konstruierte Rechtsakte wie die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung<sup>101</sup>, die die Daten von Personen im Territorium schützt, haben in den globalen Kommunikationsräumen mit ihren ubiquitären Daten notwendigerweise extraterritoriale Wirkung für den datensammelnden ausländischen Unternehmer. Der sieht sich einer Vielzahl an extraterritorial wirkenden Datenschutzgesetzen ausgesetzt und ist daher – global betrachtet – aufgrund der Vielzahl an Normbefehlen überreguliert.<sup>102</sup> Das Territorialitätsprinzip hat im nicht-physischen Raum seine vornehmste Funktion verloren, die Abgrenzung souveräner Herrschaftsräume.

Diese Abgrenzungsfunktion schwindet auch bei Marktzugangsschranken, wenn der Schlüssel zum Markt die Befolgung allgemeiner territorialer Normvorstellungen des Marktsouveräns ist. Die Europäische Union nützt ihre Marktsouveränität zunehmend als Katalysator für die weltweite Verbreitung ihrer hohen, nicht-produktbezogenen Standards, insbesondere im Umweltbereich.<sup>103</sup> Der sog. Brüssel-Effekt,<sup>104</sup> d.h. der durch exportierte

---

<sup>99</sup> Das Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the US (1986) § 402 Abs. 1 lit. c verlangt eine „substantielle“ Auswirkung; als maßgebliche Faktoren werden „substantial, direct and foreseeable effect upon or in the territory“ verlangt (§ 403 Abs. 2).

<sup>100</sup> Für die US-amerikanische Rechtsprechung s. Supreme Court, 28.06.1993, *Hartford Fire Insurance Co v California*, 509 US 764 (1993); diese Rechtsprechung hat in der Folge einige Modifikation erfahren, insb. hinsichtlich des Stellenwerts internationaler Höflichkeit als Regulativ exzessiver Jurisdiktion, s. 14.06.2014, *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 US 155 (2004), s. hierzu *Developments in the Law of Extraterritoriality* (ohne Autorenangabe), *Harvard Law Review* 124 (2011), 1226 (1272 f.); für die Rechtsprechung des EuGH s. 14.07.1972, *Imperial Chemical Industries Ltd.*, Rs 48/69 (Prinzip der unternehmerischen Einheit); 31.03.1993, *Wood Pulp*, Rs. 129/85 (sog. Durchführungsdoktrin).

<sup>101</sup> S. Art. 3 Abs. 2 der neuen Datenschutzgrundverordnung 2016/679, die den räumlichen Anwendungsbereich auf nicht in der Union niedergelassene Datenverarbeiter oder Auftragsverarbeiter erstreckt, wenn Personen in der Union Dienste angeboten werden oder deren Verhalten beobachtet wird, ABl. 2016 Nr. L 119/1.

<sup>102</sup> *Uta Kohl* Jurisdiction in Cyberspace, in: Nicholas Tsagourias/Russell Buchan (Hrsg.) *International Law and Cyberspace*, 2015, 30 (33); *Cedric Ryngaert* Symposium issue on extraterritoriality and EU Data Protection, *International Data Privacy Law* 5 (2015), 221; ob unter diesen Bedingungen des Cyberspace das Territorialitätsprinzip für den regulierenden Staat ein legitimer Anknüpfungspunkt ist, bezweifeln *David R. Johnson/David G. Post* *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, *Stanford Law Review* 48 (1996), 1367.

<sup>103</sup> Die OECD unterscheidet bei Maßnahmen zu Verfahren und Produktionsmethode zwischen produktbezogenen Maßnahmen, die Auswirkungen des Produkts im Importland betreffen, und nicht-produktbezogenen Maßnahmen, die die vom Hersteller im Ausland genutzte Technologie und Materialien regulieren um die dortigen Ressourcen zu schützen, s. zu den Kategorien *Friedl Weiss* *Extra-Territoriality in the Context of WTO Law*, in: Gun-

EU-Standards initiierte „*race to the top*“ im transnationalen Wirtschaftsleben, hat den Ruf der Union als globale Regulierungsmacht begründet. Eines von vielen Beispielen<sup>105</sup> ist die EU-Richtlinie zum Emissionshandel, die ab 2017 den internationalen Flugverkehr mit Stopp im Unionsgebiet dem EU-Emissionsregime unterwerfen soll, wenn nicht im Rahmen der Internationalen Zivilluftfahrt-Organisation eine effektive marktbasierende Lösung gefunden wird.<sup>106</sup> Da im Rahmen der Richtlinie die Emission nach der gesamten Flugstrecke berechnet wird, ist sie das bekannteste Beispiel für die globale Regelungsautorität der Union und hat entsprechend internationale Proteste geerntet.<sup>107</sup>

### c) *Entterritorialisierte Werte*

Schon diese wenigen Beispiele zeigen, dass hinter der Anknüpfung am Zugang zum Territorium und der Auswirkung auf das Territorium eine gesetzgeberische Strategie steht: Sie wendet sich gegen unerwünschte globale oder lokale Unterregulierung.<sup>108</sup> Diese Unterregulierung kann rein

---

ther Handl/Joachim Zekoll/Peer Zumbansen (Hrsg.) *Beyond Territoriality – Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, 2012, 463 (472 f.).

<sup>104</sup> *Anu Bradford* The Brussels Effect, *North Western University Law Review* 107 (2012), 1 (5).

<sup>105</sup> S. auch die Holzhandelsverordnung Nr. 995/2010 vom 20. Oktober 2010, ABl. 2010 Nr. L 295/23, die zur Verhinderung illegaler Holzungen den Import von Hölzern an europäische Sorgfaltsmaßstäbe und EU-zertifizierte Kontrolle knüpft; *Cedrik Ryngaert/Marieke Koekoek*, *Extraterritorial Regulation of Natural Resources: A Functional Approach*, in: Jan Wouters/Axel Marx/Dylan Geraets/Bregt Natens (Hrsg.) *Global Governance through Trade: EU Policies and Approaches*, 2015, 145, 151 f.; ein anderes Beispiel ist die Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds vom 8. Juni 2011, ABl. 2011 Nr. L 174/1: Nicht-EU-Manager von ausländischen Hedgefonds werden den EU-Standards über Kapitalisierung und Liquidität unterworfen, wenn sie ihr Produkt innerhalb der EU vertreiben. Hat der Manager den Sitz in einem Land, dem Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung vorgeworfen wird, bleibt ihm der EU-Markt überhaupt versperrt, s. Art. 40 Abs. 2 lit. b der Richtlinie, Bezug nehmend auf die Liste der Arbeitsgruppe „Finanzielle Maßnahmen gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung“.

<sup>106</sup> Richtlinie 2008/101/EG zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Einbeziehung des Luftverkehrs in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft vom 11. November 2008, ABl. 2009 Nr. L 8/3; in Erwartung einer internationalen Lösung ist die Richtlinie bis Ende 2016 suspendiert, sog. „Stop the clock“ 2. Erwägungsgrund der VO 421/2014 vom 16. April 2014, ABl. 2014 Nr. L 129/1.

<sup>107</sup> *Ottavio Quirico* Primary Sovereign Rights or Secondary Environmental Duties? Critical International Law Issues Raised by the Extraterritorial Application of the EU Emission Trading System in the Aviation Sector, in: Christine Bakker/Francesco Francioni (Hrsg.) *The EU, the US and Global Climate Governance*, 2016, 143 (143).

<sup>108</sup> Aus US-amerikanischer Sicht *William S. Dodge* Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism, *Harvard International Law Journal*

territoriale Interessen gefährden wie den örtlichen Wettbewerb, aber auch global wie lokal relevante Interessen wie das Klima, die Artenvielfalt oder das globale Finanzsystem. Zielt das Gesetz indirekt auf deren Schutz, wird das Territorialitätsprinzip entgrenzt, die geographisch konstruierte Regelungsbefugnis entterritorialisiert. Im Flugemissionen-Streit rechtfertigte der EuGH dann auch die globale Emissionsberechnung pauschal mit dem Beitrag des internationalen Flugverkehrs zur lokalen Umweltbelastung im EU-Gebiet.<sup>109</sup> Die Argumentation verdeutlicht zugleich, unter welchem Rechtfertigungsdruck das entgrenzte Territorialitätsprinzip international steht, bei Marktzugangsschranken insbesondere durch die WTO. Im Streit um das EU-Importverbot für Robbenprodukte<sup>110</sup>, das die Union mit der inhumanen Tötung der Tiere begründet, erachtete der Appellate Body es als eine WTO-systemisch wichtige Frage, ob Importverbote eine Nähebeziehung zwischen schützendem Gesetzgeber und dem Schutzgut benötigen und ob diese Nähebeziehung territorial konstruiert sein muss.<sup>111</sup> Leider wollten die Beschwerdeführer im konkreten Fall keine Antwort auf diese drängende Frage.

Das Ringen um den richtigen Zugang zu extraterritorial wirkenden Schutzgesetzen verdeutlicht das Fundamentaldilemma der Völkerrechtsordnung, ihre territoriale Falle: Unilateralen Lösungsansätzen zur Bewältigung globaler Probleme wird traditionell misstraut, weil sie an zwei Grundprinzipien der westfälischen Völkerrechtsordnung rütteln – dem Prinzip der exklusiven territorialen Zuständigkeit und dem internationalen Konsensprinzip. Und dennoch zeigt die internationale Praxis eine wachsende Bereitschaft, durch nationale Gesetze global individuelles Verhalten zu steuern, allen voran – trotz der restriktiven Rechtsprechung des Sup-

---

39 (1998), 101 (152); *Jeffrey A. Meyer* Extraterritorial Common Law: Does Common Law Apply Abroad? *Georgetown Law Journal* 102 (2014), 301 (309); aus EU-Sicht *Cedric Ryngaert* Whither Territoriality? The European Union's Use of Territoriality to Set Norms with Universal Effects, in: *Cedric Ryngaert/Erik J. Molenaar/Sarah M.H. Nouwen* (Hrsg.) *What's Wrong with International Law?* *Liber Amicorum A.H.A. Soons*, 2015, 435 (436).

<sup>109</sup> EuGH, 21.12.2011, *Air Transport Association of America*, Rs. C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864, Rn. 125, 129.

<sup>110</sup> Verordnung (EG) Nr. 1007/2009 vom 16. September 2009 über den Handel mit Robbenerzeugnissen, ABl. 2009 Nr. L 286/36 (Fassung, die der WTO Entscheidung von 2014 zugrunde lag, s. Nachweis Fn. 111).

<sup>111</sup> WTO Appellate Body, Bericht vom 22.04.2014, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R und WT/DS401/AB/R, Rn. 5.1.7.3.; mit Verweis auf WTO Appellate Body, Bericht vom 12.10.1998, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, Rn. 133.

reme Court<sup>112</sup> – die USA,<sup>113</sup> verstärkt die Union<sup>114</sup> und im wirtschaftlichen Bereich immer mehr auch Schwellenländer.<sup>115</sup>

Der Grund für den Griff zur Extraterritorialität liegt oft in der Struktur des sozialen Raumes, der sich dem rein territorialen Zugriff entzieht. Er kann aber auch, wie das Beispiel der EU-Emissionsrichtlinie zeigt, dem Schutz international anerkannter Güter und Interessen dienen.<sup>116</sup> Die vormalig ausschließlich territoriale Verbindung zwischen Schutzgut und regulierendem Staat wird dann um einen funktionalen Nexus ergänzt, der das völkerrechtliche Schutzgut in das Zentrum des Regulierungsinteresses stellt. Diese funktional konstruierte Regelungszuständigkeit stellt den völkerrechtlichen Schutz des verteidigten Gutes in den Mittelpunkt – sei es das nachhaltige Management natürlicher Ressourcen, seien es internationale Sicherheitsstandards oder die Menschenrechte. Die funktionale Regelungszuständigkeit des Staates tritt hier ergänzend neben die funktionalen Steuerungsinstrumente globaler, nichtstaatlicher Akteure, wie z.B. internationale und hybride Organisationen.

Die Analyse des Spiels zwischen staatlicher Aktion und Reaktion auf extraterritorial wirkende Gesetze zeigt, dass sich die funktional begründete Regelungszuständigkeit noch *in statu nascendi* befindet, vor allem aber in der Union an Boden gewinnt.<sup>117</sup> Dabei übersteigen die unionalen Rechtsakte mitunter das, was international konsentiert ist,<sup>118</sup> oder sie bezie-

---

<sup>112</sup> Der US Supreme Court legt Gesetze auf Basis einer Vermutung gegen eine extraterritoriale Anwendung aus, zuletzt in 20.06.2016, *RJR Nabisco Inc. v European Community et al.*, 136 S.Ct 2090 (2016); Der Supreme Court weigerte sich, den *Corrupt Organization Act* im konkreten Fall extraterritorial anzuwenden, weil der Schaden nur innerhalb der Europäischen Union eingetreten war; s. zu diesem Urteil im Kontext anderer Entscheidungen, insb. Kiobel *Paul B. Stephan Private Litigation as a Foreign Relations Problem*, *AJIL Unbound* 110 (2016), 40.

<sup>113</sup> S. hierzu den Überblick von *Robert Dover/Justin Frosini* *The Extraterritorial Effects of Legislation and Policies on the EU and US*, Studie im Auftrag des Europäischen Parlaments von 2012, Doc EXPO/B/DEVE/FWC/2009-01/Lot3/03.

<sup>114</sup> *Joanne Scott* *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, *American Journal of Comparative Law* 62 (2014), 87 ff.

<sup>115</sup> *Marco Botta* *Merger Control Regimes in Emerging Countries*, 2011, 265 ff.; zur Extraterritorialität von Datenschutzgesetzen von Nicht-EU-Staaten s. Europäische Kommission, Vergleichende Studie über verschiedene Ansätze zur Bewältigung neuer Herausforderungen für den Schutz der Privatsphäre, insb. aufgrund des technologischen Fortschritts, Schlussbericht 2010, abrufbar unter <[ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/studies/new\\_privacy\\_challenges/final\\_report\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/studies/new_privacy_challenges/final_report_de.pdf)>.

<sup>116</sup> Auch als „territoriale Erweiterung“ bezeichnet, s. *Scott* *Extraterritoriality* (Fn. 114) 114 f.

<sup>117</sup> S. hierzu die ausführliche Analyse von *Scott* *Extraterritoriality* (Fn. 114) 87 ff.

<sup>118</sup> Die EU-Holzhandelsverordnung stützt sich zwar in ihrem 10. Erwägungsgrund explizit auf Übereinkommen über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender

hen Personen und Unternehmen in ihren Regelungsbereich ein, deren Heimatstaaten dem internationalen Konsens bewusst ferngeblieben sind. Um dieses Hindernis zu überwinden, schreiten Vertreter der politischen Philosophie zum kosmopolitischen Jurisdiktionsmodell, das globale öffentliche Güter zu legitimen unilateralen Schutzobjekten erklärt.<sup>119</sup> Die Problemlösungsfähigkeit des kosmopolitisch denkenden aber unilateral handelnden Weltgesetzgebers ist jedoch zweifelhaft, auch wenn niemand leugnen wird, dass globale öffentliche Güter wie Klima, Biodiversität, Internet und Menschenrechte in zunehmendem Maß schutzbedürftig sind. Zum einen haftet dem Jurisdiktionsmodell der Beigeschmack einer gerechten Intervention des post-territorialen Rechtshegemons an. Der behauptet die *output*-Legalität seiner Maßnahme,<sup>120</sup> ohne gegenüber den fremdbestimmten ausländischen Normadressanten politisch verantwortlich zu sein.<sup>121</sup> Zum anderen reibt sich das kosmopolitische Jurisdiktionsmodell an territorialen Realitäten: Die nationalen Gerichte des Rechtshegemons sitzen und denken in den Begrenzungen ihres territorialen Containers; deshalb werden bei der Folgenabschätzung extraterritorialer Rechtsanwendung immer nationale Interessen mitschwingen.<sup>122</sup>

Der Anspruch auf extraterritoriale Regelungszuständigkeit zur Lösung globaler Probleme muss sich schließlich daran messen lassen, ob er inter-

---

Tiere und Pflanzen (CITES), geht aber hinsichtlich der geforderten Sorgfaltsanforderungen darüber hinaus, VO (EU) Nr. 995/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über die Verpflichtungen von Marktteilnehmern, die Holz und Holzzeugnisse in Verkehr bringen, ABl. 2010 Nr. L 295/23.

<sup>119</sup> *Cedric Ryngaert* Unilateral Jurisdiction and Global Values, 2015, 35 ff.

<sup>120</sup> *Nico Krisch* sieht einen Übergang von der Idee des Staatenkonsenses als einziges demokratisches Kriterium zur *output*-Legitimität, in: *The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods*, AJIL 108 (2014), 1.

<sup>121</sup> Problematisierend *Battini* Globalisation (Fn. 86), 76; generell für extraterritorial wirkende Gesetze *Mark P. Gibney* The Extraterritorial Application of U.S. Law: The Perversion of Democratic Governance, the Reversal of Institutional Roles, and the Imperative of Establishing Normative Principles, *Boston College International and Comparative Law Review* 19 (1996), 296 (306); *Austen L. Parrish* The Effects Test: Extraterritoriality's Fifth Business, *Vanderbilt Law Review* 61 (2008), 1456 (1484); s. auch BVerfGE 63, 343 (367), das Erwägungen zum Demokratieprinzip in den Zusammenhang eines völkerrechtlich gebotenen sachgerechten Anknüpfungsmoments erhebt; das Prinzip der demokratischen Repräsentation ist nicht gefährdet, wenn sich der Fremde selbst den Regeln des extraterritorial wirkenden Rechts unterstellt, wie grundsätzlich bei Marktzugangsschranken, s. auch *Joachim Bertele* Souveränität und Verfahrensrecht, 1998, 196.

<sup>122</sup> *Ralf Michaels* Global Problems in Domestic Courts, in: Sam Muller/Stavros Zouridis/Morly Frishman/Laura Kirstemaker (Hrsg.) *The Law of the Future and the Future of Law*, FICHL Publication Series 11 (2011), 165 (174).

nationales Recht untergräbt.<sup>123</sup> Die häusliche Vorstellung vom globalen Gut verstellt schnell den Blick auf internationale Lastenverteilung, gemeinsame aber differenzierte Verantwortung und internationale Kooperationspflichten.<sup>124</sup> Richtig eingesetzt, kann extraterritoriale Jurisdiktion überfällige internationale Prozesse anstoßen, wie die EU-Richtlinie zu Flugemissionen im Rahmen der Internationalen Zivilluftfahrt-Organisation. Schlimmstenfalls verliert die auswärtige Gewalt die Flexibilität zur Erarbeitung gemeinsamer internationaler Kompromisse. Weder ein entgrenztes Territorialitätsprinzip noch die kosmopolitisch konstruierte Jurisdiktion können die Notwendigkeit von Lösungsansätzen auf Basis eines breiten völkerrechtlichen Konsenses sinnvoll ersetzen.

#### 4. Internationaler Menschenrechtsraum

Dies führt zum vierten und letzten Bereich des Entterritorialisierungsdiskurses, der Völkerrechtsordnung und hier speziell zu den Menschenrechten. Schon die vorangegangenen Diskursfelder haben gezeigt, dass die normative Architektur der Völkerrechtsordnung sich merklich geändert hat. Die souveräne Territorialität der Staaten gilt zwar noch als konstituierendes Grundprinzip,<sup>125</sup> ihre Erosion ist aber fortgeschritten.<sup>126</sup> Die funktionalen Normsetzungsaktivitäten nicht-staatlicher Akteure des ersten Diskursfeldes und die entgrenzten nationalen Regelungsräume des dritten Diskursfeldes nagen am Territorialitätsdogma; die unmittelbare Rechtsstellung von Individuen im Völkerrecht tut ihr Übriges. So evident jedoch die territoriale Autonomie der individuellen Rechtsstellung im Völkerrecht ist,<sup>127</sup> so unklar

<sup>123</sup> Austen L. Parrish Reclaiming International Law from Extraterritoriality, *Minnesota Law Review* 93 (2009), 815 (864).

<sup>124</sup> Für einen philosophischen Zugang zu internationalen Verteilungsproblemen s. Mathias Risse *On Global Justice*, 2013, 202 ff.

<sup>125</sup> Karl Doehring *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2004, § 1 Rn. 18.

<sup>126</sup> Für eine umfassende Analyse der Entterritorialisierung des Völkerrechts s. Catherine Brölmann *Deterritorialization in International Law: Moving Away from the Divide between National and International Law*, in: Janne E. Nijman/André Nollkaemper (Hrsg.) *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, 2007, 84; Enrico Milano *The Deterritorialization of International Law: Setting the Context*, in: Adriana Di Stefano (Hrsg.) *Un Diritto Senza Terra?/A Lackland Law?*, Bd. 1, 2015, 53.

<sup>127</sup> Während für die internationale Rechtsgeltung der Rechts- und Pflichtenpositionen des Einzelnen kein staatlicher „territorialer“ Transformationsakt erforderlich ist, präjudiziert das internationale Recht nicht die Notwendigkeit einer Umsetzung der individuellen Rechts- und Pflichtenpositionen in die staatliche Rechtsordnung, damit sie dort ebenfalls Rechtsgeltung entfalten können. Es gibt nur wenige Beispiele eines behaupteten Geltungsvorrangs der internationalen Menschenrechte vor widersprechendem nationalen Recht mit der Folge eines Durchgriffs des Völkerrechts auf das nationale Recht, s. z.B. Interamerika-

ist die Bedeutung des Territoriums für den konkreten Ort der staatlichen Rechtspflichten. Das allgemeine Völkerrecht konstruiert die staatlichen Pflichten aus völkerrechtlichen Verträgen ebenso personal wie territorial, d.h. der Vertrag bindet den Staat als Rechtsperson, und diese Rechtsbindung hat zugleich einen Ort, nämlich das staatliche Territorium. Ob der Staat allerdings nur auf dem Staatsgebiet an die internationalen Menschenrechtsverträge gebunden ist, ist eine Frage, die auf Basis des jeweiligen völkerrechtlichen Vertrages zu beantworten ist.<sup>128</sup>

#### a) *Territoriale Herrschaftsbeziehung*

Der EGMR tut sich erkennbar schwer mit der Festlegung des territorialen Anwendungsbereichs der EMRK. Zu seiner Konkretisierung hat er eine Einzelfalljudikatur entwickelt, der jede Gradlinigkeit abgeht und die schon deswegen nicht geeignet ist, den Vertragsstaaten einen prinzipiengeleiteten Rahmen für ihr eigenes entterritorialisiertes Grundrechtsverständnis vorzugeben.<sup>129</sup>

Dreh- und Angelpunkt aller EGMR-Urteile ist das vieldiskutierte *Bankovic*-Urteil. In ihm legt der EGMR den Begriff „Hoheitsgewalt“ auf Basis allgemeiner völkerrechtlicher Prinzipien aus, mit der Folge einer essentiell territorialen Denotation.<sup>130</sup> Außerhalb des eigenen souveränen Herrschaftsraumes, so der EGMR, ist Herrschaftsgewalt die Abweichung vom Normal-

---

nischer Gerichtshof für Menschenrechte, 29.11.2006, La Cantuta gg. Peru Series, C No. 162, Rn. 183.

<sup>128</sup> Die territoriale Regel der Wiener Vertragsrechtskonvention in Art. 29 ist dispositiv, s. *Kerstin Odendahl*, in: *Oliver Dörr/Kirsten Schmalenbach* (Hrsg.) *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2011, Art. 29 Rn. 18; *M. Milanovic*, *The Spatial Dimension: Treaty and Territory*, in: *Christian J. Tams/Antonios Tzanakopoulos/Andreas Zimmerman* (Hrsg.) *Research Handbook on the Law of Treaties*, 2014, 186.

<sup>129</sup> Zum EMRK-lastigen Diskurs in Österreich s. *Gerhard Thallinger* *Grundrechte und extraterritorialer Hoheitsakt*, 2008; für eine unbeschränkte Grundrechtsbindung in der Schweiz s. *Jörg Künzli* *Vom Umgang des Rechtsstaats mit Unrechtsregimes*, 2008, 444 f.; für eine unbeschränkte Grundrechtsbindung in Deutschland s. den Begleitaufsatz zur Staatsrechtslehrtagung 2016 von *Mehrdad Payandeh* *Entterritorialisierung des Öffentlichen Rechts: Transnationale Individualrechtsverletzungen zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht*, DVBl. 2016, 1073 (1074 ff.).

<sup>130</sup> EGMR, 21.12.2001, *Bankovic* und andere, No. 52207/99, Rn. 59, 61; *Issa* und andere, 16.11.2004, No. 31821/96, Rn. 67; 14.05.2002, *Gentilhomme, Schaff-Benhadj* und *Zerouki*, No. 48205/99, Rn. 20. Kritisch hinsichtlich der Methode, auf Menschenrechte staatsgeleitete allgemeine Prinzipien anzuwenden: *Martin Scheinin* *Extraterritorial Effect of the International Covenant on Civil and Political Rights*, in: *Fons Coomans/Menno T. Kamminga* (Hrsg.) *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, 2004, 78–80. S. auch *Samantha Besson*, *The Extraterritoriality of the European Convention of Human Rights*, *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), 863, die für ein funktionales Verständnis des Jurisdiktionsbegriffs argumentiert.



zustand; ob also extraterritoriale Herrschaftsgewalt wegen ihrer Qualität ausnahmsweise durch die EMRK gebunden ist, muss in jedem Einzelfall geprüft werden.<sup>131</sup> In der Gesamtschau der Rechtsprechung offenbaren sich zwei Koordinaten dieses Ausnahmefalls, die Herrschaft über Personen und die Herrschaft über Gebiet.<sup>132</sup> Beide Modelle ergänzen sich wechselseitig, um ein Weniger an personaler Kontrolle mit dem Mehr an geographischer auszugleichen,<sup>133</sup> wie in Besetzungssituationen,<sup>134</sup> oder umgekehrt, um ein Weniger an geographischer Kontrolle mit dem Mehr an personaler zu kompensieren,<sup>135</sup> wie bei Verhaftungen auf fremdem Staatsgebiet.<sup>136</sup> Nach dem bisherigen Stand der Judikatur ist für die Annahme der effektiven Kontrolle über Personen allerdings immer eines erforderlich – es muss eine territoriale Maßnahme gesetzt werden, entweder auf dem Erdboden, oder an Bord eines Schiffes bzw. Flugzeuges, unabhängig davon, wo diese registriert sind.<sup>137</sup> Auf die konkrete Größe der physisch beherrschten Fläche kommt es nicht an, da schon die Existenz einer wie auch immer radizierten, kontrollbasierten Herrschaftsbeziehung punktuell Territorialität vermitteln kann.<sup>138</sup> Die fehlt, wenn eine Bombe über fremdem Gebiet abgeworfen wird, wie der EGMR in *Bankovic* entschied.

<sup>131</sup> *Bankovic* (Fn. 130), Rn. 61, 67.

<sup>132</sup> Vom EGMR in *Al-Skeini* offengelegt: 07.07.2011, *Al-Skeini*, No. 55721/07, Rn. 130 ff.; s. auch EGMR, 16.09.2014, *Hassan*, No. 29750/09, Rn. 74.

<sup>133</sup> EGMR, 14.12.2011, *Chiragov und andere*, No. 13216/05, Rn. 314 f.; *Hassan* (Fn. 132), Rn. 76.

<sup>134</sup> EGMR, 23.03.1995, *Loizidou*, No. 15318/89, Rn. 62; *Bankovic* (Fn. 130), Rn. 71; s. auch *Noam Lubell* Human rights obligations in military occupation, *International Review of the Red Cross* 94 (2012), 317. Dazu bedarf es keines Status als Besatzungsmacht i.S.v. Art. 42 Haager Landkriegsordnung, s. 20.11.2014, *Jaloud*, No. 47708/08, Rn. 142; *Chiragov* (Fn. 133), Rn. 314 f.

<sup>135</sup> *Jaloud* (Fn. 134), Rn. 152.

<sup>136</sup> EGMR, 12.05.2005, *Öcalan*, No. 46221/99, Rn. 91; auch *Issa* (Fn. 130), Rn. 71, mit Verweis auf Entscheidungen der Europäischen Menschenrechtskommission, 24.07.1996, *Sanchez Ramirez*, No. 28780/95, DR 86, S 161 f.; 14.10.1992, *M.*, No. 17392/90, DR 73, S. 193; aber auch mit Verweis auf die Spruchpraxis anderer internationaler Spruchkörper, Interamerikanische Menschenrechtskommission, 29.09.1999, *Coard und andere*, Case No. 10.951, Report No. 109/99, Rn. 37, 39, 41 und 43; Menschenrechtsausschuss, 29.07.1981, *Lopez Burgos und Celiberti de Casariego*, Case No. 52/1979 und 56/1979, Rn. 12.3 und 10.3.

<sup>137</sup> EGMR, 29.03.2010, *Medvedyev und andere*, No. 3394/03, Rn. 65 (de facto Kontrolle auf einem Handelsschiff); 23.02.2012, *Hirsi Jamaa und andere*, No. 27765/09, Rn. 75 ff. (Marineboot), s. bereits. *Bankovic* (Fn. 130), Rn. 73.

<sup>138</sup> Vgl. für dieses humangeographische Verständnis von Territorialität auch *Robert D. Sack* Human Territoriality: A Theory, *Annals of the Association of American Geographers* 73 (1983), 55 (56).

Die insoweit konsolidierte Rechtsprechungslinie wird den Gerichtshof aber nicht vor der Einsicht bewahren, dass technologischer Fortschritt die Raumvorstellung von Herrschaftsbeziehungen dramatisch verändert.<sup>139</sup> Der Staat und seine Organe müssen nicht mehr über die Grenze gehen, um öffentliche Ziele zu verfolgen, da mobile Flugkörper Soldaten substituieren und globale Datenströme Informationsbeschaffung vor Ort ersetzen können.

*b) Entterritorialisierte Herrschaftsverhältnisse*

Heute dominieren hochtechnisierte, ferngesteuerte oder automatische Flugkörper mit hochauflösenden Kameras und Präzisionswaffen die extraterritorialen Maßnahmen. Sie werden nicht nur zur Personenüberwachung eingesetzt, sondern auch zur gezielten Tötung mutmaßlicher Terroristen in Pakistan, Jemen und anderen Orten dieser Welt. Der Menschenrechtsausschuss hat für den Internationalen Zivilpakt akzeptiert, dass auch die extraterritoriale Tötung durch unbemannte, bewaffnete Flugobjekte am Recht auf Leben zu messen ist.<sup>140</sup> Der britische Court of Appeal kam dagegen im Al-Saadoon-Urteil vom September 2016 nach intensivem Studium der EGMR-Judikatur zum Schluss, dass ein singulärer gezielter Tötungsakt im Ausland nicht Ausdruck von effektiver Kontrolle im Sinne der EMRK sei, da der EGMR eine vorangegangene Phase der Herrschaft über die Zielperson verlange.<sup>141</sup> Diese Interpretation von Art. 1 EMRK entspricht zweifelsohne dem Duktus des EGMR,<sup>142</sup> muss aber fallgruppenbezogen überdacht werden. Die Gebiets- und Personenkontrolle durch ferngesteuerte Flugkörper, oft in Sicht- und Hörweite der Zielpersonen und verbunden mit der konstanten Möglichkeit eines gezielten Raketeneinsatzes, besitzt auch ohne

<sup>139</sup> Für einen Wegfall des „jurisdictional link“ zumindest bei negativen Konventionspflichten *Andreas von Arnould* Freiheit und Regulierung in der Cyberwelt: Transnationaler Schutz der Privatsphäre aus Sicht des Völkerrechts, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht*, 2016, 1 (12); *Marko Milanovic* Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy, 2011, 118 ff.

<sup>140</sup> Menschenrechtssausschuss, Schlussbemerkungen zur 4. periodischen Berichterstattung der Vereinigten Staaten, CCPR/C/USA/CO/4 vom 24. April 2014, Rn. 9; ders. General Comment Nr. 31 (80), The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, UN Doc CCPR/C/21/rev 1 Add 1325 (2004).

<sup>141</sup> England and Wales Court of Appeal (Civil Div.), 09.09.2016, Al-Saadoon und andere, [2016] EWCA Civ 811, Rn. 69; a.A. das erstinstanzliche Urteil UK High Court, 17.03.2015, Al-Saadoon und andere, [2015] EWHC 715 (Admin), Rn. 95 f.; in diese Richtung auch UK Court of Appeal, 30.07.2015, Serdar Mohammed und andere, [2015] EWCA Civ 843, Rn. 95: gezieltes Töten als ultimative Kontrolle und Gewalt über Personen.

<sup>142</sup> Vgl. schon *Heike Krieger* Die Verantwortlichkeit Deutschlands nach der EMRK für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz, *ZaöRV* 62 (2002), 669 (672).

Bodenpräsenz eine hohe Kontrolleffektivität.<sup>143</sup> Territorialität ist dafür nicht erforderlich.<sup>144</sup>

Territorialität fehlt auch, wenn Vertragsstaaten im Ausland Daten und Informationen über Personen sammeln, sei es durch Aufklärungsdrohnen, Radiotransmitter oder Informanten vor Ort. Noch ist unklar, ob der EGMR dem im Schrifttum entwickelten Gedanken einer effektiven „virtuellen Kontrolle“<sup>145</sup> näher tritt, wenn Personen im Ausland zielgerichtet observiert werden.<sup>146</sup> Die Figur der „virtuellen Kontrolle“ knüpft an EGMR-Terminologie an, sie ändert aber die ursprüngliche Bedeutung von Kontrolle, weil nicht die Möglichkeit der Verhaltenssteuerung, sondern das Erlangen von Informationen im Vordergrund steht.<sup>147</sup> Aber wie schon der Drohnen-Einsatz verdeutlicht, ist es nicht zielführend, die Judikatur zu traditionellen Militäreinsätzen auf fremdem Territorium zum Maßstab technologisch entterritorialisierter Herrschaftsbeziehungen zu erklären. Das verdeutlicht der Fall *Liberty*, in dem der EGMR die „heimisch“ vom Vereinigten Königreich vorgenommene Überwachung von ausländischer Telekommunikation – ausgehend von Irland, über die britische Insel auf den Kontinent – trotz der Wirkung der inländischen Abhörmaßnahme im Ausland ohne weiteres unter Art. 8 EMRK subsumierte.<sup>148</sup> Der so in den menschen-

<sup>143</sup> Auch schwache Kontrolle einer Region kann bezogen auf Einzelfälle effektiv sein, was unter der EMRK ausreicht, *Al-Skeini* (Fn. 132), Rn. 149. Vgl. auch *Milanovic* Human Rights Treaties (Fn. 139), 171.

<sup>144</sup> Vgl. auch *Robert Frau*, Unmanned Military Systems and Extraterritorial Application of Human Rights Law, *Groningen Journal of International Law* 1 (2013), 1, 9; *Fredrik Rosén* Extremely Stealthy and Incredibly Close: Drones, Control and Legal Responsibility, *Journal of Conflict & Security Law*, 19 (2013) 113 (120 f.); auf Basis der EGMR-Rechtsprechung schließt *Marko Milanovic* eine Anwendung der EMRK aus, in: *Al-Skeini and Al Jemma* in Strasbourg, *EJIL* 23 (2012), 212 (130).

<sup>145</sup> *Peter Margulies* The NSA in Global Perspective: Surveillance, Human Rights, and International Counterterrorism, *Fordham Law Review* 82 (2014), 2137 (2151), s. auch *Anne Peters* Surveillance Without Borders? The Unlawfulness of the NSA-Panopticon, Part II, *EJIL:Talk!* 04.11.2013, abrufbar unter <<http://www.ejiltalk.org/surveillance-without-borders-the-unlawfulness-of-the-nsa-panopticon-part-ii/>>.

<sup>146</sup> In EGMR, 29.06.2006, *Weber und Saravia*, No. 54934/00 hat der EGMR die Frage der virtuellen Kontrolle vermieden und die Beschwerde der in Uruguay ansässigen Kläger wegen offensichtlicher Unbegründetheit verworfen; in EGMR, 01.07.2008, *Liberty* und andere, No. 58243/00, Rn. 57, wurde aufgrund fehlender Einlassung die Frage der extraterritorialen Jurisdiktion über in dem Vereinigten Königreich abgehörte Kommunikation zwischen Dublin und London nicht thematisiert.

<sup>147</sup> *Irina Georgieva* The Right to Privacy under Fire – Foreign Surveillance under the NSA and the GCHQ and Its Compatibility with Art. 17 ICCPR and Art. 8 ECHR, *Utrecht Journal of International and European Law* 31 (2015), 104 (113).

<sup>148</sup> *Liberty* (Fn. 146), Rn. 5; vgl. auch EGMR, 01.04.2004, *Bosphorus*, No. 45036/98, Rn. 137; 01.03.2006, *Sejdovic*, No. 56581/00 (Verurteilung in absentia; keine Referenz zu Art. 1 EMRK); 14.12.2006, *Markovic* und andere, No. 1398/03, Rn. 54 f. (Recht auf

rechtlichen Fokus rückende inländische Ort der Datenabfrage, -speicherung<sup>149</sup> und -verarbeitung ist aber im Zeitalter entterritorialisierter Kommunikations- und Datenräume ein völlig willkürlicher Türöffner zur EMRK, da diese entterritorialisierten Räume auch ein Staat zu nutzen weiß.<sup>150</sup> Der Menschenrechtsausschuss teilt diese Auffassung und unterstellt mit Blick auf die US-amerikanischen NSA-Praktiken jede Datensammlung im Ausland oder mit Wirkung im Ausland vollumfänglich dem internationalen Zivilpakt.<sup>151</sup>

Im Gegensatz zum EGMR stellte sich der Menschenrechtsausschuss schon früh auf den Standpunkt, dass der Pakt all jene Maßnahmen im Ausland verbiete, die der Vertragsstaat auf seinem Territorium nicht durchführen dürfte.<sup>152</sup> Damit konstruiert der Ausschuss einen internationalen Menschenrechtsraum mit universellen Individualrechten und entterritorialisierten Staatenpflichten. Der europäische Menschenrechtsraum – der *espace juridique*<sup>153</sup> – bleibt dagegen dem Grunde nach eine Landkarte der territorialen Grenzen und hoheitlichen Räume.<sup>154</sup> Das wirft die Frage auf, wie „lebendig“ ein Menschenrechtsinstrument ist, das am territorialen Herrschaftsverständnis des vergangenen Jahrhunderts festhält. Mit Blick auf die Existenz ausgelagerter Herrschaft und entgrenzter Herrschaftsbeziehungen scheint die Zeit reif, diese Phänomene auch im Rahmen der EMRK anzuerkennen,<sup>155</sup> also für die Zwecke der Menschenrechte dem Ordnungs-

---

Zugang zu Gericht von nicht im Vertragsstaat ansässigen Personen); 01.04.2004, Kovačić und andere, No. 44574/98, 45133/98 und 48316/99 (*jurisdiction ratione loci*).

<sup>149</sup> Bezogen auf DAN-Daten: EGMR, 04.12.2008, S. and Marper, No. 30562/04 und 30566/04, Rn. 67.

<sup>150</sup> A.A. United Kingdom Investigatory Powers Tribunal, 16.05.2016, Human Rights Watch Inc & Others, [2016] UKIPTrib15\_165-CH, Rn. 60. Klarheit werden zwei Verfahren vor dem EGMR bringen: Antrag vom 04.09.2013, Big Brother Watch und andere, No. 58170/13; Antrag vom 20.05.2015, 10 Human Rights Organisations, No. 24960/15.

<sup>151</sup> Menschenrechtsausschuss, Abschließende Stellungnahme zum 4. periodischen Bericht der USA vom 23. April 2014, UN Doc CCPR/C/USA/CO/4, Rn. 22.

<sup>152</sup> Menschenrechtsausschuss, Lopez Burgos (Fn. 136); ders., General Comment No. 31 (Fn. 140), Rn. 10, 12; dieses Prinzip macht sich auch der EGMR in Issa (Fn. 130), Rn. 71, zu eigen, ohne aber auf seinen Kontrollmaßstab zu verzichten.

<sup>153</sup> Zum Gebrauch und Missbrauch dieses Begriffs in der Judikatur des EGMR s. *Ralph Wilde* The “Legal Space” or “espace juridique” of the European Convention on Human Rights: Is It Relevant to Extraterritorial State Action?, *European Human Rights Law Review* 10 (2005), 115 ff.

<sup>154</sup> Vgl. EGMR, 20.04.2015, Pisari, No. 42139/12, Rn. 33.

<sup>155</sup> *Samantha Besson* The Extraterritoriality of the European Convention of Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Amounts to Jurisdiction, *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), 857 (864 ff.); dieses Argument vorwegnehmend *Marko Milanovic* Human Rights and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age, *Harvard International Law Journal* 56 (2015), 81 (130).

wert von Territorialität keine entscheidende Bedeutung mehr beizumessen. Noch scheut der EGMR erkennbar vor der Vorstellung zurück, entterritorialisierte Staatenpflichten in einem regionalen Menschenrechtsinstrument anzuerkennen, und dafür lassen sich auch Gründe finden. Es ist in der Tat nicht zu übersehen, dass die hohen und ausdifferenzierten Standards der EMRK auf die Hausgewalt des Staates in seinem Territorium ausgerichtet sind.<sup>156</sup> Allerdings hat der EGMR auf die Sorge eines unrealistischen da weltweit geltenden regionalen Menschenrechtsregimes bereits eine pragmatische Antwort gefunden: Die negativen, aber vor allem die positiven EMRK-Pflichten sind bei Auslandssachverhalten – im Gegensatz zu Inlandssachverhalten – auf auswärtige Gegebenheiten angepasst und maßgeschneidert.<sup>157</sup> Die neue territoriale Relativität der EMRK wird die Wissenschaft beschäftigen halten.<sup>158</sup>

## V. Schlussbetrachtung

Ich komme zum Schluss und führe zusammen. Die vier Rechtsräume haben gezeigt, dass der Entterritorialisierungsdiskurs mehr ist als nur die Dekonstruktion eines weiteren Merkmals von Staatlichkeit, sozusagen das letzte Jellinek'sche Element, an dem wir uns abarbeiten können. Der klassisch-territoriale Zuschnitt des öffentlichen Rechts befindet sich in der Tat im Prozess einer räumlichen und funktionalen Anpassung, die den Wirklichkeitsbedingungen einer globalisierten Welt geschuldet ist. Der Staat sucht Anschluss an nicht-territoriale Normsetzer und deren funktionalem Recht jenseits des Staates; er erkennt in diesem Maße an, dass es in sozialen Räumen mehr als nur ein territoriales Recht gibt.

Der Staat begibt sich in Föderalisierungsprozesse, die seine territoriale Rechtsordnung im Verbund neu kalibrieren. Innerhalb der Europäischen Union entstehen im vertikalen und horizontalen Verhältnis Spannungen zwischen staatlicher Territorialität und unionaler Supraterritorialität. Es ist ein stetiger Prozess von Ent- und Reterritorialisierung, mit dem Brexit als eindrucksvollen Versuch einer Reterritorialisierung zur Wiedererlangung dessen, was Territorialität als politische Strategie ausmacht: Das Streben nach exklusiver Kontrolle und Macht über Personen und Sachen auf einem Gebiet. Kontrolle ist auch zentral für den Staat, der den Regelungsbereich

<sup>156</sup> *Von Arnould* Cyberwelt (Fn. 139), 13.

<sup>157</sup> Die „divided and tailored“-Rechtsprechung des EGMR beginnt mit *Al Skeini* (Fn. 132), Rn. 137, mit Verweis auf *Bankovic* (Fn. 130), Rn. 75.

<sup>158</sup> Generell für die Grenzen positiver Pflichten s. EGMR, 28.10.1998, *Osman and Osman*, No. 23452/94, Rn. 116.

seines Rechts entterritorialisiert, um transnationalen und globalen Problemen im Eigen- oder Gemeinschaftsinteresse zu begegnen; die Ordnungsfunktion des Völkerrechts ist gefordert, die unilateralen Regulierungsansprüche wirkmächtiger Akteure zu legitimieren, oder eben nicht. Ebenso muss das Völkerrecht mit dem Instrument der Menschenrechte reagieren, wenn der Staat seine Herrschaftsbeziehungen entterritorialisiert.

Nach alledem ist evident, dass Territorium im 21. Jahrhundert kein statischer Container für staatliche Herrschaftsgewalt ist. Die Wände des Containers – um im Bild zu bleiben – sind aufgrund der gewandelten Wirklichkeit permeabel geworden, nicht nur für fremde Normvorstellung, sondern auch für öffentliche Herrschaftsgewalt, und das ist in den Grenzen des Völkerrechts durchaus funktionsadäquat. Vor allem ist die Permeabilität nicht das Ende staatlicher Souveränität. Es hat sich vielmehr gezeigt, dass der Staat innerhalb der Entgrenzungsdynamik seine Handlungsfähigkeiten auch ausbauen kann. Trotzdem wird das Territorium bis auf weiteres zentraler Bezugspunkt des staatlichen Rechts und Anker staatlicher Herrschaftsgewalt bleiben, zumindest in unserem Teil der Welt. Eine Welt ohne Territorialität wird es ohnehin nie geben. Denn wie *Samuel Beckett* so treffend in „Endgame“ formulierte: „You’re on earth, there’s no cure for that.“<sup>159</sup>

---

<sup>159</sup> *Samuel Beckett* Endgame, 2006, 33; die Idee für das Zitat stammt von *John Gerard Ruggie* Territoriality and Beyond: Problematizing Modernity in International Relations, International Organisations 47 (1993), 139 (174).

*Leitsätze der 1. Referentin über:*

## **Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts**

### *I. Neue Räume*

*(1) Die staatsdefinierte Gesellschaft zehrt auch heute noch von der Idee eines abgegrenzten Territoriums, aber gerade am modernen Gesellschaftsbild setzt ein entscheidender Wandel an, die sozio-geographische Globalisierung. Sie ist gekennzeichnet durch globale Kommunikations- und Datenströme, die Raum und Zeit komprimieren. Ihre Folge sind gesellschaftlich produzierte, entterritorialisierte Räume.*

*(2) Die Sozialwissenschaften nehmen die entterritorialisierten, sozialen Räume zum Anlass, von der Vorstellung des Territoriums als statischem Container souveräner Herrschaftsgewalt abzurücken.*

### *II. Territorialität des nationalen Rechts*

*(3) „Territorium“ bezeichnet den geographischen Herrschaftsbereich einer politischen Entität. Territorialität ist die dazugehörige Strategie, durch die exklusive Kontrolle über das Territorium die Kontrolle über Personen und Sachen zu erlangen.*

*(4) Der klassisch-territoriale Zuschnitt des öffentlichen Rechts gerät von drei Seiten unter Druck: Durch die territorial ungebundenen Räume und Probleme des globalen Zeitalters, durch den Integrationsprozess des europäischen Raums, und durch die Erstreckung öffentlicher Gewalt über die staatliche Grenze hinaus.*

### *III. Annäherung an den Begriff: Entterritorialisierung des Rechts*

*(5) Semantisch betrachtet bezeichnet die Entterritorialisierung des Rechts einen Prozess, der das Recht von seiner ursprünglich territorialen Verankerung löst. Das ist allerdings nur der Ausgangspunkt, nicht der Endpunkt einer möglichen Rezeption.*

#### IV. Diskursfelder

##### 1. Transnationale (Rechts-)Räume

(6) *Entgrenzte soziale Räume formen normative Ordnungen, die den Bedürfnissen geographisch verstreuter und mobiler Akteure nach funktionaler Vernetzung gerecht werden.*

(7) *Normative Ordnungen jenseits des Staates wie die lex mercatoria und die lex maritima sind weniger Ausdruck einer Entterritorialisierung des Rechts als vielmehr Ausdruck der Entterritorialisierung der Rechtsverhältnisse privater Akteure, die durch Rechtswahl dem nationalen Recht zugunsten nichtstaatlicher Normen ausweichen.*

(8) *Für eine Entterritorialisierung des Rechts steht die pluralistische Symbiose von privatautonom geschaffenen Normen, internationalem Recht und staatlichem Recht. Die Entterritorialisierung des nationalen Rechts erschließt sich hier aus der holistischen Betrachtung normativer Gesamtzusammenhänge, auf deren Basis die öffentliche Gewalt operiert.*

##### 2. Europäischer Rechtsraum

(9) *Im integrierten europäischen Raum liegt die Zuständigkeit nicht mehr nur bei einem territorial eingefassten Souverän, sondern bei einer aggregierten Vielzahl funktional aufeinander bezogener Souveräne (horizontale Entterritorialisierung). Dies ist ein für Föderalisierungsprozesse typischer Vorgang.*

(10) *Das Machtgefäß der Union ist nicht territorial, sondern suprateritorial. Es liegt über der Summe der mitgliedstaatlichen Hoheitsgebiete, deren geographische Koordinaten sich im Geltungs- und Anwendungsbereich des Unionsrechts abbilden.*

##### 3. Nationale und unionale Regelungsräume

(11) *Entgrenzte Regelungsräume nationaler Gesetze gewinnen zunehmend an Attraktivität: Verknüpfte Ökonomien und entgrenzte Mobilität erweitern den effektiven Zugriff beim Gesetzesvollzug; globalisierte Marktplätze intensivieren die Verhaltenssteuerung von räumlich entfernten, aber marktabhängigen Akteuren.*

(12) *Hinter der Anknüpfung eines Gesetzes an den Zugang zum Territorium und der Auswirkung auf das Territorium steht eine gesetzgeberische Strategie: Sie wendet sich gegen unerwünschte globale oder lokale Unterregulierung. Diese Unterregulierung kann rein territoriale Interessen*



gefährden wie den örtlichen Wettbewerb, aber auch global relevante Güter und Werte wie das Klima, die Artenvielfalt oder das globale Finanzsystem.

(13) Extraterritorial wirkende Rechtsakte schützen neben nationalen Interessen zunehmend international anerkannte Güter, Werte und Interessen. Die vormals ausschließlich territoriale Verbindung zwischen Schutzgut und regulierendem Staat wird dann um eine funktionale Verbindung ergänzt. Die funktionale Regelungszuständigkeit tritt ergänzend neben die funktionalen Steuerungsinstrumente globaler nichtstaatlicher Akteure.

(14) Ein kosmopolitisches Jurisdiktionsmodell, das globale öffentliche Güter zu legitimen Schutzobjekten unilateraler Regelungszuständigkeit erklärt, ist auf mehreren Ebenen problematisch: Der postterritoriale Rechtshegemon behauptet die output-Legalität seiner Maßnahme, ohne gegenüber den fremdbestimmten ausländischen Normadressanten politisch verantwortlich zu sein. Bei der Folgenabschätzung extraterritorialer Rechtsanwendung werden immer nationale Interessen mitschwingen.

(15) Weder ein entgrenztes Territorialitätsprinzip noch die kosmopolitisch konstruierte Jurisdiktion können die Notwendigkeit von Lösungsansätzen auf Basis eines breiten völkerrechtlichen Konsenses sinnvoll ersetzen.

#### 4. Internationaler Menschenrechtsrechtsraum

(16) Der EGMR verlangt in seiner Einzelfalljudikatur zum räumlichen Anwendungsbereich der EMRK die Existenz einer wie immer radizierten, kontrollbasierten Herrschaftsbeziehung, die punktuelle Territorialität vermittelt. Technologischer Fortschritt hat aber die Raumvorstellung von Herrschaftsbeziehungen dramatisch verändert.

(17) Die Gebiets- und Personenkontrolle durch unbemannte ferngesteuerte oder automatisierte Flugkörper, oft in Sicht- und Hörweite der Zielpersonen und verbunden mit der konstanten Möglichkeit eines gezielten Raketeneinsatzes, besitzt auch ohne Bodenpräsenz eine hohe Kontrolleffektivität.

(18) Die Judikatur zu traditionellen Militäreinsätzen und ihrem effektiven Kontrollgrad am Boden sollte nicht der Maßstab technologisch entterritorialisierter Herrschaftsbeziehungen sein, gerade im Bereich staatlicher Dateneingriffe. Den inländischen Ort der Datenabfrage, -speicherung und -verarbeitung zum Türöffner der EMRK zu machen, wäre mit Blick auf die entterritorialisierten Kommunikations- und Datenräume, die auch ein Staat zu nutzen weiß, willkürlich.

(19) Der Menschenrechtsausschuss konstruierte für den internationalen Zivilpakt einen Menschenrechtsraum mit universellen Individualrechten und entterritorialisierten Staatenpflichten. Der europäische Men-

*schenrechtsraum bleibt dagegen dem Grunde nach eine Landkarte der territorialen Grenzen und hoheitlichen Räume.*

*(20) Der EGMR sollte die Existenz ausgelagerter Herrschaft und entgrenzter Herrschaftsbeziehungen anerkennen, sollte also dem Stellenwert räumlicher Nähe und dem Ordnungswert von Territorialität für die Zwecke der Menschenrechte keine entscheidende Bedeutung mehr beimessen.*

#### *V. Schlussbetrachtung*

*(21) Der klassisch-territoriale Zuschnitt des öffentlichen Rechts befindet sich im Prozess einer räumlichen und funktionalen Anpassung, die den Wirklichkeitsbedingungen einer globalisierten Welt geschuldet ist.*

*(22) Territorium ist im 21. Jahrhundert kein statischer Container für staatliche Herrschaftsgewalt. Die Wände des Containers sind aufgrund der gewandelten Wirklichkeit permeabel geworden, nicht nur für fremde Normvorstellungen, sondern auch für öffentliche Herrschaftsgewalt, und das ist in den Grenzen des Völkerrechts auch funktionsadäquat.*

Dritter Beratungsgegenstand:

## **Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts**

2. Referat von *Jürgen Bast*, Gießen\*

### Inhalt

	Seite
I. Veränderungen der territorialen Ordnung des öffentlichen Rechts? .....	278
1. Gegenstand der Untersuchung: entterritorialisierte öffentliche Gewalt .....	279
a) Supranationale öffentliche Gewalt der Europäischen Union .....	279
b) Öffentliche Gewalt Internationaler Organisationen .....	279
c) Weitere Entterritorialisierungs-Phänomene .....	281
2. Programm der Untersuchung .....	281
II. Raum und Territorium aus sozialwissenschaftlicher Perspektive	282
1. Das Konzept des Raums .....	282
a) Sozialwissenschaftliche Erkenntnisse .....	282
b) Rechtswissenschaftliche Diskussionsstände .....	284
2. Das Konzept des Territoriums .....	285
a) Sozialwissenschaftliche Erkenntnisse .....	285
b) Rechtswissenschaftliche Diskussionsstände .....	287
III. Territorium und Territorialität im Völkerrecht .....	289
1. Völkerrecht als Koordinationsordnung .....	289
2. Völkerrecht als Wertordnung .....	290

---

\* Ich danke den Mitarbeiterinnen der Professur für Öffentliches Recht und Europarecht Kathrin Feldmann, Laura Hilb, Lisa vom Felde, Pirko Wedhorn, Janna Wessels und Kasandra Wetz für ihre aktive fachliche und technische Unterstützung. Bei Susanne Buckley-Zistel, Anuscheh Farahat, Julia Heesen, Thilo Maruhn, Florian Rödl und Jelena von Achenbach bedanke ich mich für wertvolle Kommentare zu früheren Fassungen des Manuskripts. Mein ganz besonderer Dank gilt Stefan Häußler, der den Forschungsprozess eng begleitet hat. Auf ihn gehen insbesondere die Einsichten zu Henri Lefebvres zurück.

3.	Völkerrecht als Kooperationsordnung . . . . .	292
4.	Gesamteinschätzung . . . . .	293
IV.	Territorium und Territorialität im Unionsrecht . . . . .	294
1.	Der interne Aspekt der Territorialität des Unionsrechts: Schaffung supranationaler Teilräume . . . . .	295
a)	Die Entwicklung der EU zum Territorialverband . . . . .	296
b)	Die variable Territorialität der EU . . . . .	299
2.	Der externe Aspekt der Territorialität des Unionsrechts: Schaffung eines supranationalen Grenzregimes . . . . .	302
V.	Das Zusammenwirken von territorialisierter und entterritorialisierter Hoheitsgewalt . . . . .	304
1.	Staatsgewalt und territorialisierte Unionsgewalt: ein föderaler Verbund . . . . .	305
2.	Föderaler Verbund und internationale öffentliche Gewalt: ein Ensemble sektoraler Mehrebenensysteme . . . . .	306
3.	Offene Fragen . . . . .	308

## I. Veränderungen der territorialen Ordnung des öffentlichen Rechts?

Es war der Neujahrsmorgen im Jahr 2008, auf der polnischen Seite der Halbinsel Usedom. Trotz des nieseligen Wetters waren die Menschen in großer Zahl an die Ostsee gekommen, in der Bucht von Świnoujście, dem früheren „Kaiserbad“ Swinemünde. Nur eine breite Schneise in den Kiefernwald etwas abseits vom Strand markierte den Ort, an dem noch wenige Tage zuvor ein Sperrzaun stand. Jetzt konnten die Spaziergänger die unsichtbare Grenzlinie ungehindert überqueren. Es handelt sich um den nördlichen Ausläufer der 1945 in Potsdam festgelegten Oder-Neiße-Grenze, die für vier Jahrzehnte die sozialistischen Bruderstaaten DDR und Volksrepublik Polen trennte und dann für 18 Jahre die Außengrenze der EU bzw. des Schengen-Raums bildete.<sup>1</sup> Niemandem mit Sinn für die gewalttätige Geschichte des 20. Jahrhunderts konnte entgehen, dass hier etwas Großes geschehen war. Am Strand von Usedom war der Vorgang, den *Udo Di Fabio* treffend die „Juridifizierung von Grenzen“ genannt hat,<sup>2</sup> sinnlich erfahrbar.

<sup>1</sup> Zur Transformation des europäischen Raums durch die Verschiebung der Außengrenze der EU *Steffi Marung* Die wandernde Grenze, 2013; *Andreas Müller* Governing Mobility Beyond the State, 2014, 134 ff.

<sup>2</sup> *Udo Di Fabio* Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, 67.

### 1. *Gegenstand der Untersuchung: entterritorialisierte öffentliche Gewalt*

Von solchen Veränderungen der territorialen Ordnung wird zu sprechen sein, wenn im Zusammenhang mit dem Völker- und Unionsrecht die Frage nach einer „Entterritorialisierung“ aufgeworfen wird. Eine, ja vielleicht *die* zentrale Entwicklung des öffentlichen Rechts in den letzten 25 Jahren, seine Europäisierung und Internationalisierung, soll hier also durch eine „räumliche Brille“ betrachtet werden. Durch sie wird sichtbar, dass sich mit der Dynamik des überstaatlichen Rechts auch die räumliche Ordnung des öffentlichen Rechts geändert hat.

Im Folgenden wird nach relevanten Veränderungen im Hinblick auf den Zentralbegriff des öffentlichen Rechts gefragt: der *öffentlichen Gewalt* bzw., hier synonym verwendet, der Hoheitsgewalt. Ausgangspunkt ist der enge konzeptionelle Zusammenhang von Hoheitsgewalt, Staat und Territorium, der das traditionelle Staats- und Völkerrechtsdenken prägt.<sup>3</sup> Er fundiert eine Arbeitsdefinition, mit deren Hilfe mögliche Entterritorialisierungs-Phänomene identifiziert werden können. *Eine Entterritorialisierung des Rechts liegt dann vor, wenn eine Entkopplung von Hoheitsgewalt und Staatsgebiet zu verzeichnen ist.*<sup>4</sup>

#### a) *Supranationale öffentliche Gewalt der Europäischen Union*

Erste Kandidatin für so definierte entterritorialisierte öffentliche Gewalt ist die Hoheitsgewalt, die von der Europäischen Union ausgeübt wird. Es kommt hier schon deshalb zu einer Entkopplung von Hoheitsgewalt und Staatsgebiet, weil das Unionsrecht nicht exklusiv auf ein einzelnes Staatsgebiet bezogen ist, sondern einen weiteren räumlichen Geltungsbereich hat. Zweitens wird diese Gewalt von nicht-staatlichen Organen im Namen eines eigenständigen Hoheitsträgers ausgeübt. Als geltungsmäßig autonome Gewalt wirkt sie, räumlich gesprochen, von außen auf das Staatsgebiet ein.<sup>5</sup>

#### b) *Öffentliche Gewalt Internationaler Organisationen*

Ein zweites Phänomen entstammt dem Völkerrecht. Das internationale System zeichnet sich durch eine Vielzahl internationaler Einrichtungen

<sup>3</sup> Daniel-Erasmus Khan Die deutschen Staatsgrenzen, 2004, 21.

<sup>4</sup> Im Anschluss an Seyla Benhabib Democracy, Demography, and Sovereignty, in: Law & Ethics of Human Rights 2 (2008), I (13 und 17).

<sup>5</sup> Zum Unionsrecht als autonomer Rechtsordnung und der EU als eigenständigem Hoheitsträger, dessen Befugnisse auf vertraglicher Zuweisung beruhen, insoweit übereinstimmend EuGH Gutachten 2/13, EMRK-Beitritt II, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 165 f., und die st. Rspr. des BVerfG seit E 22, 293 (296) – EWG Verordnungen, s. etwa BVerfGE 126, 286 (301 f.) – Honeywell.

aus, die über Völkerrechtspersönlichkeit verfügen und daher grundsätzlich als Urheber einer im eigenen Namen ausgeübten öffentlichen Gewalt in Betracht kommen. Nur selten aber verfügen diese Internationalen Organisationen über Entscheidungsbefugnisse nach dem Vorbild des UN-Sicherheitsrates.<sup>6</sup> Typisch für ihre Tätigkeit sind Akte, die keine verbindlichen Rechtswirkungen erzeugen, sog. Soft Law,<sup>7</sup> sowie nicht-rechtliche Steuerungsinstrumente, insbesondere Informationshandlungen wie Indikatoren und Rankings.<sup>8</sup>

Der Berichterstatter schließt sich einer Lesart an, die solche Instrumente als Ausübung von internationaler öffentlicher Gewalt, als *International Public Authority* deutet.<sup>9</sup> Diesem Konzept, das von einer Gruppe um *Armin von Bogdandy* entwickelt wurde, liegt ein erweiterter Begriff von öffentlicher Gewalt zugrunde, der auf die faktische, diskursiv vermittelte Steuerungswirkung abstellt: Das Vermögen eines Akts, individuelle Freiheit oder kollektive Selbstbestimmung einzuschränken, dient als maßgebliches Kriterium. Für beides finden sich in der Praxis des Völkerrechts zahlreiche Beispiele.<sup>10</sup> Damit stellt auch internationale öffentliche Gewalt ein Phänomen der Entterritorialisierung dar.

<sup>6</sup> Gleichwohl existieren weitere solcher Fälle, im Bereich der Judikative etwa die internationale Strafjustiz mit einem permanenten Internationalen Strafgericht oder im Bereich der internationalen Verwaltung die Statusentscheidungen des UNHCR; s. die Fallstudien in: *Armin von Bogdandy/Rüdiger Wolfrum/Jochen von Bernstorff/Philipp Dann/Matthias Goldmann* (Hrsg.) *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, 2010, sub II.1.1 und II.2.1.

<sup>7</sup> Für das klassische Verständnis s. *Daniel Thürer* Soft Law, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL) (Stand: März 2009); krit. *Matthias Goldmann* We Need to Cut Off the Head of the King. Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law, *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), 335; zu Rechtsetzung in nicht-verbindlichen Handlungsformen allg. *Matthias Knauff* Der Regelungsverbund. Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, 2010; im Kontext des Unionsrechts *Jürgen Bast* Grundbegriffe der Handlungsformen der EU, 2006, 20 f., 181 ff.

<sup>8</sup> Zur Konzeptualisierung als eigenständiger Handlungstypus *Matthias Goldmann* Internationale Öffentliche Gewalt, 2015, 40 ff.; als wegweisende Fallstudie *Armin von Bogdandy/Matthias Goldmann* Die Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt durch Politikbewertung. Die PISA-Studie der OECD als Muster einer neuen völkerrechtlichen Handlungsform, *ZaöRV* 69 (2009), 51.

<sup>9</sup> *Armin von Bogdandy/Philipp Dann/Matthias Goldmann* Völkerrecht als Öffentliches Recht, *Der Staat* 49 (2008), 23 (30 ff.); *Ingo Venzke* How Interpretation Makes International Law, 2012; *Goldmann* Internationale Öffentliche Gewalt (Fn. 8), 245 ff.; *Armin von Bogdandy* HStR XI, 2013, § 232 Rn. 12 ff.

<sup>10</sup> *Von Bogdandy/Wolfrum/von Bernstorff/Dann/Goldmann* Exercise of Public Authority (Fn. 6); *Armin von Bogdandy/Ingo Venzke* (Hrsg.) *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, 2012; sowie zahlreiche Studien im Umfeld des Institute for International Law and Justice an der New York University, die mit dem Konzept eines *Global Administrative Law* operieren, s. *Nico*

### c) Weitere Entterritorialisierungs-Phänomene

Zwei weitere Phänomene kämen in Betracht: das Ausgreifen staatlicher Gewalt auf fremdes bzw. nicht-staatliches Territorium,<sup>11</sup> und die Ausübung öffentlicher Gewalt durch transnationale *private* Akteure.<sup>12</sup> In beiden Fällen fehlt es *per se* an der Kongruenz von Hoheitsgewalt und staatlichem Territorium. Den Gegenstand der weiteren Diskussion sollen gleichwohl allein supranationale und internationale Hoheitsgewalt bilden. Diese Beschränkung rechtfertigt sich pragmatisch mit einer Arbeitsteilung mit der Erstberichterstatteerin.<sup>13</sup>

## 2. Programm der Untersuchung

Das Vorhaben, Veränderungen für den territorialen Bezug des öffentlichen Rechts zu untersuchen, fügt sich ein in ein größeres wissenschaftliches Projekt der Ent-Etatisierung öffentlich-rechtlicher Grundkategorien.<sup>14</sup> Das Anliegen ist, Schlüsselbegriffe des verfassungsrechtlichen Denkens von einer Engführung auf den Staat zu befreien, um sie für Phänomene des überstaatlichen Rechts grundsätzlich nutzbar zu machen.<sup>15</sup> Nach Verfassung, Demokratie, Bürgerschaft, Gesetzgebung u.a.m. soll jetzt auch das Gebiet von seiner Amalgamierung mit dem Staat gelöst werden.

Zwei Leitfragen orientieren die Diskussion. Erstens: Welche Veränderungen für den Staat als territorial definiertem Herrschaftsverband gehen von der Existenz überstaatlicher öffentlicher Gewalt aus? Zweitens: Bilden sich auf den überstaatlichen Hoheitsebenen ihrerseits Formen territorial definierter Herrschaft aus?

Die zentralen Thesen dieses Berichts lauten: Supranationale und internationale Hoheitsgewalt sind zwei Erscheinungsformen einer Entterri-

---

*Krisch/Benedict Kingsbury* Introduction. Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order, *European Journal of International Law* 17 (2006), 1; *Benedict Kingsbury/Lorenzo Casini* Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law, *International Organizations Law Review* 6 (2009), 319.

<sup>11</sup> *Christian Walter* HStR XI, 2013, § 237; *Menno T. Kamminga* Extraterritoriality, in: MPEPIL (Stand: November 2012). Zu den entsprechenden verwaltungsrechtlichen Instrumenten *Martin Kment* Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, 2010, 267 ff.

<sup>12</sup> Etwa bei *Benhabib* Democracy (Fn. 4), 17; zur Synchronität von Internationalisierung und Privatisierung *Philipp Genschell/Bernhard Zangl* Die Zerfaserung von Staatlichkeit und die Zentralität des Staates, *APuZ* 20–21 (2007), 1 (3 f.).

<sup>13</sup> Ausführlich *Kirsten Schmalenbach* in diesem Band; aus einer individualrechtlichen Perspektive *Mehrdad Payandeh* Entterritorialisierung des Öffentlichen Rechts, *DVBl.* 2016, 1073.

<sup>14</sup> Vgl. *Armin von Bogdandy/Jürgen Bast* Der verfassungsrechtliche Ansatz und das Unionsrecht, in: dies. (Hrsg.) *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, 1.

<sup>15</sup> *Anne Peters* Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 98 ff.

torialisierung des öffentlichen Rechts, die die Territorialität der Staaten relativieren, sie aber nicht generell in Frage stellen. Supranationale und internationale Hoheitsgewalt unterscheiden sich aber gerade im Hinblick auf die Kategorie der Territorialität signifikant voneinander, da nur auf der Ebene der Europäischen Union eine neue Territorialisierung zu beobachten ist. Mit anderen Worten: Die EU hat ein Gebiet, sie ist heute ein Territorialverband.

Die Untersuchung erfolgt in vier Schritten. Zunächst werden sozialwissenschaftliche Erkenntnisse zu den grundlegenden Konzepten „Raum“ und „Territorium“ gesichtet und mit rechtswissenschaftlichen Diskussionsständen abgeglichen (II.). Die beiden folgenden Teile sind dem positiven Recht gewidmet, zunächst dem Völkerrecht (III.), dann dem Unionsrecht (IV.). Abschließend werden territorial gebundene und entterritorialisierte öffentliche Gewalt in ihrem Zusammenwirken betrachtet (V.).

## II. Raum und Territorium aus sozialwissenschaftlicher Perspektive

Im ersten Schritt sollen die Erkenntnisse anderer Disziplinen für die genannten Fragen fruchtbar gemacht werden. Es geht zum einen um die Entwicklung eines Analyserasters, zum anderen können sozialwissenschaftliche Erkenntnisse dort hilfreich sein, wo die Rechtswissenschaft ihren normativen Aussagen Annahmen über die soziale Wirklichkeit zugrunde legt.

### 1. Das Konzept des Raums

#### a) Sozialwissenschaftliche Erkenntnisse

Seit den 1990er Jahren ist von einem *spatial turn* in den Sozial- und Kulturwissenschaften die Rede.<sup>16</sup> Raumtheoretische Konzepte werden in einer Vielzahl von disziplinären und theoretischen Kontexten genutzt. Gestützt auf die Raumsoziologin *Martina Löw* und die Geographin *Doreen Massey* lassen sich vier Kernpunkte ausmachen.

1) Das raumtheoretische Credo lautet: Jeder Raum ist *sozial konstruiert*, also das Produkt von menschlichen Handlungen und Bedeutungszuschreibungen. Ein Raum ist kein statischer „Behälter“, in dem die Menschen und Dinge an bestimmten Koordinaten platziert sind, sondern ein dynamischer

<sup>16</sup> Ein Überblick über die disziplinären Zugänge bei *Susanne Rau* Räume. Konzepte, Wahrnehmungen, Nutzungen, 2013, 71 ff.; *Jörg Döhring/Tristan Thielmann* (Hrsg.) Spatial Turn. Das Raumparadigma in den Kultur- und Sozialwissenschaften, 2008.



sches Gebilde, das im interaktiven Prozess erst hervorgebracht wird.<sup>17</sup> Im Anschluss hieran kann aus juristischer Sicht untersucht werden, wie das Recht zur Institutionalisierung räumlicher Strukturen beiträgt, damit die Ordnung des Raums über das Handeln einzelner Akteure hinaus wirksam bleibt.<sup>18</sup>

2) An diesen prozessualen Raumbegriff<sup>19</sup> schließt konsequent die Vorstellung an, dass Raum und räumliche Ordnungen einem historischen Wandel unterliegen.<sup>20</sup> Die Raumtheorie untersucht daher die Entstehung und Veränderung *von* Räumen, nicht nur Veränderungen *im* Raum.<sup>21</sup> Im Kontext dieses Berichts stellt sich beispielsweise die Frage nach Entstehung und Veränderung des Staatsgebiets als einer spezifischen Form räumlicher Ordnung.

3) Räume werden also durch Handlungen hervorgebracht und verändert; einmal errichtet, schränken Räume die Handlungsmöglichkeiten von Akteuren jedoch auch ein. Räumliche Strukturen und raumbezogene Handlungen bedingen sich gegenseitig.<sup>22</sup> Anschlüsse für öffentlich-rechtliche Fragestellungen eröffnen sich, wenn man als Akteure auch hoheitliche Stellen in den Blick nimmt. Als raumbildende Praktiken kommen dann beispielsweise Akte der Gesetzgebung in Betracht.

4) Der letzte Punkt betrifft die Beziehung von Räumen mit unterschiedlicher Ausdehnung (die Raumtheorie spricht von *scales*). Eine wichtige Erkenntnis der Sozialwissenschaft ist die Verschränkung unterschiedlich skaliertter Räume.<sup>23</sup> Im Kontext der Globalisierung wird beispielsweise die Interaktion von globalen und lokalen Akteuren betont.<sup>24</sup> Die Relation verschiedener Räume wird uns im Folgenden noch beschäftigen, namentlich bei der Untersuchung, wie sich unterschiedliche Ebenen von öffentlicher Gewalt zueinander verhalten.

---

<sup>17</sup> Martina Löw *Raumsoziologie*, 2001, 158 et passim; Doreen Massey *Philosophy and Politics of Spatiality*, in: dies., *Power-geometries and the Politics of Space-time*, 1999, 27 (28 f.).

<sup>18</sup> Zur Definition von institutionalisierten Räumen Löw *Raumsoziologie* (Fn. 17), 164.

<sup>19</sup> Löw *Raumsoziologie* (Fn. 17), 15 et passim.

<sup>20</sup> Doreen Massey *Space, Place and Gender*, 1994, 264.

<sup>21</sup> Löw *Raumsoziologie* (Fn. 17), 65.

<sup>22</sup> Löw *Raumsoziologie* (Fn. 17), 172. Diesen Zusammenhang bezeichnet Löw als die „Dualität von Raum“, ebd.

<sup>23</sup> Massey *Space, Place and Gender* (Fn. 20), 265.

<sup>24</sup> Saskia Sassen *The Global City*, 2001, 193 ff.; Helmut Berking *Raumtheoretische Paradoxien im Globalisierungsdiskurs*, in: ders. (Hrsg.) *Die Macht des Lokalen in einer Welt ohne Grenzen*, 2006, 7 (13); Susanne Buckley-Zistel *Frictional Spaces*, in: Annika Björkdahl/Kristine Höglund/Gearoid Millar/Jair Van Der Lijn/Willemijn Verkoren (Hrsg.) *Peacebuilding and Friction. Global and Local Encounters in Post-Conflict Societies*, 2016, 17.

b) *Rechtswissenschaftliche Diskussionsstände*

In der Rechtswissenschaft zeichnet sich ein *spatial turn* bislang nicht ab. Als Rechtsbegriff wird „Raum“ nicht einheitlich verwendet, sodass er sich für eine kontextübergreifende rechtsdogmatische Behandlung nicht eignet.<sup>25</sup> Bemühungen um eine rechtstheoretische Erfassung des Raums sind nur vereinzelt unternommen worden.<sup>26</sup> Ein etablierter Diskussionsstrang ist die Auseinandersetzung mit *Carl Schmitt* und dessen Konzeption eines „Großraums“, die er im zeitlichen und ideologischen Kontext des Nationalsozialismus entwickelt hat.<sup>27</sup> Neue Impulse hat die Raumdiskussion aus dem Europarecht<sup>28</sup> und der Rechtsvergleichung<sup>29</sup> empfangen, in jüngerer Zeit auch aus der Völkerrechtswissenschaft.<sup>30</sup> Bislang besteht aber nur

<sup>25</sup> *Horst Dreier/Fabian Wittreck* Rechtswissenschaft, in: Stephan Günzel (Hrsg.) *Raumwissenschaften*, 2009, 338 (338).

<sup>26</sup> *Peter Häberle* Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992, 778 ff.; *Günther Winkler* Raum und Recht, 1999. Zu einer Verfassungstheorie des Staatsgebiets s. *Peter Häberle* Das Staatsgebiet als Problem der Verfassungslehre, FS Gerard Batliner, 1993, 397. Eher skeptisch zur Leistungsfähigkeit des Raumbegriffs *Pascale Cancik* Verwaltung, Raum, Verwaltungsraum. Eine historische Annäherung, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) *Die Vermessung des virtuellen Raums*, 2012, 29.

<sup>27</sup> *Carl Schmitt* Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte (1941), 1991; *ders.* Großraum gegen Universalismus. Der völkerrechtliche Kampf um die Monroedoktrin (1939), in: *ders.* Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923–1939, 1988, 295; zeitgenössische Kritik bei *Franz Neumann* Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933–1944 (1944), 1977, 198 ff.; zur Einordnung *Horst Dreier* Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, VVDStRL 60 (2001), 9 (62 ff.); *ders.* Wirtschaftsraum – Großraum – Lebensraum, FS 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät, 2002, 47; *John P. McCormick* Carl Schmitt's Europe: Cultural, Imperial and Spatial Proposals for European Integration, in: Christian Joerges/Navraj Singh Ghaleigh (Hrsg.) *Darker Legacies of Law in Europe*, 2003, 133; *Christian Joerges* Europe a Großraum? Shifting Legal Conceptualisations of the Integration Project, in: Joerges/Singh Ghaleigh, ebd., 167; aus raumgeschichtlicher Perspektive *Ulrike Jureit* Das Ordnen von Räumen, 2012, 357 ff.

<sup>28</sup> *Ulrich Battis/Jens Kersten* Europäische Raumentwicklung, EuR 44 (2009), 3; *Angelika Siehr* „Entdeckung“ der Raumdimension in der Europapolitik, Der Staat 48 (2009), 75; *Armin von Bogdandy* Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum, JZ 2011, 1.

<sup>29</sup> *Armin von Bogdandy/Peter M. Huber* Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht. Deutschland, in: *Handbuch Ius Publicum Europaeum (IPE)*, Bd. III, 2010, § 42; *Armin von Bogdandy* Verwaltungsrecht im europäischen Rechtsraum. Perspektiven einer Disziplin, in: IPE, Bd. IV, 2011, § 57.

<sup>30</sup> *Bernhard Kempen* Staat und Raum, 2014; *Thomas Giegerich/Kerstin Odendahl* (Hrsg.) *Räume im Völker- und Europarecht*, 2014, darin insb. *Andreas von Arnald* Politische Räume im Völkerrecht, 179, mit Rezeption der einschlägigen Literatur aus den Internationalen Beziehungen.

geringe Bereitschaft des öffentlich-rechtlichen Fachs zu Theorieimporten aus den Sozial- und Kulturwissenschaften.<sup>31</sup>

Zwei rechtswissenschaftliche Konzeptionen aus jüngerer Zeit heben sich hiervon ab: Sie stammen von der Dresdner Kollegin *Sabine Müller-Mall* und der Bielefelder Kollegin *Angelika Siehr*. *Müller-Mall* unterbreitet einen rechtstheoretischen Gesamtentwurf, in dem *legal spaces* eine zentrale Rolle spielen.<sup>32</sup> Die Arbeiten von *Siehr* bilden die theoretische Grundlage ihrer Schrift zum Recht am öffentlichen Raum.<sup>33</sup> Leider können im gegebenen Rahmen diese anspruchsvollen Entwürfe nicht eingehend diskutiert werden. Für die Zwecke dieses Berichts sind sie nur bedingt anschlussfähig, da *Müller-Mall* und *Siehr* übereinstimmend einen *territorialen* Raumbegriff zurückweisen, der für die hiesigen Fragestellungen zentral ist.

## 2. Das Konzept des Territoriums

### a) Sozialwissenschaftliche Erkenntnisse

Die sozialwissenschaftliche Diskussion des Konzepts Territorium weist direktere Bezüge zum Problem der öffentlichen Gewalt auf als die abstraktere Raumtheorie. Zunächst zur Definition des Begriffs: Allgemein meint *Territorium* einen umgrenzten Raum, den Menschen kontrollieren, um darin eine bestimmte soziale Ordnung zu errichten und sie nach außen abzugrenzen.<sup>34</sup> In einem spezifischeren Sinne ist Territorium eine Form der räumlichen Institutionalisierung *politischer* Herrschaft, insbesondere von Staaten. *Territorialisierung* meint den Prozess der Herstellung von Territorien, also die Entwicklung von räumlich definierten Herrschaftsansprüchen, von *Territorialität*.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> S. aber *Ulrich Haltern* Raum – Recht – Integration, in: Petra Deger/Robert Hettlage (Hrsg.) *Europäischer Raum. Die Konstruktion europäischer Grenzen*, 2007, 209.

<sup>32</sup> Monographisch *Sabine Müller-Mall* *Legal Spaces*, 2013; eine Vorstudie in *dies.* *Verwaltungsrechtsraum Europa. Zur Möglichkeit seiner rechtswissenschaftlichen Erschließung*, in: Alfred G. Debus/Franziska Kruse/Alexander Peters/Hanna Schröder/Olivia Seifert/Corinna Sicko/Isabel Stirn (Hrsg.) *Verwaltungsrechtsraum Europa*, 2011, 9. *Müller-Mall* plädiert für eine rechtsordnungs- und regimeübergreifende Betrachtung des zeitgenössischen Rechts. Dieses „hybride“ Recht wird als Produkt performativer Rechtsereignisse verstanden, die fluide Räume des Rechts hervorbringen.

<sup>33</sup> *Angelika Siehr* *Das Recht am Öffentlichen Raum*, 2017 (i.E.); *dies.* „Entdeckung“ der Raumdimension (Fn. 28). *Siehrs* Raum-Konzeption ist um Nutzungsrechte zentriert, betont aber zugleich die Unverzichtbarkeit eines materiell-räumlichen Substrats des Raums.

<sup>34</sup> *Robert David Sack* *Human Territoriality*, 1986, 19 ff.

<sup>35</sup> *Jureit* *Ordnung von Räumen* (Fn. 27), 16; *Miles Kahler* *Territoriality and Conflict in an Era of Globalization*, in: Marcelo G. Kohen (Hrsg.) *Territoriality and International Law*, 2016, 49 (51). Aus einer Handlungsperspektive formuliert ist Territorialisierung eine Strategie, mit der Akteure eine Ordnung des politischen Raums entwerfen und diese durchzuset-

Der räumliche Aspekt der Entstehung des modernen Staates werde im juristischen Diskurs vernachlässigt, so eine verbreitete Kritik aus den Sozialwissenschaften.<sup>36</sup> Dessen Genese dürfe nicht auf die Zentralisierung und Monopolisierung von Hoheitsgewalt verengt werden. Der französische Philosoph *Henri Lefebvre*, einer der ersten Vertreter der Raumtheorie, unterscheidet in seiner Rekonstruktion der Entstehung des modernen Staates drei Dimensionen des *espace étatique*: den sozialen, den mentalen und den physischen Raum.<sup>37</sup> Den ersten beiden Dimensionen, dem sozialen bzw. dem mentalen Raum, sind die Etablierung hierarchischer politischer Institutionen und die symbolische Repräsentation des Staates zugeordnet. Diese Dimensionen seien wichtig, müssten aber zusammengesehen werden mit den Praktiken, die sich auf den physisch-materiellen Raum beziehen. Der Staat ergreift und bearbeitet den natürlichen Raum, er vermisst und kartographiert ihn, baut Straßen, Kanäle, Eisenbahnen, er errichtet eine „Logistik der Macht“<sup>38</sup>, die zugleich Voraussetzung und Ergebnis effektiver staatlicher Herrschaft ist.<sup>39</sup>

An diese Beobachtung eines Ineinandergreifens von institutionellen, geistigen und infrastrukturellen Elementen der Schaffung politischer Räume schließt die zeitgenössische Literatur mit ihren Analysen von Praktiken der Territorialisierung an.<sup>40</sup> Für die weitere Untersuchung kann, als Querschnitt durch die verschiedenen Ansätze, folgende Einsicht festgehalten werden: Territorialisierung heißt nicht nur, einen Raum zu umgrenzen, sondern auch, das Innere des Raums zu ordnen; es bedarf einer effektiven

---

zen versuchen: *Steffi Marung* Die wandernde Grenze. Territorialisierungsentwürfe nach der EU-Osterweiterung 2004, in: Ulrike Jureit/Nikola Tietze (Hrsg.) Postsouveräne Territorialität. Die Europäische Union und ihr Raum, 2015, 136 (139); *Alexander C. Diener/Joshua Hagen* Borders, 2012, 4.

<sup>36</sup> Exempl. *Charles S. Maier* Transformations of Territoriality. 1600–2000, in: Gunilla Budde/Sebastian Conrad/Oliver Janz (Hrsg.) Transnationale Geschichte, 2. Aufl. 2010, 32.

<sup>37</sup> *Henri Lefebvre* Space and the State (1978), in: Neil Brenner/Stuart Elden (Hrsg.) State, Space, World, 2009, 223; zum theoretischen Rahmen *Henri Lefebvre* The Production of Space, 1991 (franz. 1974). Zu den drei Dimensionen *Christian Schmid* Stadt, Raum und Gesellschaft, 2005, 201 ff.; allg. zur Interpretation *Kanishka Goonewardena*, in: George Ritzer/Jeffrey Stepnisky (Hrsg.) The Wiley-Blackwell Companion to Major Social Theorists, Vol. II, 2011, 44 (57); *Veronika Deffner* in: Matthias Middell/Ulf Engel (Hrsg.) Theoretiker der Globalisierung, 2010, 307 (310).

<sup>38</sup> *Corell Wex* Logistik der Macht. Henri Lefebvres Sozialtheorie und die Räumlichkeit des Staates, 2000, 139 f.

<sup>39</sup> *Lefebvre* Space and the State (Fn. 37), 224 und 228 f.

<sup>40</sup> *Jean Gottmann* The Significance of Territory, 1973; *David Delaney* Territory, 2005; *David Storey* Territories, 2. Aufl. 2012; *Peter J. Taylor* The State as Container. Territoriality in the Modern World-System, in: Progress in Human Geography 18 (1994), 151; *Michael Mann* The Autonomous Power of the State, in: Neil Brenner/Bob Jessop/Martin Jones/Gordon MacLeod (Hrsg.) State/Space, 2003, 53.

Erfassung und Kontrolle des Raums, um ein einheitliches Herrschaftsgebiet herzustellen.<sup>41</sup> Systematisch sind damit zwei Hauptaspekte von Territorialität zu unterscheiden: *Grenzziehungen* als die Mittel, durch die politische Einheiten sich gegeneinander abgrenzen, und *jurisdiktionelle Kongruenz* als das Ausmaß, in dem der Anspruch auf effektive politische Herrschaft in dem so definierten Gebiet verwirklicht ist.<sup>42</sup>

#### b) *Rechtswissenschaftliche Diskussionsstände*

In der deutschsprachigen Rechtswissenschaft hat die Entstehung territorialisierter Staatlichkeit breite Aufmerksamkeit erfahren. Sie wird als Vorgang beschrieben, in dem die Idee der inneren und äußeren Souveränität im Europa des 16./17. Jahrhunderts vorgedacht und im Laufe des 17. Jahrhunderts verwirklicht wird.<sup>43</sup> Die Erzählung von der frühneuzeitlichen Geburt des modernen Staates als Ablösung des mittelalterlichen Personalverbandsstaats durch den Territorialstaat ist gleichsam ein intellektuelles Gemeingut der Staatslehre.<sup>44</sup> An sie schließt eine Vielzahl verfassungstheoretischer Aussagen und dogmatischer Schlussfolgerungen an.<sup>45</sup>

Im Wesentlichen stützt die historische Raumforschung diese Prämisse, allerdings mit Modifikationen hinsichtlich der Periodisierung und der Schärfe der Epochengrenzen. Hervorgehoben wird, dass die Ausbildung von Territorialität sich schrittweise durchgesetzt hat und erst im Laufe des 19. Jahrhunderts weitgehend realisiert wurde.<sup>46</sup> Der Historiker *Charles S. Maier* veranschlagt die Hochphase der Territorialität in der Zeit zwischen 1860 und 1970.<sup>47</sup> Im 17. und 18. Jahrhundert war in vielen Fällen

<sup>41</sup> *Jureit* Ordnen von Räumen (Fn. 27), 16; *Marung* Die wandernde Grenze (Fn. 1), 35; *Diener/Hagen* Borders (Fn. 35), 59; *Charles S. Maier* Consigning the Twentieth Century to History, *American Historical Review* 105 (2000), 807 (816).

<sup>42</sup> *Kahler* Territoriality and Conflict (Fn. 35), 53.

<sup>43</sup> *Helmut Quaritsch* Souveränität. Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jahrhundert bis 1806, 1986; *Dieter Grimm* Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs, 2009; *Michael Stolleis* Die Idee des souveränen Staates (1996), in: *ders.*, *Ausgewählte Aufsätze und Beiträge*, Bd. I, 2011, 261.

<sup>44</sup> Exmpl. *Klaus Vogel* Staatsgebiet, in: *EvStL*, 3. Aufl. 1987, Sp. 3394 f.; *Dieter Grimm* HStR I, 2003, § 1 Rn. 3, 5; *Josef Isensee* HStR II, 2004, § 15 Rn. 65; *Wolfgang Vitzthum* HStR II, 2004, § 18 Rn. 2; *Klaus Ferdinand Gärditz* Säkularität und Verfassung, in: *Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter* (Hrsg.) *Verfassungstheorie*, 2010, § 5, 156; *Florian Becker* HStR XI, 2013, § 230 Rn. 5 f.

<sup>45</sup> Etwa zur Einheit des Staates, zum Gewaltmonopol und zum Staat als Verfassungsvoraussetzung, s. im Einzelnen *Christoph Möllers* Staat als Argument, 2000, 228 ff.

<sup>46</sup> *Jureit* Ordnen von Räumen (Fn. 27), 31 ff. Zur Staatlichkeit in der Frühen Neuzeit s. den Literaturbericht von *Michael Gal* Der Staat in historischer Sicht, *Der Staat* 54 (2015), 241.

<sup>47</sup> *Maier* Twentieth Century (Fn. 41); *ders.* Transformations (Fn. 36).

weder klar, wo die Grenze verläuft, noch konnte der Monarch problemlos die behauptete „absolute“ Herrschaft ausüben. In den Worten von *Achim Landwehr*, der zur Geschichte der Frühen Neuzeit forsch: „Kurz hinter der Grenze des eigenen Schlossparks [...] beginnt die Sphäre der Aushandlung, des Kompromisses und der Konkurrenz.“<sup>48</sup> Territorialisierung stellt sich oftmals als langgestreckter Prozess der nachholenden Verwirklichung von ambitionierten Herrschaftsansprüchen dar. Diese Einsicht verträgt sich nur schwer mit dem binären Code Staat/Nicht-Staat, den die Staatslehre nutzt. Die normative Idee einer „umfassenden“, bei einem Träger konzentrierten Gebietshoheit hat jedenfalls für die frühmoderne Staatlichkeit einen kontrafaktischen Gehalt.<sup>49</sup>

Auch bezüglich des externen Aspekts von Territorialität, den Grenzziehungen, ist Zurückhaltung geboten, kontingente Praktiken und Zustände staatstheoretisch zu überhöhen. Die interdisziplinäre Grenzforschung betont die Variabilität der Methoden, mit denen Staaten ihre Territorien gegeneinander abgrenzen.<sup>50</sup> Die Existenz definierter Staatsgrenzen geht nicht notwendig einher mit ihrer effektiven Überwachung und mit der Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs.<sup>51</sup> Dies zeigt zum einen der internationale Vergleich der heutigen Staatenpraxis, in der die „grüne Grenze“ die Regel ist,<sup>52</sup> zum anderen die historische Forschung zur Genese des Aufenthaltsrechts: Selbst die Nationalstaaten des 19. Jahrhunderts

---

<sup>48</sup> *Achim Landwehr* Der Zoo der Souveränitäten. Oder: Was uns die Präsoveränität über die Postsouveränität lehren kann, in: Jureit/Tietze (Fn. 35), 27 (35 ff., Zitat: 47).

<sup>49</sup> So auch die Auswertung der geschichtswissenschaftlichen Literatur bei *Möllers* Staat als Argument (Fn. 45), 221 ff.

<sup>50</sup> *Mark B. Salter* Borders, Passports, and the Global Mobility, in: Bryan S. Turner (Hrsg.) The Routledge International Handbook of Globalization Studies, 2010, 514; *Diener/Hagen* Borders (Fn. 35), 4; *Lena Laube* Grenzkontrollen jenseits nationaler Territorien, 2013, 283 ff.; *Monika Eigmüller* Der duale Charakter der Grenze, in: dies./Georg Vobruba (Hrsg.) Grenzsoziologie, 2. Aufl. 2016, 49; *Georg Vobruba* Grenzsoziologie als Beobachtung zweiter Ordnung, in: Eigmüller/Vobruba, ebd., 215. Zur Pluralität der Funktionen des Grenzschutzes aus juristischer Sicht *Anna Mrozek* Grenzschutz als supranationale Aufgabe, 2013, 75 ff.

<sup>51</sup> So aber *Udo Di Fabio* Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, 2015, 51 und 63; zurückhaltender noch *ders.* Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft (Fn. 2), 62; zum Wandel der Grenzfunktionen *Hans-Detlef Horn* Der Staat und „sein“ Gebiet, in: Gilbert H. Gornig/Hans-Detlef Horn (Hrsg.) Territoriale Souveränität und Gebietshoheit, 2016, 21 (25 f.).

<sup>52</sup> Von den ca. 250.000 km Landgrenze, die zwischen zwei Staaten verlaufen (ohne Küstenlinie, die an ein Nicht-Staatsgebiet anstößt), sind rund 8 % mit Grenzzäunen markiert, an weiteren rund 7 % kommen andere Überwachungstechniken zum Einsatz. Eigene Berechnung aufgrund von Angaben bei *Diener/Hagen* Borders (Fn. 35), 9, und der US-Regierung: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2096.html#133>> (29.09.2016).

kannten noch keine entwickelten Systeme präventiver Mobilitätskontrollen. Systematische Mobilitätskontrollen an den Grenzen und ihr Einsatz für Zwecke der Migrationssteuerung sind Phänomene des Interventions- und Wohlfahrtsstaats des 20. Jahrhunderts.<sup>53</sup> In Europa ist der Beginn des Ersten Weltkriegs die Wasserscheide für ihre Einführung.<sup>54</sup> Die Erhebung von Grenzkontrollen zum Attribut von Staatlichkeit ist damit nicht plausibler als die Annahme, zu ihr gehöre eine Arbeitslosenversicherung oder ein Bauplanungsrecht.

### III. Territorium und Territorialität im Völkerrecht

Die Untersuchung wendet sich jetzt dem positiven Recht zu, beginnend mit dem Völkerrecht. Die Darstellung gliedert sich entlang von historischen Schichten des geltenden Rechts, denen unterschiedliche Leitbilder über die Funktion dieser Rechtsordnung zugrunde liegen.<sup>55</sup>

#### 1. *Völkerrecht als Koordinationsordnung*

Die älteste Schicht des heutigen Völkerrechts bilden die Normen, die Verkehrsregeln für die zwischenstaatliche Koordination bereitstellen. Das Territorium der Staaten bildet hierfür einen zentralen Anknüpfungspunkt:

Für das Völkerrecht ist das „definierte Gebiet“ ein konstitutives Merkmal des Staates als Völkerrechtssubjekt.<sup>56</sup> Allerdings ist ein Territorium keine notwendige Voraussetzung für Völkerrechtspersönlichkeit, denn das moderne Völkerrecht kennt auch nicht-territoriale Subjekte, insbesondere die schon angesprochenen Internationalen Organisationen.

<sup>53</sup> John Torpey *The Invention of the Passport*, 2000; Andreas Fahrmeir *Paßwesen und Staatsbildung im Deutschland des 19. Jahrhunderts*, *Historische Zeitschrift* 271 (2000), 57; weitere Nachweise bei Jürgen Bast *Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung*, 2011, 25 ff.

<sup>54</sup> Leo Lucassen *The Great War and the Origins of Migration Control in Western Europe and the United States*, in: Anita Böcker/Kees Groenendijk/Tetty Havinga/Paul Minderhoud (Hrsg.) *Regulation of Migration*, 1998, 45; Klaus J. Bade *Europa in Bewegung*, 2000, 232 f.; William Walters *Mapping Schengenland. Denaturalizing the Border*, in: *Environment and Planning D: Society and Space* 20 (2002), 561 (571); Jochen Oltmer *Migration and Politik in der Weimarer Republik*, 2005, 319 ff.; Steffen Mau/Heike Brabandt/Lena Laube/Christof Roos *Liberal States and the Freedom of Movement*, 2012, 20 ff.

<sup>55</sup> In Anlehnung an Joseph H. H. Weiler *The Geology of International Law*, *ZaöRV* 64 (2004), 547.

<sup>56</sup> James R. Crawford *State*, in: MPEPIL (Stand: Januar 2011), Rn. 15 ff.; zur rechtlichen Bewältigung einer Entterritorialisierung durch physisches Verschwinden des Territoriums Alejandra Torres Campubi *Statehood under Water*, 2016, 103 ff.

Ungeachtet dieser akteursbezogenen Ausweitung ist die *territoriale Souveränität* der Staaten ein grundlegendes Ordnungsprinzip des internationalen Systems. Es dient der symmetrischen Abgrenzung von Hoheitssphären auf einer territorialen Grundlage.<sup>57</sup> Eine Differenzierung von territorialer Souveränität und Gebietshoheit ermöglicht dabei die konzeptionelle Bewältigung von Situationen, in denen der Inhaber der Souveränität die Herrschaft über das Territorium nicht oder nicht in vollem Umfang ausübt, sondern ein anderer Hoheitsträger.<sup>58</sup>

An die Gebietshoheit knüpft das Konzept der *territorialen Jurisdiktion* an, das zugleich kompetenzbegründend und -begrenzend wirkt, denn es besteht eine Vermutung für die alleinige Zuständigkeit zur Ausübung von Hoheitsgewalt auf dem eigenen Staatsgebiet.<sup>59</sup> Extraterritoriale Jurisdiktion ist die Ausnahme und setzt einen legitimen Anknüpfungspunkt voraus.<sup>60</sup>

## 2. Völkerrecht als Wertordnung

Über dieser geologischen Tiefenschicht hat sich nach dem Zweiten Weltkrieg eine zweite Normenschicht abgelagert, in der das Völkerrecht als rechtlicher Ausdruck grundlegender Werte erscheint. Die beiden zentralen Elemente eines wertorientierten Völkerrechts sind das Gewaltverbot und die Menschenrechte.<sup>61</sup>

Das Gewaltverbot ist auf das Engste mit der territorialen Souveränität verknüpft: Das Verbot wird maßgeblich – wenn auch nicht ausschließlich – über die Verletzung der territorialen Integrität definiert (vgl. Art. 2

<sup>57</sup> *Gottmann* Significance of Territory (Fn. 40), 5; *Karl Doehring* Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 2004, Rn. 60.

<sup>58</sup> *Marcelo G. Kohen* Is the Notion of Territorial Sovereignty Obsolete? (2000), in: ders. (Fn. 35), 657 (659 f.); *Gilbert H. Gornig* Territoriale Souveränität und Gebietshoheit als Begriffe des Völkerrechts, in: ders./Horn (Fn. 51), 35; zum Kontext der deutschen Diskussion vgl. *Alfred Verdross/Bruno Simma/Rudolf Geiger* Territoriale Souveränität und Gebietshoheit. Zur völkerrechtlichen Lage der Oder-Neiße-Gebiete, 1980.

<sup>59</sup> *Malcolm N. Shaw* Territory in International Law (1982), in: Kohen (Fn. 35), 18 (24 ff.), mit Nachweisen aus der völkerrechtlichen Spruchpraxis.

<sup>60</sup> *Cedric Ryngaert* Jurisdiction in International Law, 2. Aufl. 2015, 101 ff.; *Kammaing* Extraterritoriality (Fn. 11), Rn. 8 ff.; *Walter* HStR XI, 2013, § 237 Rn. 12. Einen eindeutigen Vorrang zugunsten des Territorialitätsprinzips zur Lösung von Jurisdiktionskonflikten kennt das Völkerrecht nicht: *Ryngaert*, ebd., 47, 143; *Becker* HStR XI, 2013, § 230 Rn. 107; anders *Bernhard H. Oxman* Jurisdiction of States, in: MPEPIL (Stand: November 2007), Rn. 51.

<sup>61</sup> *Jürgen Habermas* Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?, in: ders., Der gespaltene Westen, 2004, 113 (160 ff.). Zu verfassungsrechtlichen Elementen des Völkerrechts zuletzt *Axel Tschentscher* und *Heike Krieger* Verfassung im Völkerrecht, VVDStRL 75 (2016), 407 bzw. 439.



Nr. 4 UN-Charta) und dient deren Schutz.<sup>62</sup> Die Anerkennung als eine Fundamentalnorm des heutigen Völkerrechts hat zur Konsequenz, dass ein Gebietserwerb durch Annexion nicht mehr möglich ist.<sup>63</sup> Die Konstitutionalisierung des Gewaltverbots bringt indes auch Gegenteilstendenzen hervor: Insbesondere verleiht das UN-System der kollektiven Sicherheit dem UN-Sicherheitsrat bei Bedrohungen für die internationale Sicherheit auch die Befugnis, Eingriffe in das Territorium einer Konfliktpartei vorzunehmen.<sup>64</sup>

Die Effekte der Menschenrechte für die Territorialität der Staaten sind ebenfalls ambivalent. Einerseits beansprucht das Völkerrecht hier Relevanz für eine Vielzahl von Sachverhalten im Hoheitsgebiet eines Staates, die damit zu einer Angelegenheit der Staatengemeinschaft werden.<sup>65</sup> Andererseits knüpft das Völkerrecht zur Begründung von menschenrechtlichen Pflichten an die in erster Linie territorial definierte Jurisdiktion der Staaten an.<sup>66</sup> Die Beschränkung staatlicher Gewalt durch die Menschenrechte stellt die Gebietshoheit der Staaten nicht in Frage, sondern setzt sie gerade voraus.

Die territoriale Souveränität schließt grundsätzlich die Befugnis ein, den Zugang von Personen zum eigenen Staatsgebiet zu kontrollieren.<sup>67</sup> Eine jüngere Entwicklung im internationalen Menschenrechtsschutz beschränkt diese Befugnis jedoch erheblich. Nach heutigem Verständnis verlangen die menschenrechtlichen Refoulementverbote und das Verbot von Kollektivausweisungen die Gewährung von provisorischem Gebietszugang für Asylsuchende, um ihren internationalen Schutzbedarf abzuklären und seine Erfüllung – im eigenen Territorium oder dem eines Drittstaats – sicherzustellen.<sup>68</sup>

<sup>62</sup> *Malcolm N. Shaw International Law*, 7. Aufl. 2014, 814 f.; *Oliver Dörr Use of Force, Prohibition of*, in: MPEPIL (Stand: September 2015), Rn. 14 ff.

<sup>63</sup> *Marcelo G. Kohen/Mamadou Hébié Territory, Acquisition*, in: MPEPIL (Stand: März 2011), Rn. 41 f.

<sup>64</sup> *Stephan Hobe Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, 1998, 184 ff. Die internationale öffentliche Gewalt des Sicherheitsrats überlagert hier die Territorialität der Staaten. Noch weitergehende Relativierungen territorialer Souveränität würden mit der Anerkennung einer universellen Schutzverantwortung einhergehen, vgl. *Anne Orford Jurisdiction without Territory. From the Holy Roman Empire to the Responsibility to Protect*, *Michigan Journal of International Law* 30 (2009), 981 (1003 ff.).

<sup>65</sup> *Hobe Der offene Verfassungsstaat* (Fn. 64), 119 ff.; *Shaw International Law* (Fn. 62), 199.

<sup>66</sup> Zu extraterritorialen Menschenrechtsverpflichtungen *Thilo Marauhn Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure*, *VVDStRL* 74 (2015), 373 (377 ff.); *Jochen von Bernstorff Extraterritoriale menschenrechtliche Staatenpflichten und Corporate Social Responsibility*, *AVR* 49 (2011), 34; *Maarten den Heijer Europe and Extraterritorial Asylum*, 2012, 15 ff.

<sup>67</sup> *Katja S. Ziegler Fluchtverursachung als völkerrechtliches Delikt*, 2002, 403, m.w.N.

<sup>68</sup> EGMR Urteil v. 23.2.2012, Nr. 27 765/09, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien*, Rn. 70 ff.; *James C. Hathaway The Rights of Refugees under International Law*, 2005, 317, *Nora*

### 3. *Völkerrecht als Kooperationsordnung*

Die jüngste Normenschicht bildet das Völkerrecht der multilateralen Kooperation. Das Völkerrecht dient hier als Instrument von *Global Governance*.<sup>69</sup> Dies ist die Welt der *International Public Authority*.<sup>70</sup> Ein charakteristisches Merkmal ist die ausgeprägte sektorale Differenzierung, die mit einer institutionellen Fragmentierung einhergeht: Handelsrecht, Klimaschutz, Weltkulturerbe usw. stehen in relativ selbständigen völkerrechtlichen Regimen nebeneinander.<sup>71</sup>

Die Kategorie der Territorialität ist in diesen Bereichen des Völkerrechts bemerkenswert abwesend. Das Völkerrecht der Global Governance adressiert die Staaten nicht in ihrer insularen Territorialität, sondern ist kooperations- und problemlösungsbezogen, also *funktional* ausgerichtet.<sup>72</sup> Im Regelfall kommt es auch nicht zur Ausbildung neuer räumlicher Strukturen jenseits des Staatsgebiets. Internationale Organisationen haben kein Territorium: Sie sind „übräumliche Gebilde“, von denen in einem Raum eine unbegrenzte Zahl gleichzeitig existieren kann.<sup>73</sup>

---

*Markard* Das Recht auf Ausreise zur See, AVR 52 (2014), 449 (458); *Katharina Pabel* Flüchtlingschutz und europäische Menschenrechtskonvention, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.) Der Staat in der Flüchtlingskrise, 2016, 197 (200 ff.); *Kay Hailbronner/Marcel Kau* Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in: Wolfgang Vitzthum/Alexander Proelß (Hrsg.) Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, Rn. 300 f.; *Kay Hailbronner/Daniel Thym* Grenzenloses Asylrecht, JZ 2016, 753 (754). S. ferner die Beiträge von *Stefan Breitenmoser* und *Kerstin Odendahl* in diesem Band. Die Anwendbarkeit des Prinzips des *non-refoulement* auf Zurückweisungen an der (nicht nur über die) Grenze ist im staatstheoretischen Diskurs noch nicht hinreichend verarbeitet, vgl. etwa *Hans-Detlef Horn* Grenzschutz im Migrationsrecht, in: Depenheuer/Grabenwarter, ebd., 140 (148 f.).

<sup>69</sup> Zum Wandel des Rechts der Internationalen Organisationen *Jan Klabbers* The Transformation of International Organizations Law, EJIL 26 (2015), 9; *Joost Pauwelyn/Ramses A. Wessels/Jan Wouters* Informal International Law as Presumptive Law, in: Rain Liivoja/Jarna Petman (Hrsg.) International Law-making. Essays in Honour of Jan Klabbers, 2014, 75.

<sup>70</sup> *Goldmann* Internationale Öffentliche Gewalt (Fn. 8), 47 ff.; *Weiler* Geology (Fn. 55); *Dinah Shelton* (Hrsg.) Commitment and Compliance. The Role of Non-binding Norms in the International Legal System, 2002.

<sup>71</sup> *Rainer Wahl* Internationalisierung des Staates (2001), in: ders., Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, 17 (28 f., 35 ff.). Zur Fragmentierung des Völkerrechts allg. *Joost Pauwelyn* Fragmentation of International Law, in: MPEPIL (Stand: September 2006).

<sup>72</sup> *Daniel Bethlehem* The End of Geography, European Journal of International Law 25 (2014), 9 (15).

<sup>73</sup> Nach *Georg Simmel*, einem Klassiker der Soziologie, gehört Ausschließlichkeit zu den Grundqualitäten der Raumform, sodass „innerhalb eines Raumgebiets [...] für kein zweites Platz ist“: *ders.*, Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung. Neuntes Kapitel: Der Raum und die räumliche Ordnung der Gesellschaft, in: Gesamtausgabe, Bd. XI, 687 (691). In Übereinstimmung mit der zeitgenössischen Staatstheorie

Gleichwohl gibt es auch Beispiele für Regime, in denen sich überstaatliche Raumbezüge finden, etwa das Internationale Seerecht<sup>74</sup> oder das Internationale Wirtschaftsrecht. Letzteres kennt zahlreiche „Wirtschaftsräume“ in Gestalt von Präferenzonen mit unterschiedlichem Zuschnitt und Integrationsstiefe.<sup>75</sup> Ein allgemeiner Trend zu *Regional Governance* zeichnet sich jedoch nicht ab.<sup>76</sup> Ansätze dazu kommen aus den Organisationen regionaler Wirtschaftsintegration, wie der Gemeinsame Markt Südamerikas (Mercosur) oder die Westafrikanische Wirtschaftsgemeinschaft (Ecowas). Sie stehen als Beispiele für eine supranationale Verdichtung regionaler Zusammenarbeit, die sich auch außerhalb Europas finden.<sup>77</sup>

#### 4. Gesamteinschätzung

Zusammenfassend hält das Völkerrecht zahlreiche Rechtsinstitute bereit, die die Territorialität der Staaten und ein internationales System, das auf

---

ist der Staat für *Simmel* ein perfektes Beispiel für ein „räumliches Gebilde“, da sich auf ein und demselben Gebiet nur ein Staat erstrecken könne. Als Gegenbeispiele dienen die römische Kirche, die ein „überräumliches Gebilde“ sei (ebd., 693), oder Zünfte, von denen es in einer mittelalterlichen Stadt eine große Zahl geben könne, weil sie nicht „quantitativ ausgedehnt“, sondern „funktionell“ seien (ebd., 692).

<sup>74</sup> Es gliedert den seawärtigen Raum jenseits des staatlichen Küstenmeers in weitere Zonen; dies dient in erster Linie dazu, staatliche Hoheitsrechte gegeneinander abzugrenzen: *Alexander Proelß* Raum und Umwelt im Völkerrecht, in: Vitzthum/Proelß (Fn. 68), Rn. 49 ff. Das Regime für die wirtschaftliche Nutzung des Tiefseebodens geht über diese Funktion jedoch hinaus. Das UN-Seerechtsübereinkommen unterstellt dieses „Gebiet“ (*area*) der Verwaltung einer Internationalen Meeresbodenbehörde (Art. 156 ff. SRÜ) und liefert damit ein rares Beispiel für raumgestaltende Praktiken einer Internationalen Organisation; näher *Wolfgang Vitzthum* International Seabed Area, in: MPEPIL (Stand: Juni 2008); *Rüdiger Wolfrum* Die Internationalisierung staatsfreier Räume, 1984, 328 ff.

<sup>75</sup> *Wolfgang Weiß* Wirtschaftsräume. Freihandelszonen, Zollunionen und Gemeinsame Märkte, in: Giegerich/Odendahl (Fn. 30), 145; *Richard Senti* Regional Trade Agreements in the World Trade Order, in: Christoph Herrmann/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.) European Yearbook of International Economic Law 2010, 227.

<sup>76</sup> Vgl. *Andrew Hurrell* Regionalism in a Theoretical Perspective, in: Louise Fawcett/Andrew Hurrell (Hrsg.) Regionalism in World Politics, 1995, 37; *Klaus Dicke* Erscheinungsformen und Wirkungen von Globalisierung in Struktur und Recht des internationalen Systems auf universaler und regionaler Ebene sowie gegenläufige Renationalisierungstendenzen, Berichte DGVR 39 (2000), 13 (24).

<sup>77</sup> Exmpl. *Louise Fawcett* The Origins and Development of Regional Ideas in the Americas, in: dies./Mónica Serrano (Hrsg.) Regionalism and Governance in the Americas, 2005, 25; *Louise Fawcett/Helene Gandois* Regionalism in Africa and the Middle East, European Integration 32 (2010), 617. Ob dort auch signifikante Territorialisierungsprozesse stattfinden, ist eine offene Forschungsfrage.

der Koexistenz territorial verfasster Einheiten beruht, stabilisieren.<sup>78</sup> Die wertorientierte Schicht des Völkerrechts stellt diese territoriale Ordnung nicht in Frage, beinhaltet aber grundlegende Pflichten, die die staatliche Territorialität überlagern. Das ist allerdings nur das halbe Bild: Das Völkerrecht der Global Governance dient anderen Zwecken. Hier zeigt sich ein überwiegend *funktional* ausgerichtetes Völkerrecht. Räumliche Ordnungsvorstellungen, die auf ein überstaatliches Gebiet bezogen sind, entwickelt das Völkerrecht nur in Ansätzen. Die Dynamik des Völkerrechts hat also einerseits die entterritorialisierte öffentliche Gewalt Internationaler Organisationen hervorgebracht, andererseits hält es am staatlichen Territorium als maßgebliche Raumkategorie fest.

#### IV. Territorium und Territorialität im Unionsrecht

Die Analyse wendet sich jetzt dem Unionsrecht zu und damit der Frage, ob hier eine Neu-Territorialisierung in einem europäischen Raum zu beobachten ist. Das Ergebnis der Analyse soll vorweggenommen werden: Es ist in der Tat eine Territorialisierung der EU, die Ausbildung von *supranationaler Territorialität* zu verzeichnen.<sup>79</sup>

In die vertrauten Kategorien der Rechtswissenschaft übersetzt, hat die EU einen Wandel vom Zweckverband funktionaler Integration zum Territorialverband, zur Gebietskörperschaft durchlaufen. Diese auf den ersten

---

<sup>78</sup> *Shaw* International Law (Fn. 62), 352 f.; von *Arnauld* Politische Räume (Fn. 30), 200 f.; *Thomas Giegerich/Kerstin Odendahl* Einleitung. Reflexionen über „Räumlichkeit“ und „Persönlichkeit“ im Recht, in: dies. (Fn. 30), 13 (17 f.); *Kempen* Staat und Raum (Fn. 30), 22 et passim; so auch der Ausgangsbefund bei *Bethlehem* End of Geography (Fn. 72), 14.

<sup>79</sup> Die nachfolgende Untersuchung schließt, ohne den Begriff zu übernehmen, an einen jüngeren Ansatz in der sozialwissenschaftlichen Europaforschung an, der von „postsouveräner Territorialität“ spricht. Danach hat die EU eine eigenständige Territorialität ausgebildet, die weder eine Neuauflage einer imperialen Raumkonzeption noch eine bloße geographische Ausdehnung staatlicher Territorialität darstellt: *Ulrike Jureit/Nikola Tietze* Postsouveräne Territorialität. Eine Einleitung, in: Jureit/Tietze (Fn. 35), 7 (13, 22 ff.); *Nikola Tietze* „Räume und Träume“. Ordnungsimaginationen in der Europäischen Union, in: Jureit/Tietze (Fn. 35), 70 (92 f.); *Ulrike Jureit/Nikola Tietze* Postsouveräne Territorialität. Die Europäische Union als supranationaler Rechtsraum, *Der Staat* 55 (2016), 353; zur EU als „Makroterritorium“ *Steffen Mau* Die Politik der Grenze, *Berliner Journal für Soziologie* 16 (2006), 115 (122 ff.); *Mau/Brabandt/Laube/Roos* Liberal States (Fn. 54), 128 ff.; *Lena Laube* Postsouveräne Räume: Makroterritorien und die Exterritorialisierung der europäischen Grenzpolitik, in: Jureit/Tietze (Fn. 35), 169 (175 ff.). Zur Territorialität von „Schengenland“ *William Walters/Jens Henrik Haahr* Governing Europe. Discourse, Governmentality and European Integration, 2005, 107 ff.

Blick harmlos klingende Klassifikation ist im hohen Maße umstritten.<sup>80</sup> Das liegt maßgeblich an einer staatsrechtlichen Konzeption, nach der originäre gebietsbezogene Hoheitsgewalt allein vom Staat ausgeübt werden kann, sodass die Annahme einer Territorialisierung der Unionsgewalt notwendig zum Verlust der Staatlichkeit der Mitgliedstaaten führen müsste.<sup>81</sup> Die hier vertretene These ist moderater, insofern eine umfassende Gebietshoheit der Union nicht behauptet wird. Vielmehr hat die supranationale Hoheitsgewalt eine territoriale Qualität entwickelt, die zu derjenigen der Mitgliedstaaten hinzutritt und sie verändert, sie aber nicht ersetzt.

Die Untersuchung ist nach den zwei Hauptaspekten von Territorialität gegliedert: die Herstellung eines einheitlichen Herrschaftsraums (1.), und seine Abgrenzung nach außen (2.).

### 1. *Der interne Aspekt der Territorialität des Unionsrechts: Schaffung supranationaler Teilräume*

Seit Ende der 1990er Jahre hat der Begriff „Raum“ Konjunktur in europapolitischen Diskursen und in Policy-Dokumenten der europäischen Organe.<sup>82</sup> Auch in der Wissenschaft begann man, über die räumliche Struktur der Union nachzudenken, etwa unter dem Gesichtspunkt der Inklusion bzw. Exklusion von Migranten.<sup>83</sup> Ein weiterer Strang, in dem sich markante Raumbezüge finden, ist die Diskussion über die Erweiterung der EU.

<sup>80</sup> Wegweisend für die These einer territorialen Radizierung der EU *Armin von Bogdandy* Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999, 29 f.; *Battis/Kersten* Europäische Raumentwicklung (Fn. 28), 5 f.; ähnlich *Frank Schorkopf* Der Europäische Weg, 2. Aufl. 2015, 76 und 112; *Frank Herrmann* in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 341 AEUV Rn. 9; knapp auch *Martin Nettesheim* Demokratisierung der Europäischen Union und Europäisierung der Demokratietheorie, in: Hartmut Bauer/Peter M. Huber/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.) Demokratie in Europa, 2005, 143 (167); ambivalent *Winkler* Raum und Recht (Fn. 26), 38 f.; *Hobe* Der offene Verfassungsstaat (Fn. 64), 334 ff. Ablehnend *Hans-Detlef Horn* Demokratie und Staatsgebiet, in: Gilbert H. Gornig/Hans-Detlef Horn/Dietrich Murswiek (Hrsg.) Nationales Wahlrecht und internationale Freizügigkeit, 2015, 55 (63); *Becker* HStR XI, 2013, § 230 Rn. 73 f.; *Paul Kirchhof* Der europäische Staatenverbund, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 14), 1009 (1034 f.); mit etwas anderer Stoßrichtung auch *Giegerich/Oden Dahl* Reflexionen (Fn. 78), 18: das Recht der EU sei „primär personenbezogen“; gegen ein geographisches Verständnis des Europäischen Verfassungsraums auch *Markus Kotzur* Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa, 2004, 25 und 233 f.

<sup>81</sup> Exemplarisch für diese Sichtweise BVerfGE 123, 276 (403) – Lissabon-Vertrag.

<sup>82</sup> *Peter-Christian Müller-Graff* Europäische Verfassung und Grundrechtscharta, Integration 2000, 34 (36); *Tietze* „Räume und Träume“ (Fn. 79), 72 ff.

<sup>83</sup> S. etwa *Elspeth Guild* Moving the Borders of Europe, 2001; *Walters* Mapping Schengenland (Fn. 54), sowie die Beiträge in *Anneliese Baldaccini/Elspeth Guild/Helen Toner* (Hrsg.) Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and

Sie warf die Frage nach den „Grenzen Europas“ auf.<sup>84</sup> Die Suche nach der Identität Europas findet hier einen (auch) räumlichen Ausdruck.<sup>85</sup>

In der Proliferation von raumbezogenen Beschreibungen wird ein gewandeltes, zunehmend territorialverbandliches Verständnis der Union sichtbar. Wie im Folgenden gezeigt wird, hat sich dieses Verständnis sukzessive in die verfassungsrechtlichen Grundlagen der EU eingeschrieben.<sup>86</sup>

#### a) *Die Entwicklung der EU zum Territorialverband*

Von jeher definierten die EU-Verträge ihren räumlichen Geltungsbereich<sup>87</sup> in Anlehnung an das Territorium der Mitgliedstaaten (Art. 52 Abs. 1 EUV), allerdings mit gewissen Abweichungen, insbesondere für die außer-europäischen Gebiete früherer Kolonialmächte (vgl. heute Art. 52 Abs. 2 EUV i.V.m. Art. 355 AEUV).<sup>88</sup> Der so definierte Geltungsbereich der Verträge bestimmt grundsätzlich auch den räumlichen Geltungs- und Anwendungsbereich des Sekundärrechts.<sup>89</sup>

---

Policy, 2007, und *Hans Lindahl* (Hrsg.) *A Right to Inclusion and Exclusion? Normative Fault Lines of the EU's Area of Freedom, Security and Justice*, 2009, 261.

<sup>84</sup> Z.B. *John Crowley* *Locating Europe*, in: Kees Groenendijk/Elspeth Guild/Paul Minderhoud (Hrsg.) *In Search of Europe's Borders*, 2003, 27; *Petra Deger* *Europäisierung. Dimensionen der Genese europäischer Räume*, in: dies./Hettlage (Fn. 31), 145; *Stefan Oeter* *Europäische Außengrenzen*, in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.) *Grenzen der europäischen Integration*, 2014, 265; *Gabriele Clemens* *Die Außengrenzen Europas. Der Fall Türkei*, in: ebd., 281; in diesem Kontext auch *Di Fabio* *Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft* (Fn. 2), 51 ff.

<sup>85</sup> Die Diskussion über die zukünftige räumliche Gestalt der Union ist eng verwoben mit der Diskussion über ihre „Finalität“, s. etwa *Ulrich Haltern* *Finalität*, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 14), 279 (281 f.).

<sup>86</sup> Es ist damit unmittelbar juristisch relevant, entgegen *Kempen* *Staat und Raum* (Fn. 30), 47.

<sup>87</sup> Der Berichtersteller folgt der Terminologie der deutschen Vertragsfassung. Die englische und französische Fassung würden eher den Begriff „Anwendungsbereich“ nahelegen. Zur Differenz aus kollisionsrechtlicher Perspektive *Christian von Bar/Peter Mankowski* *Internationales Privatrecht*, Bd. 1, 2. Aufl. 2003, § 4 Rn. 68.

<sup>88</sup> Zum kolonialgeschichtlichen Hintergrund der Assoziierung der überseeischen Länder und Hoheitsgebiete (heute Art. 198–204 AEUV) s. *Jürgen Becker* in: Hans von der Groeben/Hans von Boeckh/Jochen Thiesing/Claus-Dieter Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 3. Aufl. 1983, Vorb. zu Art. 131–136 EWGV Rn. 2 ff.

<sup>89</sup> EuGH Urteil Kommission/Irland, Rs. 61/77, ECLI:EU:C:1978:29, Rn. 45/51. Allerdings hat das Rechtsinstitut der Verstärkten Zusammenarbeit, das in allen Materien einer geteilten Unionskompetenz genutzt werden kann (Art. 20 EUV, Art. 326–334 AEUV), den räumlichen Geltungsbereich des Sekundärrechts generell flexibilisiert (Art. 20 Abs. 4 S. 1 EUV), wenngleich nur nach einem vorherigen Ermächtigungsbeschluss des Rates (Art. 20 Abs. 2 EUV).

Eine Zusammenfassung zu einem „Gebiet der Union“ war mit dieser Regelung ursprünglich nicht intendiert.<sup>90</sup> Die wohl älteste Selbstbeschreibung des europäischen Integrationsverbands als „Gebiet“ steht im Kontext des Ziels, eine Zollunion zu errichten, also die EWG international als einheitliches Zollgebiet zu positionieren, das eine gemeinsame Außenhandelspolitik betreibt (heute Art. 28 ff., 206 f. AEUV). Die präzise Definition des „Zollgebiets“ der Union erfolgte erstmals in einer Verordnung im Jahr 1968.<sup>91</sup>

Ein wichtiges Datum in der Geschichte der Territorialisierung der EU ist die Einheitliche Europäische Akte von 1986, die die Formel vom „Raum ohne Binnengrenzen“ als Definitionselement des Binnenmarkts in die Verträge eingeführt hat (heute in Art. 26 Abs. 2 AEUV). Damit wurde das alte Ziel der ungehinderten Ausübung der Verkehrsfreiheiten erstmals in einer Semantik der Territorialität formuliert.<sup>92</sup> Die Formulierung wies schon damals funktional über die Ordnung eines Wirtschaftsraums hinaus: Sie zielte auch auf die Beseitigung von Grenzkontrollen zwischen den Mitgliedstaaten, die als Hindernisse für den grenzüberschreitenden Verkehr von Personen und Waren interpretiert wurden.<sup>93</sup>

Neben dieser mobilitätsbezogenen Dimension hat der „Raum ohne Binnengrenzen“ eine infrastrukturbezogene Komponente. Der Vertrag von Maastricht wies hierzu der Union die Aufgabe zu, zum Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze in den Bereichen der Verkehrs-, Telekommunikations- und Energieinfrastruktur beizutragen. Die entsprechenden Kompetenzen der Union (Art. 171 Abs. 1 AEUV) zielen auf die infrastrukturelle Erschließung des physischen Raums im Sinne von *Lefebvre*. Die Union folgt dem historischen Vorbild der staatlichen Territorialisierung, allerdings unter gewandelten technischen Bedingungen, bei denen es vor allem auf die Interoperabilität der einzelstaatlichen Netze ankommt.<sup>94</sup>

<sup>90</sup> Es handelt sich um eine *lex specialis* zu dem in Art. 29 WVRK verkörperten völkerrechtlich-Grundsatze, *Kirsten Schmalenbach* in: Christian Calliess/Matthias Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 EUV Rn. 3.

<sup>91</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1496/68 des Rates, im geltenden Zollkodex Art. 4 Verordnung (EU) Nr. 952/2013.

<sup>92</sup> Näher *Jürgen Bast* in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, Das Recht der EU (Stand: 59. Ergl.), Art. 26 AEUV Rn. 5a ff.

<sup>93</sup> Politisch ließ sich dieses Vorhaben zunächst nicht durchsetzen. Das vorläufige Scheitern des Projekts „Raum ohne Binnengrenzen“ führte zu einem Ausweichen auf den intergouvernementalen Modus der Schengen-Kooperation, die erst mit dem Amsterdamer Vertrag in den Rahmen der supranationalen Union zurückgeholt werden konnte. Näher *Julia Heesen* Interne Abkommen, 2015, 41 ff.

<sup>94</sup> Zur raumkonstitutiven Bedeutung *Siehr* „Entdeckung“ der Raumdimension (Fn. 28), 88 f.; zur Konstitutionalisierung einer Raumentwicklungs-Politik der EU, die auf territoriale Kohäsion zielt, s. *Battis/Kersten* Europäische Raumentwicklung (Fn. 28), 9 ff.

Das zweite Großprojekt der EU mit einer räumlichen Qualität ist die Wirtschafts- und Währungsunion (Art. 3 Abs. 4 EUV). Die Währungsunion zielt auf die Etablierung und schrittweise Ausdehnung eines einheitlichen Währungsraums, der von der Europäischen Zentralbank geleitet wird (Art. 127 ff. AEUV). Mit der Einführung des Euro als alleiniges gesetzliches Zahlungsmittel in zunächst 11, heute 19 Mitgliedstaaten ist ein hoch integrierter supranationaler Raum entstanden, die Eurozone bzw. in der Terminologie der deutschen Vertragsfassung: das „Euro-Währungsgebiet“.<sup>95</sup>

Für manchen signalisierte schon die Formulierung „Raum ohne Binnengrenzen“ das Werden eines „staatsähnlichen Herrschaftsgebiets“.<sup>96</sup> Nach der in diesem Bericht vertretenen Lesart bildet erst der Reformvertrag von Amsterdam<sup>97</sup> die Wasserscheide für die Territorialisierung der EU. Mit der Bündelung der Justiz- und Innenpolitik zum Projekt, einen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ zu schaffen (heute Art. 3 Abs. 2 EUV, Art. 67 ff. AEUV), formulierte der Amsterdamer Vertrag in zuvor unbekannter Deutlichkeit einen territorialen Anspruch der Union, der über die bloße Addition und Kompatibilisierung der Gebiete der Mitgliedstaaten hinausgeht.<sup>98</sup> Dem entspricht, dass die EU-Verträge seit dem Amsterdamer Vertrag strikt zwischen Binnen- und Außengrenzen unterscheiden.<sup>99</sup> Mit dem Lissabonner Vertrag schließlich wird die Formel vom „Raum [...] ohne Binnengrenzen“ auch für den Freiheits-, Sicherheits- und Justizraum verwendet.<sup>100</sup>

<sup>95</sup> Die Bezeichnung „Euro-Währungsgebiet“ (engl. *euro area*, franz. *zone euro*) findet sich in Art. 139 Abs. 2 lit. a AEUV sowie im Protokoll Nr. 14 betreffend die Euro-Gruppe.

<sup>96</sup> *Frank Schorkopf* Der Europäische Weg, 2. Aufl. 2015, 76; ähnlich *Tietze* „Räume und Träume“ (Fn. 79), 74 und 89: der Begriff imaginiere eine allgemeine Ordnung gesellschaftlicher Verhältnisse.

<sup>97</sup> Unterzeichnung am 2. Oktober 1997, Inkrafttreten zum 1. Mai 1999.

<sup>98</sup> Zum RFSR als einem territorial definierten Herrschaftsraum *Volkmars Götz* Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, FS Dietrich Rauschnig, 2001, 185 (187 ff.); *Jörg Monar* Die politische Konzeption des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.) Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2005, 29 (29 ff.); *Jörg Monar* Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 14), 749 (757); *Peter-Christian Müller-Graff* Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in der Lissabonner Reform, EuR Beiheft 1/2009, 105 (106 ff.); *Birger T. Hansen* Europäisierung des Gewaltmonopols, 2014, 82 ff.; *Daniel Thym* Legal Framework for Entry and Border Controls, in: Kay Hailbronner/Daniel Thym (Hrsg.) EU Immigration and Asylum Law, 2. Aufl. 2016, Rn. 4; *Klaus Ferdinand Gärditz* Territoriality, Democracy, and Borders, German Law Journal 17 (2016), 907 (911 f.); gegen eine territoriale Lesart *Markus A. Glaser* Rechtsraum als Konzeption, in: Debus/Kruse/Peters/Schröder/Seifert/Sicko/Stirn (Fn. 32), 285 (290 f.).

<sup>99</sup> Art. 3 Abs. 2, Art. 21 Abs. 2 lit. c EUV, Art. 67 Abs. 2 und Art. 77 Abs. 1, 2 AEUV.

<sup>100</sup> Diese Qualifizierung unterstreicht, dass die Förderung der internen Mobilität eine Leitidee dieses Raums ist, s. *Peter-Christian Müller-Graff* Der Raum der Freiheit, der



In ihrer geltenden Fassung dokumentieren die EU-Verträge gleichsam selbstverständlich eine raumbezogene Identität der Union: Die EU hat ein *Gebiet*,<sup>101</sup> und sie erklärt es zu ihrem Programm, diesen territorialen Raum durch ihre Politiken zu gestalten.

b) *Die variable Territorialität der EU*

Damit ist gewiss noch nicht gesagt, dass die Union diesem Anspruch tatsächlich gerecht wird. Einen gewissen rhetorischen Überschuss der räumlichen Selbstbeschreibungen wird man in Rechnung stellen müssen. Die historische Erfahrung aus dem Prozess der Territorialisierung des Staates zeigt, dass manche Behauptung jurisdiktioneller Kongruenz erst nachträglich zur Tatsache wird. Für eine Bestandsaufnahme der substantiellen Territorialisierung müssten die raumbezogenen Handlungen der Unionsorgane und ihre Effekte im Einzelnen analysiert werden.<sup>102</sup> Das verlangt interdisziplinäre Forschungen, die hier nicht geleistet werden können.

Stattdessen soll auf ein rechtliches Strukturmerkmal supranationaler Territorialisierung fokussiert werden, das den Anspruch der Union, einen einheitlichen Herrschaftsraum zu schaffen, schwächt: die unterschiedliche geographische Ausdehnung der angesprochenen Räume.

Für den *Binnenmarkt* definiert der Geltungsbereich der EU-Verträge zugleich die Ausdehnung dieses „Raums“.<sup>103</sup> Das räumliche Regime für

---

Sicherheit und des Rechts. Integrationswert für Bürger und Gesellschaft, Mitgliedstaaten und Union, Integration 2012, 100 (102): ein „befriedeter Freizügigkeitsraum“; ähnlich *Götz* Ein Raum der Freiheit (Fn. 98), 187 f. Die Vertragsautoren akzentuieren damit einen Aspekt von Territorialität, der mit der Grenzziehung nach außen typischerweise einhergeht.

<sup>101</sup> In Art. 153 Abs. 1 lit. g AEUV ist ausdrücklich von dem „Gebiet der Union“ (engl. *Union territory*, franz. *le territoire de l'Union*) die Rede. Diese Formulierung steht im Kontext der Sozialpolitik der Union und wurde ursprünglich im „Protokoll über die Sozialpolitik“ zum Vertrag von Maastricht verwendet. An anderen Stellen wird für den gleichen Sachverhalt weiterhin die Formulierung „im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten“ verwendet, etwa in Art. 21 Abs. 1, Art. 45 Abs. 3 lit. b AEUV. Der EuGH hat diese Formulierung in anderen Zusammenhängen inzwischen aufgegriffen: Urteil McCarthy, Rs. C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277, Rn. 50: „das Hoheitsgebiet der Union“; Urteil Dereci, Rs. C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734, Rn. 66: „das Gebiet der Union als Ganzes“; Urteil Kommission/Tschechische Republik, Rs. C-525/14, ECLI:EU:C:2016:714, Rn. 3 et passim: „im Unionsgebiet“.

<sup>102</sup> Im Anschluss an die Erkenntnis der Raumsoziologie, dass die Institutionalisierung räumlicher Strukturen und raumbildende Handlungen sich gegenseitig bedingen: oben, sub II.1.a.

<sup>103</sup> Bei einer materiell-rechtlichen Betrachtung reicht dieser Teilraum über das Unionsgebiet hinaus und umfasst den gesamten Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), der auf einem Assoziierungsvertrag mit den EFTA-Staaten Island, Lichtenstein und Norwegen beruht und auf materiell-rechtliche Homogenität mit dem Binnenmarkt ausgerichtet ist. Der EWR führt, auf der Grundlage eines komplizierten institutionellen Arrangements, in dessen

das *Euro-Währungsgebiet* weicht hiervon ab. Derzeit sieben Mitgliedstaaten haben den Euro noch nicht eingeführt, für das Vereinigte Königreich und Dänemark gelten dauerhafte Ausnahmen.<sup>104</sup> Auch für den *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* bestehen Sondervorschriften.<sup>105</sup> Die räumliche Grundkonstellation besteht aus dem Hoheitsgebiet von 25 Mitgliedstaaten: Für Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich gilt ein komplexes Regime von „Opt-ins“ (Protokolle Nr. 19, 20, 21 und 22).<sup>106</sup> Dieses flexible Arrangement führt zu einer weiteren Differenzierung der räumlichen Struktur. Zum *Schengen-Raum* beispielsweise gehören auch Dänemark und die vier assoziierten EFTA-Staaten, nicht aber Irland und das Vereinigte Königreich.<sup>107</sup> Zugleich sind für vier weitere EU-Mitgliedstaaten die Schengen-Regeln über den Wegfall der Binnengrenzkontrollen noch suspendiert.<sup>108</sup> Innerhalb und außerhalb des Unionsgebiets verlaufen also Außengrenzen des Schengen-Raums.

Damit zeigt sich eine bemerkenswerte Heterogenität räumlicher Substrukturen der EU. In Anlehnung an den Begriff der „variablen Geometrie“, der im politischen Diskurs verwendet wird,<sup>109</sup> kann man von einer *variablen Territorialität* der EU sprechen. Variable Territorialität bezeich-

---

Zentrum die rechtsetzende Aktivität des Gemeinsamen EWR-Ausschuss steht, zu einer assoziationsrechtlichen Erweiterung des Anwendungsbereichs des dynamisch fortgeschriebenen Binnenmarktrechts: Jürgen Bast *European Economic Area (EEA)*, in: MPEPIL (Stand: Oktober 2010), Rn. 6 ff.; zum „acquis-Export“ durch Kooperationsabkommen Nicole Appel *Das internationale Kooperationsrecht der Europäischen Union*, 2016, 179 ff.

<sup>104</sup> Protokolle Nr. 15 und Nr. 16. Auf die Ausweitung des Währungsgebiets auf Territorien außerhalb der EU wird hier nicht eingegangen. An der Wirtschaftsunion nehmen im Ausgangspunkt alle Mitgliedstaaten teil. Allerdings variieren die Intensität der Überwachung und der potentiellen Sanktionen erheblich danach, ob der betreffende Mitgliedstaat zum Euro-Währungsgebiet gehört (vgl. Art. 5 Abs. 1, Art. 139 AEUV). Mit Art. 136 Abs. 1 AEUV steht zudem eine eigene Rechtsgrundlage zur Verfügung, um spezielle Aufsichtsregelungen für die Mitgliedstaaten zu erlassen, deren Währung der Euro ist. Zur umstrittenen Reichweite dieser Kompetenz Jürgen Bast/Florian Rödl *Jenseits der Koordinierung?*, EuGRZ 39 (2012), 269.

<sup>105</sup> Vgl. Müller-Graff *Der Raum der Freiheit* (Fn. 98), 107 f.

<sup>106</sup> Diese Sonderregelungen waren Teil des Verfassungskompromisses, der den Amsterdamer Vertrag erst möglich gemacht hat; im Einzelnen Daniel Thym in: Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.) *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, EnzEuR Bd. 1, § 5 Rn. 41 ff.; Monar *Der Raum der Freiheit* (Fn. 98), 773 ff.; Funda Tekin *Differentiated Integration at Work*, 2012, 208 ff.

<sup>107</sup> Innerhalb des Schengen-Raums dürfen Personen die Binnengrenzen an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschreiten, Art. 22 Grenzkodex-Verordnung Nr. 2016/399. Er definiert zugleich den räumlichen Anwendungsbereich eines einheitlichen Visums für Drittstaatsangehörige, Art. 2 Nr. 3 Visakodex-Verordnung Nr. 810/2009. Näher zum Grenzregime unten, sub. IV.2.

<sup>108</sup> Derzeit für Bulgarien, Kroatien, Rumänien und Zypern.

<sup>109</sup> Thym in: EnzEur Bd. 1 (Fn. 106), § 5 Rn. 3 ff.

net eine partielle Inkongruenz der geographischen Ausdehnung politikfeldspezifischer Teilräume. Sie ist eine Eigenart supranationaler Territorialisierung, die sie vom staatlichen Recht unterscheidet.<sup>110</sup> In ihr kommt eine funktionale Binnendifferenzierung zum Ausdruck, die den Politiken der EU je eigene Ziele, Rechtsgrundlagen und eben auch: Bestimmungen über den Geltungs- bzw. Anwendungsbereich zuordnet.

Die supranationalen Teilräume stehen jedoch nicht beziehungslos nebeneinander. Zum einen weisen sie eine geographische Schnittmenge auf, die derzeit das Hoheitsgebiet von fünfzehn Mitgliedstaaten umfasst. Dieser fiktive „kerneuropäische“ Raum definiert allerdings, normativ betrachtet, nicht den Grundfall.<sup>111</sup> Vielmehr legen die EU-Verträge die Ausdehnung auf das gesamte Unionsgebiet als den verfassungsrechtlichen Normalfall fest, von dem sie Abweichungen vorsehen oder zulassen.<sup>112</sup> Zum anderen fügen sich alle Teilräume in den einheitsstiftenden institutionellen Rahmen der Union ein (Art. 13 Abs. 1 EUV): Lediglich die Mitwirkungsrechte in den intergouvernemental zusammengesetzten Organen (Rat, Europäischer Rat, EZB-Rat) variieren in Abhängigkeit vom Geltungsbereich des fraglichen Rechtsakts, nicht aber die Arbeitsweise des Europäischen Parlaments, der Kommission und des EuGH.<sup>113</sup> Die horizontale Kompetenzabgrenzung zwischen den Teilräumen ist verfassungsrechtlich determiniert. Hier liegt eine wichtige Aufgabe des EuGH als Verfassungsgericht, der Kompetenzkonflikte schlichten und die Einheit der Rechtsordnung sichern muss.<sup>114</sup>

<sup>110</sup> *Walters Mapping Schengenland* (Fn. 54), 567 f.; in diese Richtung *Deger Europäisierung* (Fn. 84), 161, allerdings mit einem stärkeren Fokus auf der zeitlichen Gültigkeit der Räume. In Fällen einer asymmetrischen Föderalisierung bzw. Devolution kommt es auch im staatlichen Recht zu variabler Territorialität, s. *Oonagh Gay/Helen Holden/Paul Bowers, The West Lothian Question*, The House of Commons Library Service, 23 March 2011. Ich danke Jelena von Achenbach für diesen Hinweis.

<sup>111</sup> Vgl. *Armin von Bogdandy The Transformation of European Law*, MPIL Research Paper Series No. 2016–14, 11 (14), der in dieser Schnittmenge die geographische Verortung des „European legal space“ sieht. Wie hier dagegen *von Bogdandy/Huber* in: IPE, Bd. III, § 42 Rn. 2: „Bezugspunkt des europäischen Rechtsraums ist das durch die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen definierte Territorium der Europäischen Union.“

<sup>112</sup> Ohne damit einen normhierarchischen Vorrang einzunehmen, kommt dem verfassungsrechtlichen Normalfall ein normatives Gewicht zu, das Abweichungen unter verfassungspolitischen Rechtfertigungsdruck setzt; zu dieser Dynamik einer reflexiven Konstitutionalisierung der Union *Jürgen Bast Einheit und Differenzierung der Europäischen Verfassung*, in: Yvonne Becker/Marie Louise Bovenkerk/Kathrin Groh/Florian Gröbblinghoff/Lars Gußen/Vanessa Hellmann/Süleyman Kolcu/Martin Klein/Claudia Menzel/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.) *Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa*. 45. Assistententagung Öffentliches Recht, 2005, 34 (57 ff.).

<sup>113</sup> *Thym* in: *EnzEur* Bd. 1 (Fn. 106), § 5 Rn. 101, 105.

<sup>114</sup> Grundlegend *EuGH Urteil Vereinigtes Königreich/Rat*, C-77/05, ECLI:EU:C:2007:803, Rn. 77.

## 2. *Der externe Aspekt der Territorialität des Unionsrechts: Schaffung eines supranationalen Grenzregimes*

Hinsichtlich des externen Aspekts von Territorialität sind wesentliche Veränderungen im Bereich des Grenzpolizeirechts zu verzeichnen. Sie erweitern das traditionelle, warenverkehrsbezogene Grenzregime der EU<sup>115</sup> um eine personenverkehrsbezogene Komponente.<sup>116</sup>

Der zentrale Gesetzgebungsakt ist der Schengener Grenzkodex, eine EU-Verordnung.<sup>117</sup> An den Außengrenzen ist eine systematische Überwachung der Grenze und Kontrolle der Reisenden vorgeschrieben, einschließlich des Abstempelns von Reisedokumenten.<sup>118</sup> Der Grenzkodex legt auch abschließend fest, wann einer drittstaatsangehörigen Person die Einreise gestattet werden darf.<sup>119</sup> Für den Vollzug dieser Vorschriften sind die Mitgliedstaaten an den Außengrenzen zuständig. Bei ihnen liegt die Organisationsgewalt über die Grenzpolizei, wobei sie mit der Bereitstellung administrativer Kapazitäten eine Rechtspflicht gegenüber der Union erfüllen.<sup>120</sup> Die

<sup>115</sup> Zu den Zielen und Instrumenten des EU-Zollrechts *Hans-Michael Wolfgang* in: Reiner Schulze/Manfred Zuleeg/Stefan Kadelbach (Hrsg.) *Europarecht Handbuch*, 3. Aufl. 2015, § 33 Rn. 3 ff.; zur (begrenzten) Rolle des nationalen Zollrechts ebd., Rn. 32 f. Zu den außengrenzbezogenen Instrumenten des EU-Agrarrechts *Christian Busse* in: ebd., § 25 Rn. 189 f. Aus sozialwissenschaftlicher Sicht *Mau* *Politik der Grenze* (Fn. 79), 122.

<sup>116</sup> Wissenschaftliche Aufmerksamkeit haben hier vor allem die EU-Grenzschutzagentur Frontex und die menschen-, flüchtlings- und seerechtlichen Bindungen der EU bzw. der Mitgliedstaaten auf sich gezogen; exempl. *Matthias Lehnert* *Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen*, 2014; *Juliane Seehase* *Die Grenzschutzagentur FRONTEX*, 2013; *Andreas Fischer-Lescano/Tillmann Löhr/Timo Tohidipur* *Border Controls at Sea. Requirements under International Human Rights and Refugee Law*, *International Journal of Refugee Law* 21 (2009), 256.

<sup>117</sup> Verordnung (EU) Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex); eine Übersicht über die Regelungen der strukturgleichen Vorgänger-Verordnung Nr. 562/2006 bei *Joachim Stern/Timo Tohidipur* in: *Andreas von Arnould* (Hrsg.) *Europäische Außenbeziehungen*, *EnzEuR* Bd. 10, § 14 Rn. 31 ff.; zum territorialen Anwendungsbereich des Grenzkodexes *den Heijer* *Extraterritorial Asylum* (Fn. 66), 193 ff. Weitere wichtige Bausteine des EU-Grenzregimes sind die *Visakodex-Verordnung* Nr. 810/2009, die *Frontex-Verordnung* Nr. 2007/2004, die ab dem 6.10.2016 von der *Verordnung* Nr. 2016/1624 über die Europäische Grenz- und Küstenwache abgelöst wird, und die *Seeaußengrenzen-Verordnung* Nr. 656/2014.

<sup>118</sup> Art. 7 ff. Schengener Grenzkodex.

<sup>119</sup> Art. 6 Schengener Grenzkodex. Zum abschließenden Charakter EuGH Urteil ANAFE, C-606/10, EU:C:2012:348, Rn. 26 und 29; Urteil *Air Baltic*, Rs. C-575/12, ECLI:EU:C:2014:2155, Rn. 69. Für den Fall einer Einreiseverweigerung ist eine formularmäßige Begründung und die Möglichkeit, ein Rechtsmittel einzulegen, vorgesehen, Art. 14 Abs. 3, 4 Schengener Grenzkodex.

<sup>120</sup> Art. 15 Schengener Grenzkodex, in Konkretisierung von Art. 291 Abs. 1 AEUV, Art. 4 Abs. 3 EUV.

normative Feinsteuerung des Vollzugs erfolgt über delegierte Rechtsakte und Empfehlungen, die die Kommission erlässt.<sup>121</sup>

Gewisse Einschätzungs- und Handlungsspielräume verbleiben den Mitgliedstaaten bei der Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen. Solche Kontrollen unterliegen keiner ex-ante-Genehmigung durch Unionsorgane, und ihre tatbestandlichen Voraussetzungen sind recht offen formuliert.<sup>122</sup> Allerdings sind Kontrollen von vornherein nur befristet möglich und unterliegen der Überwachung durch die Unionsorgane.<sup>123</sup> Für andere als die im Grenzkodex festgelegten Zwecke, etwa solche der Migrationsabwehr oder die symbolische Stärkung nationaler Identität, dürfen Grenzkontrollen nicht eingesetzt werden.<sup>124</sup> Durch das unionsrechtliche Regime sind die staatlichen Binnengrenzen auf ihre sicherheitspolitischen Funktionen reduziert,<sup>125</sup> die im Regelfall eine Durchführung systematischer Personenkontrollen weder erfordern noch erlauben.

Ein Spezialregime gilt schließlich für die Behandlung von Asylsuchenden an der Grenze. Die Stellung eines Asylgesuchs an der Außengrenze führt zu einem provisorischen Zugangsrecht, mit dem Zweck und für die Dauer der Durchführung eines Asylverfahrens.<sup>126</sup> Das Schengener Grenzpolizeirecht tritt insoweit hinter die Regelungen des Europäischen Flüchtlingsrechts zurück.<sup>127</sup>

Mit der Grenzkodex-Verordnung hat die Union eine erschöpfende Regelung des Grenzregimes vorgenommen, die mitgliedstaatliches Handeln nur noch dort zulässt, wo es im Grenzkodex vorgesehen ist oder voraus-

<sup>121</sup> *Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss* Schengen Borders Code Regulation (EC) No 562/2006, in: Hailbronner/Thym (Fn. 98), Rn. 24, 28.

<sup>122</sup> Art. 25 Abs. 1 Schengener Grenzkodex verlangt, dass „die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit in einem Mitgliedstaat ernsthaft bedroht“ ist. Damit achtet der Unionsgesetzgeber die Vorgabe des Art. 72 AEUV und unternimmt zugleich eine legislative Konkretisierung dieser Vorschrift, die nach zutreffender, wenngleich nicht unbestrittener Ansicht abschließend ist: *Thym* Legal Framework (Fn. 98), Rn. 26 f.

<sup>123</sup> Art. 27 ff. Schengener Grenzkodex.

<sup>124</sup> Ausdrücklich Erwägungsgründe Nr. 26 und 27 zum Schengener Grenzkodex.

<sup>125</sup> *Horn* Grenzschutz (Fn. 68), 144 f.

<sup>126</sup> Art. 3 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 Richtlinie 2013/32 des Europäischen Parlaments und des Rates zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung).

<sup>127</sup> Art. 3 lit. b, Art. 14 Abs. 1 S. 2 Schengener Grenzkodex. Eingeschränkt zulässig sind sog. *border procedures*, bei denen sich der Antragsteller zwar auf dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates befindet, aber seine Nichteinreise fingiert wird, beispielsweise im Transitbereich eines internationalen Flughafens oder einer eigens errichteten Transitzone (Art. 43 Richtlinie 2013/32); hierzu *Galina Cornelisse* Territory, Procedures and Rights. Border Procedures in European Asylum Law, Refugee Survey Quarterly 35 (2016), 74.

gesetzt wird.<sup>128</sup> Auf dem Feld der Kontrolle ihrer Staatsgrenzen dürfen die Mitgliedstaaten ohne eine solche Ermächtigung nicht mehr legislativ tätig werden (Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV).<sup>129</sup> Ältere Rechtsbestände im Gesetzesrecht werden vom Vorrang des Unionsrechts verdrängt und unterliegen einem – mehr schlecht als recht durchgesetzten – Rechtsbereinigungsgebot.<sup>130</sup> Zuweilen bestehen sie als normative Fragmente und Schlacken einer vergangenen Ära autonomer staatlicher Territorialität fort und verleiten die Interpreten zu falschen Schlussfolgerungen über den Stand des geltenden Rechts.<sup>131</sup>

Im Ergebnis tritt die Transformation mitgliedstaatlicher Territorialität an keiner anderen Stelle so deutlich zu Tage wie bei der Schaffung eines supranationalen Grenzregimes: Nach dem Ende einer eigenständigen Zoll- und Handelspolitik haben sie auch beim grenzüberschreitenden Personenverkehr ihre Autonomie aufgegeben. Für die EU bedeutet dies einen Territorialisierungsschub, ungeachtet des Umstands, dass das Außengrenzregime der EU als Instrument der Mobilitätskontrolle nicht notwendigerweise effektiver ist als vormals die der Mitgliedstaaten. Zur Territorialisierung der EU trägt das Außengrenzregime weniger dadurch bei, dass es physische Mobilitätshindernisse errichtet, als durch die symbolische Markierung einer porösen, aber klar lokalisierbaren Unterscheidung von Innen und Außen – als Beitrag zur Konstruktion des „mentalens Raums“ der EU im Sinne *Lefebvres*.

## V. Das Zusammenwirken von territorialisierter und entterritorialisierter Hoheitsgewalt

Im letzten Teil geht es um das Zusammenwirken von territorialisierter und entterritorialisierter Hoheitsgewalt. Die verschiedenen Ebenen – staatliche, supranationale und internationale – sollen zueinander

<sup>128</sup> Zur entsprechenden Situation im Europäischen Asylzuständigkeitssystem vgl. EuGH Urteil N.S., verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, Rn. 64 ff. Die umfassende Einbindung der Mitgliedstaaten in ein unionsrechtlich determiniertes Grenzregime wird übersehen bei einer Blickverengung auf die Regelung der Vollzugszuständigkeiten, vgl. etwa *Anna Mrozek* Same but different?, ZEuS Sonderband 2016, 143 (146 ff.).

<sup>129</sup> Zum Rechtsetzungsverbot auf einem durch EU-Verordnung geregelten Feld s. EuGH Urteil Zerbone, Rs. 94/77, ECLI:EU:C:1978:17, Rn. 22/27.

<sup>130</sup> EuGH Urteil Gondrand Frères und Garancini, Rs. 169/80, ECLI:EU:C:1981:171, Rn. 17; Urteil Kommission/Frankreich, Rs. 167/73, ECLI:EU:C:1974:35, Rn. 41/42.

<sup>131</sup> Zur Diskussion um § 18 AsylG klärend *Hailbronner/Thym* Grenzenloses Asylrecht (Fn. 68), 754.

ins Verhältnis gesetzt werden.<sup>132</sup> Am Ende steht ein Ausblick auf offene Forschungsfragen.

*1. Staatsgewalt und territorialisierte Unionsgewalt:  
ein föderaler Verbund*

Zunächst geht es um das Verhältnis von Staatsgewalt und Unionsgewalt. Die These von der Neo-Territorialität der EU impliziert nicht, wie schon erwähnt, dass hierdurch die Territorialität der Mitgliedstaaten in einem „Nullsummenspiel“ zum Verschwinden gebracht wird. Vielmehr tritt die auf supranationale Räume bezogene Hoheitsgewalt *neben* die Hoheitsgewalt, die sich auf das jeweilige mitgliedstaatliche Territorium bezieht.<sup>133</sup> Für diese Koexistenz von Unionsgebiet und staatlichem Hoheitsgebiet bedarf es einer theoretischen Konzeption.

Ähnlichkeiten mit der Unionsbürgerschaft drängen sich auf. Nach ihrer Definition in den EU-Verträgen (Art. 20 Abs. 1 S. 3 AEUV) „tritt“ auch die Unionsbürgerschaft zur nationalen Staatsbürgerschaft „hinzu, ersetzt sie aber nicht“. Hinsichtlich des berechtigten Personenkreises ist die Unionsbürgerschaft strikt akzessorisch zur Staatsangehörigkeit (Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV). Diese formale Struktur begegnet uns beim Verhältnis von Unionsgebiet und Staatsgebiet wieder: Es existiert kein unionsunmittelbares Territorium; das Unionsgebiet ist akzessorisch zu mitgliedstaatlichem Territorium.<sup>134</sup> Dies schließt die Festlegung der völkerrechtlichen Grenzen des Unionsgebiets ein (vgl. Art. 77 Abs. 4 AEUV).<sup>135</sup> Mit anderen Worten: Staatliche und supranationale Territorialität beziehen sich auf dasselbe physische Substrat.

Bei der multiplen Territorialität im Verbund von Union und Mitgliedstaaten handelt es sich also im Grunde um ein bekanntes Motiv, für das das Europäische Verfassungsrecht bereits Begriffe gefunden hat. Wie schon bei der theoretischen Bewältigung eines gestuften Angehörigkeitsverhältnisses<sup>136</sup> bietet sich auch hier der Rückgriff auf eine *föderale* Konzeption an.

<sup>132</sup> Dies folgt der Aufforderung der Raumtheorie, die Verschränkung unterschiedlich skaliertter Räume zu untersuchen, oben, sub II.1.a.

<sup>133</sup> Die Transformation von Staatlichkeit, die mit der Öffnung für das supranationale Recht einhergeht, ist vielfach untersucht worden, allerdings, soweit ersichtlich, nicht unter dem Gesichtspunkt der Territorialität; zur Systematisierung *Anna Katharina Mangold* Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, 2011, 451 ff.

<sup>134</sup> Vgl. BVerfGE 123, 276 (403) – Lissabon-Vertrag.

<sup>135</sup> Insoweit kommt das Prinzip der beweglichen Vertragsgrenzen zur Anwendung, *Schmalenbach* (Fn. 90), Art. 52 EUV Rn. 7.

<sup>136</sup> Grundlegend *Christoph Schönberger* Unionsbürger, 2005. Zur föderalen Deutung der Kompetenzordnung der EU *Armin von Bogdandy/Jürgen Bast* The Federal Order of Com-

Föderalismus ist von jeher die staatsrechtliche Form, in der sich territoriale Verbände zu einer politischen Einheit zusammenschließen, die ihrerseits territorial strukturiert ist.<sup>137</sup> Die Koexistenz von staatlicher und supranationaler Territorialität unterstreicht mithin den föderalen Charakter der EU; sie ist eine nicht-staatliche Spezies der Gattung „Bund“.<sup>138</sup>

## 2. *Föderaler Verbund und internationale öffentliche Gewalt: ein Ensemble sektoraler Mehrebenensysteme*

Die supranationale öffentliche Gewalt steht nicht nur im Verhältnis zur staatlichen Ebene, sondern auch zur internationalen öffentlichen Gewalt. Ein angemessenes Verständnis der territorialen Ordnung des öffentlichen Rechts muss berücksichtigen, dass auf praktisch allen Politikfeldern *drei* Hoheitsebenen tätig sind.

Als konzeptioneller Rahmen bietet sich das Modell eines Mehrebenensystems an.<sup>139</sup> Dieses Modell trägt dem Umstand Rechnung, dass die ausgeübte Hoheitsgewalt bzw. das auf den Hoheitsebenen generierte Recht sich in vieler Hinsicht qualitativ voneinander unterscheiden. Die vorliegende Untersuchung bereichert diese Einsicht um eine weitere Facette: den Aspekt der Territorialität. Die Ebenen öffentlicher Gewalt interagieren miteinander, sie bilden arbeitsteilige Systeme, die aus drei Stufen bestehen, wobei jede Ebene ihre spezifische Qualität in die Interaktion einbringt.<sup>140</sup>

---

petences, in: dies. (Hrsg.) *Principles of European Constitutional Law*, 2. Aufl. 2009, 275; *Philipp Dann* *Parlamente im Exekutivföderalismus*, 2004, 43 ff.; allg. zum föderalen Paradigma des Europäischen Verfassungsrechts *Stefan Oeter* *Föderalismus und Demokratie*, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 14), 73; *Robert Schütze* *From Dual to Cooperative Federalism*, 2009, 345 ff.; *Michael Burgess* *Federalism and European Union: The Building of Europe*, 2000, 55 ff.

<sup>137</sup> *Michael Burgess* *Territoriality and Federalism in the Governance of the European Union*, in: ders./Hans Vollaard (Hrsg.) *State Territoriality and European Integration*, 2006, 100 (103 ff.).

<sup>138</sup> *Christoph Schönberger* *Die Europäische Union als Bund*, AöR 129 (2004), 81.

<sup>139</sup> Zu überstaatlichen Mehrebenensystemen aus rechtswissenschaftlicher Sicht *Rainer Wahl* *Der einzelne in der Welt jenseits des Staates* (2002), in: ders. (Fn. 71), 53; *Utz Schliesky* *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, 2004, 472 ff.; *Christian Tiefje* *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, 2001, 26 ff. und 664 ff.; speziell zur Justizfunktion *Heiko Sauer* *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, 2008, 77 ff.; aus der Politikwissenschaft etwa *Michèle Knodt*, *Regieren im erweiterten europäischen Mehrebenensystem*, 2005, 31 ff., m.w.N.

<sup>140</sup> Eine sachgebietliche Arbeitsteilung zwischen den Ebenen zeichnet sich indes nicht ab, entgegen *Jürgen Habermas* *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?*, in: ders., *Der gesplittene Westen*, 2004, 113 (172 ff.), der der globalen Ebene die Aufgaben des Menschenrechtsschutzes und der Friedenssicherung zuweisen möchte, die Regulierungsaufgaben der regionalen Ebene. Vielmehr ist thematische Redundanz ein cha-



Der Plural „-systeme“ ist deshalb angezeigt, weil die sektorale Fragmentierung ein Kennzeichen von internationaler öffentlicher Gewalt ist, sodass institutionelle Einheitsbildung erst auf der supranationalen Ebene stattfindet. Es existiert nicht ein einziges, globales Mehrebenensystem, sondern ein *Ensemble sektoraler Mehrebenensysteme*.

Mithilfe dieses Modells lassen sich wesentliche Ergebnisse dieses Berichts zusammenfassend darstellen. Zuerst zur Leitfrage nach dem Wandel der staatlichen Territorialität: Die Schaffung sektoraler Mehrebenensysteme stellt sich aus der Perspektive der Staaten als eine Relativierung staatlicher Territorialität dar.<sup>141</sup> Dies beinhaltet eine Deaktivierung angestammter Territorialisierungspraktiken, bis hin zur Aufgabe eines eigenständigen Grenzregimes. Die Autonomie der überstaatlichen Hoheitsebenen ist aber ihrerseits relativ, denn sowohl die nicht-territoriale Gewalt Internationaler Organisationen als auch die neo-territoriale Unionsgewalt benötigen die staatliche Ebene, um Herrschaft ausüben zu können: Sie bleiben mit ihr systemisch verbunden. Gleichwohl: Die Inkorporierung staatlicher Hoheitsgewalt in Mehrebenensysteme transformiert die staatliche Territorialität erheblich.<sup>142</sup>

Zur Leitfrage nach der Ausbildung neuer räumlicher Strukturen zeigt der Bericht, dass das Konzept der Territorialität Wesentliches zum Verständnis der Eigenart der drei Ebenen beiträgt. Diese sind gerade auch durch ihre unterschiedlichen Raumbezüge charakterisiert. Unter dem Gesichtspunkt der Territorialität sind Europäisierung und Internationalisierung kategorial verschiedene Prozesse. *Die grundlegende Struktur des öffentlichen Rechts im Zeitalter der Globalisierung besteht in der Ausbildung von sektoralen Mehrebenensystemen, die an ihrer „lokalen“ Basis in territorialen Einheiten organisiert sind, an ihrer „globalen“ Spitze dagegen funktional.* Im europäischen Kontext tritt vermittelnd die supranationale Ebene hinzu, auf

---

rakteristisches Merkmal der überstaatlichen Mehrebenensysteme. Hierin liegt einer der Gründe für die Wirksamkeit von unverbindlichen Akten internationaler öffentlicher Gewalt, die in einer Kaskade der Iteration über die verschiedenen Ebenen eine Transformation in bindende Rechtspflichten erfahren. Zum Konzept der Iteration *Seyla Benhabib* Demokratische Iterationen. Das Lokale, das Nationale, das Globale, in: dies./Robert Post (Hrsg.) *Kosmopolitismus und Demokratie*, 2008, 43 (45 ff.).

<sup>141</sup> Dieser Befund geht über die weithin konsentrierte Feststellung hinaus, dass sich ein EU-Mitgliedstaat die Ausübung von Hoheitsgewalt auf „seinem“ Staatsgebiet mit der supranationalen Union teilen muss; s. *Klaus Vogel* Gebietshoheit, in: *EvStL*, 3. Aufl. 1987, Sp. 1032; *Armin von Bodandy* Zweierlei Verfassungsrecht, *Der Staat* 39 (2000), 163 (166 f.). Fallstudien zur Transformation staatlicher Territorialität in: *Michael Burgess/Hans Vollaard* (Hrsg.) *State Territoriality and European Integration*, 2006, 145 ff.

<sup>142</sup> *Anuscheh Farahat* und *Nora Markard* schlagen für diese Konstellation den Begriff „embedded territoriality“ vor: *dies.* *Forced Migration Governance*, *German Law Journal* 17 (2016), 923 (946).

der territorialisierte und in einem Hoheitsträger gebündelte Hoheitsgewalt ausgeübt wird, die zugleich aber stärker funktional binnendifferenziert ist als die mitgliedstaatliche Ebene, auch in räumlicher Hinsicht. Damit die Vermittlungsaufgabe der zweiten Ebene gelingt, ist die in den EU-Verträgen verortete Europäische Verfassung unverzichtbar. Sie stiftet einen übergreifenden Ordnungsrahmen für die multiple Territorialität von Union und Mitgliedstaaten und für deren Verhältnis zur globalen Ebene.<sup>143</sup>

Insgesamt beobachten wir also keine schlichte Entterritorialisierung des Rechts oder eine generelle Erosion von Territorialität, sondern erleben das Entstehen einer neuen Konstellation von Gebiet, Hoheitsgewalt und Recht, in denen Ent- und Neu-Territorialisierungsprozesse auf komplexe Weise miteinander verwoben sind.<sup>144</sup>

### 3. Offene Fragen

Am Ende dieses Berichts stehen viele offene Fragen. Beispielsweise stellt sich die Frage nach dogmatischen Implikationen der Neo-Territorialität der EU. Es wird insbesondere zu diskutieren sein, welche Rechte und Pflichten, die das Völkergewohnheitsrecht an das Tatbestandsmerkmal „Gebiet“ knüpft, auf die EU übertragbar sind.<sup>145</sup> Zu denken ist hier an die Grenzen der Ausübung extraterritorialer Unionsgewalt,<sup>146</sup> den Schutz der

<sup>143</sup> Zur Pluralität der Rechtsordnungen im „europäischen Rechtsraum“ *Armin von Bogdandy* Common Principles for a Plurality of Orders, *International Journal of Constitutional Law* 12 (2016), 980 (985 ff.).

<sup>144</sup> Dies entspricht einer verbreiteten Einsicht in der neueren Globalisierungsliteratur, etwa *Saskia Sassen* *Territory, Authority, Rights*, 2008, 3 ff. (dt. *Das Paradox des Nationalen*, 2008); *Matthias Middell* *Deterritorialization and Reterritorialization*, in: Helmuth K. Anheier/Mark Juergensmeyer (Hrsg.) *Encyclopedia of Global Studies*, 2012, 407; *Neil Brenner* *Beyond State Centricism? Space, Territory, and Geographical Scale in Globalization Studies*, in: *Theory and Society* 18 (1999), 39. Die These einer Dialektik von De- und Reterritorialisierung widerstreitet einer Sichtweise, die die Globalisierung einseitig als Motor neuer Organisations-, Kommunikations- und Kooperationsformen deutet, der die provinziellen Beschränkungen eines territorialen Bezugsrahmens überwindet, etwa *Arjun Appadurai* *Modernity at Large. Cultural Dimensions of Globalization*, 1996, und *Manuel Castells* *The Rise of the Network Society*, 1996.

<sup>145</sup> In der völkerrechtlichen Diskussion stehen bislang vertragsrechtliche Bindungen der Union und ihre Folgen im Mittelpunkt, etwa *Andrés Delgado Casteleiro* *The International Responsibility of the European Union*, 2016. Zur Bindung der Union an das Völkergewohnheitsrecht EuGH, Urteil *Air Transport Association of America*, Rs. C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864, Rn. 101. Für eine Analyse der EuGH-Judikatur s. *Robert Uerpman* *Völkerrechtliche Nebenverfassungen*, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 14), 177 (182 ff.).

<sup>146</sup> Die Frage stellt sich u.a. im Wettbewerbsrecht, in der Fischereipolitik und im Produktzulassungsrecht, s. EuGH Urteil *Ahlström Osakeyhtiö u.a./Kommission*, verb. Rs. 89/85 u.a., ECLI:EU:C:1988:447, Rn. 11 ff.; Urteil *Kramer*, verb. Rs. 3/76 u.a.,

territorialen Integrität des Unionsgebiets<sup>147</sup> und die menschenrechtlichen Bindungen, denen die gebietsbezogene Hoheitsgewalt der EU unterliegt.<sup>148</sup>

Auch in verfassungs- und demokratietheoretischer Hinsicht sind Fragen offen. Weitgehend ausgeblendet wurde hier die personale Dimension der Entterritorialisierung, also die Rolle des Einzelnen in der Welt jenseits des Staates.<sup>149</sup> Welchen systematischen Ort haben individuelle Rechte im Ensemble der sektoralen Mehrebenensysteme? Schwierige Fragen wirft auch das Verhältnis von Demokratisierung und Territorialisierung auf. Ist die Ausbildung von Territorialität eine historische Bedingung der Möglichkeit von Demokratie, und, falls ja, wie kann die öffentliche Gewalt Internationaler Organisationen demokratisch rückgebunden werden? Kann und soll demokratische Inklusion vom personalen Modus der Mitgliedschaft auf einen territorialen Modus der Ansässigkeit umgestellt werden?

Schließlich wären für eine normative Gesamtbewertung der Entterritorialisierung die Gewinne und Verluste ehrlich zu balancieren. Dazu müssten die historischen Rationalitätsgewinne territorialisierter Herrschaft<sup>150</sup> abgeglichen werden mit den wirtschaftlichen und kulturellen Gegebenheiten des 21. Jahrhunderts, unter denen die Vorstellung, effektive Steuerung sozialer Prozesse könnte im nationalräumlichen Maßstab erreicht werden, unrealistisch und damit normativ defizitär erscheint. Die Entstehung überstaatlicher öffentlicher Gewalt ist hier Teil der Lösung, nicht des Problems. Eine Reterritorialisierung durch Renationalisierung würde zu Freiheits- und Wohlstandsverlusten führen, und für einen Staat an der europäischen Peripherie: zum autonomen Nachvollzug anderenorts beschlossenen Rechts.

Wir sind heute Zeugen einer Neuformierung räumlicher Ordnungen, die möglicherweise ebenso grundlegend ist wie der Erfolg der staatlichen Territorialisierung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Auch dort eilten politische und gesellschaftliche Transformationen der Schaffung von repräsentativen und verfassungsrechtlich eingehegten Institutionen voraus. Die Diagnose einer Entterritorialisierung des öffentlichen Rechts ist als Auftrag zu verstehen, auch diesen Teil der Erfolgsgeschichte zu wiederholen.

---

ECLI:EU:C:1976:114, Rn. 30/33; Urteil European Federation for Cosmetic Ingredients, Rs. C-592/14, ECLI:EU:C:2016:703, Rn. 28 ff.

<sup>147</sup> In diesem Sinne Art. 21 Abs. 2 lit. a EUV; ablehnend *Kempen* Staat und Raum (Fn. 30), 48.

<sup>148</sup> Vgl. *Andreas von Arnould* in: *EnzEuR* Bd. 10 (Fn. 117), § 1 Rn. 90 f.

<sup>149</sup> Grundlegend *Wahl* Der einzelne (Fn. 139), 67 ff.

<sup>150</sup> *Michael Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 4, 2012, 666 ff.; *Klaus Ferdinand Gärditz* Die Ordnungsfunktion der Staatsgrenze, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Fn. 68), 105 (107 ff.).

*Leitsätze des 2. Referenten über:*

## **Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts**

### *I. Veränderungen der territorialen Ordnung des öffentlichen Rechts?*

*(1) Eine Entterritorialisierung des Rechts liegt vor, wenn eine Entkoppelung von Hoheitsgewalt und Staatsgebiet zu verzeichnen ist. So definierte entterritorialisierte öffentliche Gewalt wird von der Europäischen Union (supranationale öffentliche Gewalt) und von Internationalen Organisationen (internationale öffentliche Gewalt, International Public Authority) ausgeübt. Als International Public Authority kommen auch Akte, die keine verbindlichen Rechtswirkungen erzeugen, sowie nicht-rechtliche Steuerungsinstrumente in Frage. Weitere Phänomene der Entterritorialisierung sind extraterritorial ausgeübte staatliche Gewalt und öffentliche Gewalt transnationaler privater Akteure.*

*(2) Die Entterritorialisierung des öffentlichen Rechts wirft zwei Fragen auf: Welche Veränderungen für den Staat als territorial definiertem Herrschaftsverband gehen von der Existenz überstaatlicher öffentlicher Gewalt aus? Bilden sich auf den überstaatlichen Hoheitsebenen ihrerseits Formen territorial definierter Herrschaft aus?*

*(3) Mit der Dynamik des überstaatlichen Rechts hat sich die räumliche Ordnung des öffentlichen Rechts geändert. Supranationale und internationale Hoheitsgewalt sind zwei Erscheinungsformen einer Entterritorialisierung des öffentlichen Rechts, die die Territorialität der Staaten relativieren, sie aber nicht generell in Frage stellen. Supranationale und internationale Hoheitsgewalt unterscheiden sich im Hinblick auf die Kategorie der Territorialität signifikant voneinander, da nur auf der Ebene der Europäischen Union eine neue Territorialisierung zu beobachten ist.*

### *II. Raum und Territorium aus sozialwissenschaftlicher Perspektive*

*(4) Aus Sicht der Sozialwissenschaften ist ein Raum (space) sozial konstruiert, wird also durch Handlungen hervorgebracht und verändert. Räum-*

*liche Strukturen und raumbezogene Handlungen (agency) bedingen sich gegenseitig. Räume unterschiedlicher Ausdehnung (scale) sind miteinander verschränkt.*

*(5) Ein spatial turn in der Rechtswissenschaft zeichnet sich bislang nicht ab.*

*(6) Aus Sicht der Sozialwissenschaften ist ein Territorium ein umgrenzter Raum, den Menschen kontrollieren, um darin eine soziale bzw. politische Ordnung zu errichten und sie nach außen abzugrenzen. Territorialisierung meint den Prozess der Herstellung von Territorien, also die Entwicklung von räumlich definierten Herrschaftsansprüchen, von Territorialität.*

*(7) Bei der Schaffung politischer Räume durch Praktiken der Territorialisierung greifen institutionelle, geistige und infrastrukturelle Elemente ineinander („sozialer Raum“, „mentaler Raum“ und „physischer Raum“ im Sinne Lefebvres). Die Hauptaspekte von Territorialität sind Grenzziehungen als die Mittel, durch die politische Einheiten sich gegeneinander abgrenzen (externer Aspekt), und jurisdiktionelle Kongruenz als das Ausmaß, in dem der Anspruch auf effektive politische Herrschaft in dem so definierten Gebiet verwirklicht ist (interner Aspekt).*

*(8) Die staatstheoretische Annahme der frühneuzeitlichen Geburt des modernen Staates als Ablösung des mittelalterlichen Personalverbandsstaats durch den Territorialstaat hat einen kontrafaktischen Gehalt. Territorialisierung stellt sich oftmals als langgestreckter Prozess der nachholenden Verwirklichung von ambitionierten Herrschaftsansprüchen dar.*

*(9) Die Existenz definierter Staatsgrenzen geht nicht notwendig einher mit ihrer effektiven Überwachung und mit der Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs. Systematische Mobilitätskontrollen an den Grenzen und ihr Einsatz für Zwecke der Migrationssteuerung sind Phänomene des Interventions- und Wohlfahrtsstaats des 20. Jahrhunderts.*

### *III. Territorium und Territorialität im Völkerrecht*

*(10) Das Völkerrecht als Koordinationsordnung hält zahlreiche Rechtsinstitute bereit, die die Territorialität der Staaten und ein internationales System, das auf der Koexistenz territorial verfasster Einheiten beruht, stabilisieren. Die territoriale Souveränität der Staaten ist weiterhin ein grundlegendes Ordnungsprinzip des internationalen Systems.*

*(11) Das Völkerrecht als Wertordnung beinhaltet mit dem Gewaltverbot und den Menschenrechten grundlegende Pflichten, die die staatliche Territorialität überlagern. Unter anderem verlangen menschenrechtliche Refou-*

*lementverbote und das Verbot von Kollektivausweisungen die Gewährung von provisorischem Gebietszugang für Asylsuchende.*

*(12) Das Völkerrecht der Global Governance ist überwiegend funktional ausgerichtet, nicht territorial. Räumliche Ordnungsvorstellungen, die auf ein überstaatliches Gebiet bezogen sind, entwickelt auch diese Schicht des Völkerrechts nur in Ansätzen.*

*(13) Die Dynamik des Völkerrechts hat einerseits die entterritorialisierte öffentliche Gewalt Internationaler Organisationen hervorgebracht, andererseits hält es am staatlichen Territorium als maßgebliche Raumkategorie fest.*

#### *IV. Territorium und Territorialität im Unionsrecht*

*(14) Die EU hat einen Wandel vom Zweckverband funktionaler Integration zum Territorialverband durchlaufen.*

*(15) Die Territorialität der supranationalen Hoheitsgewalt tritt zu derjenigen der Mitgliedstaaten hinzu und verändert sie, ersetzt sie aber nicht.*

*(16) Das territorialverbandliche Verständnis der Union hat sich sukzessive in die verfassungsrechtlichen Grundlagen der EU eingeschrieben. Wichtige Daten der Geschichte der Territorialisierung der EU sind die sekundärrechtliche Definition ihres „Zollgebiets“ (1968), die Formel vom „Raum ohne Binnengrenzen“ als Definitionselement des Binnenmarkts (1986), das Projekt einer Wirtschafts- und Währungsunion, das auf die Etablierung und schrittweise Ausdehnung des „Euro-Währungsgebiets“ zielt (1992), und die Bündelung der Justiz- und Innenpolitik der EU zu einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ durch den Amsterdamer Vertrag (1997).*

*(17) Variable Territorialität ist ein Strukturmerkmal supranationaler Territorialisierung. Der Begriff bezeichnet eine partielle Inkongruenz der geographischen Ausdehnung politikfeld-spezifischer Teilräume. Ihre variable Territorialität schwächt den Anspruch der Union, einen einheitlichen Herrschaftsraum zu schaffen.*

*(18) Die geographische Ausdehnung eines Teilraums auf das gesamte Unionsgebiet, die dem in Art. 52 EUV definierten räumlichen Geltungsbe- reich der EU-Verträge entspricht, stellt den verfassungsrechtlichen Nor- malfall dar.*

*(19) Alle supranationalen Teilräume fügen sich in den einheitsstiftenden institutionellen Rahmen der Union ein. Die horizontale Kompetenzabgren- zung zwischen den Teilräumen ist verfassungsrechtlich determiniert und justiziabel.*

(20) *Hinsichtlich des externen Aspekts von Territorialität sind wesentliche Veränderungen im Bereich des Grenzpolizeirechts zu verzeichnen. Sie erweitern das traditionelle, warenverkehrsbezogene Grenzregime der EU um eine personenverkehrsbezogene Komponente.*

(21) *Der zentrale Gesetzgebungsakt des supranationalen Grenzregimes ist der Schengener Grenzkodex. An den Außengrenzen ist eine systematische Überwachung der Grenze und Kontrolle der Reisenden vorgeschrieben. Gewisse Einschätzungs- und Handlungsspielräume verbleiben den Mitgliedstaaten bei der Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen. Für die Behandlung von Asylsuchenden an der Grenze gilt ein flüchtlingsrechtliches Spezialregime.*

(22) *Mit der Grenzkodex-Verordnung hat die Union eine erschöpfende Regelung des Grenzregimes vorgenommen. Auf dem Feld der Kontrolle ihrer Staatsgrenzen dürfen die Mitgliedstaaten nur noch tätig werden, wo es im Grenzkodex vorgesehen ist oder vorausgesetzt wird. Nach dem Ende einer eigenständigen Zoll- und Handelspolitik haben sie auch beim grenzüberschreitenden Personenverkehr ihre Autonomie aufgegeben.*

(23) *Für die EU bedeutet die Schaffung eines supranationalen Grenzregimes einen Territorialisierungsschub, vor allem durch die symbolische Markierung einer porösen, aber klar lokalisierbaren Unterscheidung von Innen und Außen.*

#### *V. Das Zusammenwirken von territorialisierter und entterritorialisierter Hoheitsgewalt*

(24) *Die Koexistenz von Unionsgebiet und mitgliedstaatlichem Hoheitsgebiet weist formale Ähnlichkeiten mit dem Verhältnis von Unionsbürgerschaft und nationaler Staatsbürgerschaft auf. Es existiert kein unionsunmittelbares Territorium; das Unionsgebiet ist akzessorisch zu mitgliedstaatlichem Territorium.*

(25) *Die multiple Territorialität im Verbund von Union und Mitgliedstaaten unterstreicht den föderalen Charakter der EU.*

(26) *Auf praktisch allen Politikfeldern sind drei Hoheitsebenen tätig, die miteinander interagieren: staatliche, supranationale und internationale. Aufgrund der institutionellen Fragmentierung von internationaler öffentlicher Gewalt existiert aber nicht ein einziges, globales Mehrebenensystem, sondern ein Ensemble sektoraler Mehrebenensysteme.*

(27) *Die Schaffung sektoraler Mehrebenensysteme stellt sich aus der Perspektive der Staaten als eine Relativierung staatlicher Territorialität dar. Die Autonomie der überstaatlichen Hoheitsebenen ist ihrerseits relativ, denn sowohl die nichtterritoriale Gewalt Internationaler Organisationen*

*als auch die neoterritoriale Unionsgewalt benötigen die staatliche Ebene, um Herrschaft ausüben zu können.*

*(28) Die grundlegende Struktur des öffentlichen Rechts im Zeitalter der Globalisierung besteht in der Ausbildung von sektoralen Mehrebenensystemen, die an ihrer „lokalen“ Basis in territorialen Einheiten organisiert sind, an ihrer „globalen“ Spitze dagegen funktional. Im europäischen Kontext tritt vermittelnd die supranationale Ebene hinzu, auf der territorialisierte und in einem Hoheitsträger gebündelte Hoheitsgewalt ausgeübt wird, die zugleich aber stärker funktional binnendifferenziert ist als die mitgliedstaatliche Ebene, auch in räumlicher Hinsicht.*

*(29) Als dogmatische Konsequenz aus der Neo-Territorialität der EU ist zu diskutieren, welche Rechte und Pflichten, die das Völkergewohnheitsrecht an das Tatbestandsmerkmal „Gebiet“ knüpft, auf die EU übertragbar sind.*

*(30) In theoretischer Hinsicht bedarf die personale Dimension der Entterritorialisierung weiterer Erforschung. Klärungsbedürftig sind insbesondere der systematische Ort individueller Rechte im Ensemble der sektoralen Mehrebenensysteme und das Verhältnis von Demokratisierung und Territorialisierung.*

*(31) Für eine normative Gesamtbewertung der Entterritorialisierung müssten die historischen Rationalitätsgewinne territorialisierter Herrschaft abgeglichen werden mit den wirtschaftlichen und kulturellen Gegebenheiten des 21. Jahrhunderts, unter denen die Vorstellung, effektive Steuerung sozialer Prozesse könnte im nationalräumlichen Maßstab erreicht werden, unrealistisch und damit normativ defizitär erscheint.*



### 3. Aussprache und Schlussworte

## **Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts**

Diskussionsleitung: Matthias Jestaedt

**Matthias Jestaedt:** Liebe Kolleginnen und Kollegen, Sie sind herzlich eingeladen, Platz zu nehmen. Wir haben die große Zahl von 20 Wortmeldungen.

**Norman Weiß:** „Die Epoche der Staatlichkeit geht jetzt zu Ende“ hat Carl Schmitt 1963 geschrieben und Ernst Forsthoff analysierte 1971 den „Staat der Industriegesellschaft“ als auf Abwegen befindlich. Damit ist – wenn auch in einer besonders pessimistischen Ausprägung – ein Thema angesprochen, mit dem wir uns immer noch beschäftigen: der Wandel der Staatlichkeit. Als Staatsrechtslehrer beobachten und kommentieren wir dies mit Interesse, aber natürlich auch mit einer gewissen Sorge, ob uns nicht vielleicht der Gegenstand abhandenkommt und heute bestand nun die Gefahr, dass uns der Boden unter den Füßen weggezogen werden könnte. Aber ich glaube, beide Referenten haben in ihren Vorträgen gezeigt, dass diese Gefahr zumindest noch nicht besteht. Beide haben, wenn auch in unterschiedlicher Art und Weise und Intensität, an die Ausübung hoheitlicher Gewalt angeknüpft, was mir ein sehr wichtiger Punkt zu sein scheint. Denn er ist greifbar und eben ein Vorgang in der Wirklichkeit – um einen Begriff von Frau *Schmalenbach* aufzugreifen, den ich sonst eher schwierig erkennen konnte. Sie haben sehr eindrücklich von soziogeografischen Globalisierungsprozessen gesprochen und spontan habe ich überlegt: Wessen Wirklichkeit ist das eigentlich? Wer wird davon betroffen? Inwieweit ist das ein gesellschaftlich breiter relevanter Vorgang und was heißt das dann für das Recht? Es gibt in vielen Wissenschaften einen Trend, die Epoche des starken Nationalstaats zu verkürzen, in gewisser Weise auch kleinzureden. Gleichzeitig sehe ich darin ein gewisses Problem insofern damit vielleicht verbunden ist, dass wir auch die Errungenschaften des Nationalstaats vergessen, also Rechtseinheit und die Bedeutung einer *res publica* im positiven Sinne und ich würde mich insofern dem Plädoyer für die Sicherung von Modernisierungsgewinnen, wie sie auch Herr *Bast* in

seiner These (31) anspricht, nachdrücklich anschließen. Die Gefahr eines fragmentierten Rechts, die Rückkehr zur Figur des Privilegs, schien mir doch auch gerade bei den Ausführungen von Frau *Schmalenbach* durchzuscheinen und wenn man es überspitzt formulieren wollte: Wäre Recht dann vielleicht die Magd der kapitalistischen Wirtschaft zu Lasten von Gesamtgesellschaften? Besteht diese Gefahr, wie würden Sie das einschätzen? Und zum Schluss: Ich glaube es ist wichtig, dass wir die Akzeptanz nach innen wie nach außen im Blick behalten. Frau *Schmalenbach*, Sie sprechen das in These (14) und (15) an. Dass der proklamierte Regelungsanspruch nach außen durchaus auf Gegendruck stoßen kann, um es so zu formulieren – auch Herr *Bast* in seiner These (30) geht auf diesen Punkt ein, wenn er von demokratietheoretischen Problemen spricht. Abschließend gebe ich zu bedenken, dass Staaten wie Russland und die Türkei, aber auch Großbritannien, vielleicht doch für eine Renaissance von Staatlichkeit plädieren oder optieren. Und könnte es nicht sein, dass wir uns in Zentraleuropa, in Deutschland allzumal, vielleicht mit einem positiv überhöhten Narrativ selbst vergewissern wollen und der Boden, auf dem wir stehen, vielleicht doch unsicherer ist, als wir meinen? Herzlichen Dank.

**Alexander Proelß:** Ganz herzlichen Dank für zwei, wie ich finde, ausgezeichnete und inspirierende Referate. Beiden, glaube ich, lag ein Verständnis von Entterritorialisierung zugrunde, das man verstehen kann, so hat es *Jürgen Bast* formuliert, im Sinne der Entkoppelung von Hoheitsgewalt und eigenem Staatsgebiet. Mir ging durch den Kopf, ob wir nicht, jedenfalls mittel- und langfristig, noch früher ansetzen und fragen müssen: Gibt es nicht nur eine Entterritorialisierung des Rechts, sondern auch eine Entterritorialisierung des Konzepts des Staates? *Kirsten Schmalenbach* hat dies ganz am Ende ihres Vortrags angedeutet, im Hinblick auf den Klimawandel und Meeresspiegelanstieg. Natürlich sind dies keine Themen, die Deutschland, Österreich und die Schweiz unmittelbar betreffen; denken wir aber an die daraus potentiell resultierenden Migrationsströme – hier besteht ein Zusammenhang mit den Themen des gestrigen Tages –, dann mag eine mittelbare Betroffenheit sehr wohl in Rede stehen. Ist es also vorstellbar, dass es einen Staat gibt ohne Territorium? Die internationale Diskussion dieser Frage hat gerade erst begonnen und die herrschende Meinung neigt dazu, den Versuch zu unternehmen, über Rechtsfiktionen von Staatlichkeit nachzudenken, jedenfalls aber nicht die Konsequenz zu ziehen, dass aus dem faktischen Untergang eines Staates automatisch sein normativer Untergang folgt. Und ich frage mich, ohne dies zum jetzigen Zeitpunkt beantworten zu können: Wie können wir dieses Phänomen erklären? Helfen funktionelle Überlegungen weiter? Kann insoweit ein Denken im Mehrebenensystem, wie *Jürgen Bast* das vorgeschlagen hat, in Ansatz gebracht werden? Es gibt

ausreichend Akteure, so ist gesagt worden, die unzweifelhaft über Völkerrechtssubjektivität verfügen, aber nicht territorial gebunden sind. Können wir insoweit Analogien bilden, oder ist das nicht möglich, weil uns der zentrale Anker des gesamten Völkerrechts, nämlich das Territorialitätsprinzip, wegbricht? Vielen Dank.

**Heiko Sauer:** Beide auch für mich wirklich sehr anregenden Referate haben sehr deutlich gemacht, dass Territorium und Territorialität ganz unterschiedliche Funktionen übernehmen können, und mir ist auch erst dabei klar geworden, dass die übergreifende Frage nach der Entterritorialisierung dadurch gerade ihre Schwierigkeit gewinnt. Ich möchte zu drei der möglichen Funktionen kurz kommen und daraus zwei Fragen ableiten. Klassisch und gewissermaßen relativ anspruchslos könnte man sagen: Im Sinne der Gebietshoheit bestimmt das Territorium den Anwendungsbereich einer Rechtsordnung. Wenn man das zu Grunde legt, so würde ich sagen, die EU war immer territorial, weil sie sozusagen ein gespiegeltes Gebiet von ihren Mitgliedstaaten hatte. Deshalb wäre an dieser Stelle meine erste Rückfrage an Frau *Schmalenbach*: Könnten Sie noch einmal erklären, was Sie genau mit „supraterritorial“ in diesem Kontext meinen?

Die zweite mögliche Funktion, auch ganz klassisch, ist die Herrschaftsbegrenzung in der Koordinierung der Herrschaftsgewalten unterschiedlicher Staaten im Völkerrecht. Ich glaube, das Problem an der EGMR-Rechtsprechung zu Artikel 1 EMRK – und hier möchte ich Frau *Schmalenbach* ausdrücklich zustimmen – liegt darin, dass die herrschaftsbegrenzende Funktion von Territorialität in einem Kontext erscheint, wo sie aus meiner Sicht nicht hinpasst, weil es eben hier um Herrschaftsbegrenzung der Hoheitsausübung nicht im Verhältnis zwischen Staaten, sondern im Verhältnis zu einem Individuum geht. Und da meine ich, dass man schlecht bei einer Menschenrechtsverletzung sagen kann, es ist aber eben kein Akt, der territorial gebunden ist. Da würde ich Ihnen zustimmen und wahrscheinlich sogar noch ein Stück weiter gehen als Sie.

Der dritte Punkt oder die dritte mögliche Funktion, und jetzt komme ich zu *Jürgen Bast*, wäre, wenn ich es richtig verstanden habe, eine Konstituierung von Räumen, vielleicht auch ein Stück weit, so glaubte ich jedenfalls herausgehört zu haben, auch im Sinne einer Output-Legitimation von Herrschaftsgewalt. Das hat mich durchaus überzeugt und sehr angeregt. Hier eine nur ganz bescheidene Nachfrage: Würdest Du mir darin zustimmen, dass das jedenfalls etwas ganz Neues, konzeptionell Neues und Anderes gegenüber dem ist, was wir bislang, jedenfalls in der Rechtswissenschaft, verstanden haben unter dem Begriff der Territorialität? Das soll gar nicht subkutan eine Kritik sein, sondern es geht wirklich darum, dass mir das

noch einmal klar wird, dass Du hier begrifflich und auch konzeptionell etwas ganz Neues – und Anregendes – geprägt hast. Vielen Dank.

**Andreas Haratsch:** Vielen Dank zunächst an beide Referenten für die klugen Einsichten in beiden Referaten. Meine Frage schließt unmittelbar an die von *Heiko Sauer* an. Und zwar geht es um den Begriff der Supraterritorialität, den *Kirsten Schmalenbach* geprägt hat und den ich wirklich sehr gelungen finde. Ich finde die Begriffsbildung sehr, sehr gut. Die Frage ist nur, was genau man mit diesem Begriff verbindet. Und ich habe da meine Zweifel, ob das stimmen kann, wenn man sagt, die Europäische Union sei nicht territorial. Ich glaube schon, dass sie über eine gewisse eigene Territorialität verfügt, wie auch *Jürgen Bast* es ausgeführt hat. Man muss bedenken, glaube ich, dass natürlich auch die supranationale Hoheitsgewalt der Europäischen Union eben mehr ist als die Summe der mitgliedstaatlichen Hoheitsgewalten. Sie ist etwas Neues, etwas Eigenes. Und das gilt, glaube ich, auch in Bezug auf das Gebiet der Europäischen Union. Auch hier ist die unionale Territorialität etwas Eigenes, das über die bloße Aggregation der nationalen Territorien hinausgeht. Ich glaube, das muss man doch zur Kenntnis nehmen. Ich weiß, dass der Charakter des Gebiets schwierig zu bestimmen ist. Man könnte vielleicht davon sprechen, dass es einen gewissen „oszillierenden Charakter“ hat. Es ist mal Staatsgebiet, ein andermal ist es aber Unionsgebiet. Und was es genau ist, lässt sich im Einzelfall vielleicht gar nicht so genau bestimmen. Es ist eben beides. Und wenn man einen anderen Vergleich aus der Physik bemühen will, ist es vielleicht wie beim Licht. Niemand weiß, ob es Welle ist oder ob es Teilchen sind. Und so kann es auch beim Gebiet sein. Man weiß nicht, ob es nun Staatsgebiet oder Gebiet der Europäischen Union ist. Vielleicht ist es beides, vielleicht auch nur eins von beiden. – Und abschließend, wenn es mir erlaubt ist, noch eine kurze Bemerkung zum Brexit und dem Versuch der Briten, sich in irgendeiner Weise vom Kontinent und dessen Einflüssen zu lösen: Wahrscheinlich werden die Briten erkennen müssen: „You are in Europe and there is no cure for that“. Danke.

**Georg Ress:** Wenn von Entterritorialisierung, auch des Staates, die Rede ist, dann gewinnen ganz andere Begriffe, wie Subjektivität, Zuordnung, Verantwortung in Bezug auf Ausübung von Hoheitsgewalt eine zentrale Bedeutung. Das heißt, die Behandlung des Problems verschiebt sich auf eine andere Ebene. Wir kommen in ähnliche Begriffsbildungen dann, wie sie uns im IPR vertraut sind: Wo ist der Anknüpfungspunkt? Welche Nähe ist erforderlich? Gibt es freie Rechtswahl auch im Öffentlichen Recht, wie wir sie aus dem Privatrecht kennen? Alle diese Fragen treten in den Vordergrund. Es ist eine Art „IPRisierung“ des Völkerrechts, die wir hier

mit dieser Diskussion eröffnen, oder anders gesagt: der Rückfall aus den Errungenschaften des Westfälischen Friedens in das mittelalterliche System personeller Abhängigkeiten bei der Gestaltung der Hoheitsgewalt. Das war meine allgemeine Bemerkung, eigentlich zu beiden Referaten.

Dann möchte ich einen weiteren zentralen Punkt aufgreifen, den Frau *Schmalenbach* bei den Menschenrechten diskutiert hat, indem sie an das Urteil des EGMR im Fall *Bankovic* anknüpfte, an dem ich selbst mitgewirkt habe. Sie werden verstehen, dass ich die Linie dieses Urteils hier verteidige. Dieses Urteil hat die Jurisdiktionsbefugnis des Straßburger Gerichtshofs an die effektive territoriale Kontrolle angeknüpft. Man muss den Hintergrund sehen. Wie kann ein Staat Jurisdiktionsgewalt ausüben, ohne die Fähigkeit und Befugnis zu haben, in dem betroffenen Gebiet Beweise zu erheben, um entscheiden zu können, ob eine Menschenrechtsverletzung vorliegt? In der Sektion des Gerichtshofs, der ich vorsah, sind oft Beweisbeschlüsse gefasst worden und Richter zur Beweiserhebung in Vertragsstaaten entsandt worden. Die Konventionsstaaten sind verpflichtet, den EGMR bei Beweiserhebungen in jeder Hinsicht zu unterstützen. Und die Befugnis zur Beweiserhebung gehört zu den Kernelementen eines fairen rechtsstaatlichen Verfahrens. Der Staat, in dem die EMRK-Verletzung seinerzeit begangen worden sein sollte, war Serbien, das damals kein Vertragsstaat war. Der Gerichtshof war völlig außerstande, Beweise in diesem Territorium zu erheben und die genaue Verantwortlichkeit festzustellen. Ich habe es für völlig zutreffend gehalten, dass der Gerichtshof damals den Begriff seiner eigenen Jurisdiktionsbefugnis eng ausgelegt hat und insofern auch, wie Sie richtig bemerkt haben, einen Unterschied zu der Kontrolle aufgrund des UN-Menschenrechtspakts über bürgerliche und politische Rechte etabliert hat. Das ist eine universelle Ordnung, während der Europäische Menschenrechtsschutz begrenzt ist auf die europäischen Vertragsstaaten und, aus dem Prinzip der Beweiserhebungsmöglichkeit heraus, auch in einer begrenzten Jurisdiktion operiert. Vielen Dank.

**Markus Kotzur:** Die beiden vorzüglichen Referate haben uns vor Augen gehalten, dass Entterritorialisierung und Pluralisierung von Recht letztendlich zwei Seiten ein und derselben Medaille sind. Was beide verbindet, ist der *Exklusivitätsverlust*. Vielleicht ist es kein semantischer Zufall, dass im Englischen „territorial state“ und „real estate“ einen Zusammenklang bilden und wir mit dem Territorium fast schon an die Ausschließlichkeit von Eigentum erinnert werden. Ausschließlichkeitsbeziehungen helfen, Konflikte zu vermeiden. Wo es diese Ausschließlichkeitsbeziehungen nicht mehr gibt, mögen neue Konflikte entstehen. Frau *Schmalenbach* hat das wunderbar geschildert. Der Staat öffnet sich für fremdgesetztes Recht, in das er nun vertrauen muss, aber das verunsichert, da Vertrauen zwar gut,

Kontrolle aber bekanntlich besser ist. Und umgekehrt versuchen der Staat oder die Europäische Union als Akteur im internationalen Raum aufzutreten und Gestaltungsmacht zu beanspruchen, beispielsweise über die Regulierung der sogenannten „global commons“. Meine Frage ist, wie angesichts solcher Exklusivitätsverluste eine neue Ordnung konfliktvermeidend wirken kann? Frau *Schmalenbach* hat angedeutet, und hier kann ich auch an Herrn *Ress* anknüpfen, dass es darum gehe, neue Nähebeziehungen zu konstruieren. Wir brauchen sozusagen „new genuin links“. An welche neuen Nähebeziehungen könnte man denken und welche Rolle spielt bei diesen neuen Nähebeziehungen das Territorium? Müssen wir uns vielleicht so eine Art Abwägungssystematik, eine Verhältnismäßigkeitslehre ausdenken und überlegen, an welche Nähebeziehungen wir anknüpfen können, welche Nähebeziehungen stärker wiegen, welche Nähebeziehungen eine schwächere Kraft entfalten mögen? Die „Internationales-Privatrechtisierung“ des Völkerrechts ist diesbezüglich vielleicht ein ganz gelungener Begriff. Und erlauben Sie mir als Bayreuther Gewächs zum Abschluss einen vielleicht tröstlichen Hinweis: Sie wissen, dass auf dem Bayreuther Grünen Hügel bekanntlich die reinen Toren zuhause sind. Anders als diese müssen wir bei unserer Fragestellung wenigstens nicht darüber nachdenken, ob zum Raum die Zeit wird. Vielen Dank.

**Friedrich Schoch:** Die beiden ganz hervorragenden Referate haben, was ich für sehr verdienstvoll erachte, die „Bodenhaftung“ nicht verloren. Das heißt, mit Blick auf die Ausübung von Hoheitsgewalt ist der Bezug zu Territorien nicht etwa einem Abgesang anheimgefallen. Die Referenten haben Verschiebungen und Veränderungen der Herrschaftsbetätigung beschrieben. Der Punkt, auf den ich das Augenmerk lenken möchte, lautet: Hat das nicht Rückkoppelungen auf die Ausübung von Hoheitsgewalt, genauer: auf den funktionalen Zusammenhang zwischen der Entterritorialisierung und der Ausübung von Hoheitsgewalt? Hinter der Frage steht die klassische Drei-Elemente-Lehre. Geht man so an die Thematik heran, kann nach dem, was uns in den Referaten präsentiert worden ist, „Entterritorialisierung“ auch und vor allem gedeutet werden als eine Freisetzung vormals limitierter Herrschaftsansprüche, als unlimitierte Kompetenzausübung und entgrenzte Hoheitsgewalt, und zwar bezogen auf Hegemonialmächte. Bei dieser Perspektive können wir eine Gewinnergeschichte erzählen, und wir können eine Verlustliste aufstellen. Entterritorialisierung führt zu einem Zuwachs an politischer Macht derjenigen Entitäten, vor allem Staaten, die entsprechend mächtig agieren können. Meine erste Frage an die beiden Referenten: Führt dies nicht zu einem veränderten Verständnis von „Recht“? Sie haben sehr sympathisch mitteleuropäisch – Österreich, Schweiz, Deutschland – argumentiert, indem „Recht“ als Grenze für die Kompetenzausübung fun-

giert. Der juristische Begriff „Kompetenz“ steht für den politischen Begriff „Macht“. Vor diesem Hintergrund stellen wir fest, die USA nehmen, um ein einfaches Beispiel zu nennen, irgendeine Berührung mit dem eigenen Territorium an, um etwa im Bereich des Sportrechts zu sagen, dies ist „Korruption“ gewesen, das ist „Doping“ gewesen, also verfolgen wir das jeweilige Vergehen; dafür reicht augenscheinlich irgendein kleiner Bezug zum eigenen Territorium. Diese Erzählung könnte man weiter betreiben bis hin zu dem genannten Beispiel „Einsatz von Drohnen“. Auf der anderen Seite steht die Verlustrechnung. Haben wir im Rahmen der Entterritorialisierung also nicht ein neues Verständnis von der Funktion des „Rechts“ zu gewärtigen? Dienen Kompetenzen auch noch der Machtbegrenzung oder erlangen sie eine eher instrumentelle Funktion zur Durchsetzung von Interessen? Das können sich „Globalplayer“ offenbar erlauben. Ein zweites Beispiel betrifft China, das nicht erwähnt worden ist. Die Aktivitäten im Südchinesischen Meer und das Ignorieren von Gerichtsentscheidungen durch China sind ein weiterer Indikator, der in die angesprochene Richtung zeigt. Müssen wir an diesem Punkt nicht ganz neu ansetzen? Meine Frage ist, was hat das Völkerrecht anzubieten? Frau *Schmalenbach* spricht in These (15) von „Lösungsansätzen auf Basis eines breiten völkerrechtlichen Konsenses“. Dazu verweise ich nur auf die Lage im UN-Sicherheitsrat. In These (21) wird es etwas realitätsgerechter formuliert: funktionale Anpassung des Rechts, die den Wirklichkeitsbedingungen einer globalisierten Welt geschuldet ist. Im Grunde sehe ich eine Art Schisma im „entterritorialisierten Recht“. Ein letzter Gedanke: Was bleibt den Entitäten, die bei den „Globalplayern“ wenigstens noch mitspielen können, zu tun? Nehmen wir die Europäische Union. Regelungen der Datenschutzgrundverordnung, etwa das Einbeziehen des grenzüberschreitenden Datenverkehrs, können als die Wahrnehmung von Schutzpflichten gedeutet werden. Warum ist das so? Nun kommt der Bezug zu den Unionsbürgern zum Tragen, jetzt gerät das Gebiet der EU, dem sich Herr *Bast* gewidmet hat, in den Blick. Die EU schützt ihre Bürger. „Schutzpflicht“ ist nicht nur ein Begriff des nationalen Rechts, er ist auch dem Europarecht geläufig. Nur stichwortartig sei noch auf das Agieren der Union gegenüber Google oder jüngst gegenüber Apple wegen Steuerprivilegien in Irland hingewiesen. Es geht im „Fall Apple“ – innerhalb der westlichen Hemisphäre – zum Schutz des EU-Beihilferegimes um die Wahrung der Gleichbehandlung im Steuerrecht. Die US-Amerikaner sind sofort in die Offensive gegangen, weil die Durchsetzung von Machtansprüchen US-amerikanischer Politik gefährdet ist. Der Reflex der EU galt dem Schutz der eigenen Rechtsordnung. Vielen Dank!

**Pascale Cancik:** Meine Frage knüpft an an *Jürgen Bast*, könnte aber, glaube ich, gut und gerne von beiden Referent\*innen aufgegriffen wer-

den, weil ja beide, dankenswerterweise, raumsoziologische Begrifflichkeiten und raumsoziologische Erkenntnisse aufgegriffen haben. Herr *Bast* hat formuliert, ein „spatial turn“ in der Rechtswissenschaft sei noch nicht erkennbar und das provoziert natürlich so ein bisschen die Frage: Bräuchte es denn einen und was würde er ändern? Mein Eindruck von der Raumsoziologie ist, dass sie uns bereichert hat mit Blick auf die begriffliche Erfassung von Veränderungen, wir können also historische Prozesse sehr gut damit beschreiben, wenn wir uns etwa Herrschaftsbeziehungen ansehen und Veränderungen deutlich machen wollen. Als Beispiel: Die Zeit, für die eben gesagt wurde, es habe überhaupt keine effektive Staatsgrenzenabsicherung gegeben, ist vielleicht gerade die Zeit, in der es sehr effektive Stadtgrenzenabsicherungen gibt. Die Raumsoziologie macht uns außerdem Raumkonstrukteure erkennbar, also auch die begrenzten Teilnehmergruppen an einer Raumkonstruktion, *Norman Weiß* hat das eben mit angesprochen: Wer ist eigentlich Teilnehmer in welchem Raum? Die Raumsoziologie relativiert zudem Recht als einen, aber eben nicht den einzigen Modus von Raumkonstruktion. Das ist auch ein Gewinn der Raumsoziologie. Sie ermöglicht, glaube ich, die konzeptionelle Einbindung von mehr oder weniger massiven Implementationsdefiziten von Territorialität und/oder Hoheitsgewalt, eine Erkenntnis, die wir aus der Rechtssoziologie ja auch sonst bekommen. Und das ist viel, das will ich gar nicht bestreiten. Aber meine Frage wäre, ob es darüber hinaus eigentlich weitere Gewinne gibt, also ein Bedürfnis für einen „spatial turn“, gerade in der Rechtswissenschaft? Vielen Dank.

**Viola Schmid:** Frau *Schmalenbach*, enthusiastisch geklatscht habe ich zu Ihrem Vortrag mit Ausnahme des letzten Satzes „Your are on earth, there is no cure for that.“ Zum einen, weil ich an einer Technischen Universität ein Umfeld habe, das mir „legality by design“ proaktiv abverlangt – also Vorschläge für die „cure“. Zum anderen bin ich nicht so sicher, ob diese Perspektive – „you are on earth“ – wirklich zukunftsgerichtet ist. Bleiben wir auf der Erde? Insoweit will ich mit Ihnen eine Erfahrung des Samstags vor einem Monat teilen: Johann-Dietrich Wörner, der Direktor der ESA (European Space Agency), organisiert ein Bürgermeeting in 22 Staaten mit jeweils 100 ausgesuchten Bürgern und Bürgerinnen. Er befragt sie zu Spezialitäten des Weltraumvölkerrechts unter Angabe der Quelle („Weltraumvertrag von 1967“) und insbesondere nach der Nutzung von „Weltraumschätzen“ ohne Aneignung. Die Fragenblöcke sind nachlesbar im Internet ([http://www.citizensdebate.space/de\\_DE/home](http://www.citizensdebate.space/de_DE/home) [2.11.2016]). Des Weiteren lässt er uns zu folgendem Szenario im Wege eines „open innovation“-Prozesses Input geben: Ich soll in der Gruppenarbeit begründen, wie ich einen Satelliten, wäre er mir zu einem bestimmten Anteil (zeitlich) privat zur



Verfügung gestellt, nutzen würde. Die Infrastruktur, Frau *Schmalenbach*, für die virtuelle Kontrolle und die „Datenorganisationen“ (in meiner Terminologie – statt „Datensammlungen“ in Ihrer Terminologie) auch für die von Ihnen genannten Drohnen, ist im Weltraum. Deswegen meine Frage: Wenn virtuelle Kontrolle und „Datenorganisationen“ – folgend Ihrem Beitrag – Eingang in den Dogmatik- und Methodenkanon der Rechtswissenschaft finden, bedarf es dann nicht nur einer globalen, sondern auch einer universellen Perspektive unter Einbeziehung neuer Akteure? Neue Akteure sind – wie ich sie nenne – die „Staatsäquivalenzaspiranten“. Ein Prototyp könnte Facebook sein, das als „cure“ für den traditionellen Staat Angebote wie „interactive policing“ und „predictive policing“ ermöglichen könnte. Justizminister Maas, gestern in einem Interview bei Frau Maischberger, verlangt von diesen – von mir so genannten – „Staatsäquivalenzaspiranten“ auch, dass sie Hassrede unterdrücken. Deswegen zusammenführend und schlussendlich: Wenn Sie die Zeit und den Platz gehabt hätten, würden Sie dann Ihren Vortrag vielleicht um die Weltraumkomponente und um die neuen Akteure ergänzt haben wollen? Danke.

**Thilo Marauhn:** Vielen Dank erst einmal für die Durchdringung der Entterritorialisierung des Rechts, die Beschreibung verschiedener Phänomene und deren Systematisierung. Das ist, glaube ich, der erste Schritt. Wir müssten aber eigentlich noch einen weiteren Schritt gehen, der in beiden Referaten, von Herrn *Schoch* vorhin und der gestern Vormittag von *Franz Reimer* angesprochen wurde. Gemeint ist die Machtfrage: Wer darf das eigentlich? Wer ist legitimiert, diese Entterritorialisierung des Rechts voranzutreiben? Handelt es sich dabei um die Arroganz der Macht des globalen Nordens, der, Frau *Schmalenbach* hat das in These (14) und (15) angesprochen, vielleicht sein Recht den anderen überstülpt und das nicht nur extraterritorial tut, sondern auch im Wege von „International Public Authority“. Wer sitzt denn eigentlich dort und macht die Standards? Wer entscheidet denn zu wessen Gunsten? Ist tatsächlich diese Form der Entterritorialisierung des Rechts geeignet, die Entterritorialisierung der Ausübung von Hoheitsgewalt wieder einzufangen, sie zurückzubinden an Legitimationskriterien, an demokratische oder rechtsstaatliche Legitimationskriterien, oder ist es tatsächlich die Arroganz der Macht, die daraus spricht? Ich glaube, diese Frage müssen wir als Juristinnen und Juristen und insbesondere als Mitglieder dieser Vereinigung beantworten. Wir können uns nicht damit zufrieden geben, ein Phänomen zu beschreiben, zu systematisieren und hinterher nur zu betrachten, sondern wir müssen tatsächlich auch die politische Frage, die sich daran anschließt, beantworten. Das bringt mich zu zwei konkreten Nachfragen: *Kirsten*, in These (18) formulierst Du, dass das Anknüpfen an die Territorialität für bestimmte Fragen der Menschen-

rechtsgeltung willkürlich sei. Das würde ich doch hinterfragen wollen. Wo ist da das Willkürelement? Ist Territorialität ein willkürliches Element der Geltung von Menschenrechten? Und, wenn wir den Cyberspace oder Menschenrechte im Cyberspace einfangen wollen, ist dann nicht gerade die Territorialität ein entscheidendes Merkmal? Warum diskutieren deutsche und US-amerikanische Juristen darüber, wie man mit den Anlandungspunkten von Unterseekabeln umgeht? Weil dort ein konkreter Zugriffspunkt liegt, an dem man vielleicht über den Cyberspace nicht nur Hoheitsgewalt ausüben, sondern auch eine Rückbindung menschenrechtlicher Art ansetzen kann. *Jürgen*, bei Dir die Rückfrage noch mal nach der demokratischen Legitimation, die in These (30) angesprochen worden ist: Müsste man das nicht normativ stärker einfangen, vielleicht auch mit einer Rückbindung an bestimmte Standards des geltenden Rechts? Danke.

**Oliver Lepsius:** Mich haben beide Referate beeindruckt durch die Beschreibung der Normalität, mit der Entterritorialisierung ein Alltagsphänomen geworden ist und mich haben sie beruhigt mit der Aussage, dass wir uns über dieses Phänomen eigentlich keine Sorgen machen müssen, angesichts der vielen Beschreibungsversuche und Konzeptionalisierungsmöglichkeiten, wie man damit umgehen kann. Nachdem ich so bereichert und beruhigt war, habe ich mir dann aber die Frage gestellt, ob das Phänomen „Entterritorialisierung“ überhaupt ein Problem ist oder ob wir uns durch die Suggestivkraft des Begriffs vielleicht in eine subkutane Angst hineindenken, die wir gar nicht zu haben brauchen. Denn Entterritorialisierung *des* Rechts kann doch gar kein Problem sein. Zivilrechtliche Kollegen würden über diese Fragestellung eher lächeln. Für strafrechtliche Kollegen ist das angesichts des Weltrechtsprinzips wohl auch kein Thema. Inwiefern ist es dann überhaupt ein öffentlich-rechtliches Thema? Ist es ein Phänomen, das zum Problem wird? Oder sollten wir das Thema vielleicht ganz unproblematisch wahrnehmen? Und ich fragte mich dann: Was ist eigentlich der Beschreibungsmehrwert, den Raum und Territorium für Staatsrechtslehrer erbringen? Im Grunde handelt es sich doch um nichts anderes als ein Zuständigkeitsproblem. Hinter dem Begriff des Territoriums steckt eine Kategorie, die Zuständigkeit vermittelt. War da noch mehr? Wenn wir die ganze Frage einmal alternativ durchdenken, aus der Perspektive der Zuständigkeit, dann sind alle Phänomene der Überlappung, Konkurrenz usw. schon relativ vertraute Fragen, denn im Bundesstaat haben wir es laufend mit überlappenden Zuständigkeiten zu tun. Und wir sind dann umso mehr auch wieder beruhigt, als Zuständigkeit ja keinesfalls nur am Raum anknüpft, am Territorium, sondern es alternative zuständigkeitseröffnende Kriterien gibt, in erster Linie das Personalitätsprinzip. Der Träger von Rechten bringt auch immer eine Zuständigkeit mit. Wenn

ich jetzt hier als bayerischer Beamter stehe, dann ist die Personalhoheit des Freistaats Bayern in meiner Person ein Quäntchen auch nach Oberösterreich gewandert. – Ich hoffe nur, dass der Freistaat davon jetzt keinen Gebrauch macht. – Über das Personalitätsprinzip entstehen auch Zuständigkeitskonflikte, die wiederum mit dem Territorialitätsprinzip konkurrieren. Das sind im Grunde alles vertraute Phänomene und unsere Referenten haben das ja nun für die völkerrechtliche und unionsrechtliche Ebene wunderbar beschrieben. Wir sollten also vielleicht fragen, ob wir nicht mit konventionellen Kategorien einen höheren Beschreibungswert kriegen, als mit modischen oder völkerrechtlichen. Denn Territorialität scheint doch in erster Linie etwas zu sein, was über das Völkerrecht zu mehr Problemen führt als es für das öffentliche Recht eigentlich notwendig ist. Insofern darf ich anmerken, dass die Frage, die der Vorstand uns aufgegeben hat, falsch gestellt ist und man statt „Anstöße des Völkerrechts“ vielleicht „Anstöße des Staats- und Verwaltungsrechts an das Völkerrecht“ sagen sollte, oder Anstöße des Unionsrechts an das Völkerrecht und damit eine Zuständigkeitsvielfalt herstellen, die jedenfalls das „westfälische System“, das so gerne beschworen wird, noch kannte. Denn das Alte Reich, wie es durch das westfälische System konturiert wurde, knüpfte die Zuständigkeit nicht an Territorien, sondern es kannte Städte, die auf einem Bürgerstatus beruhen; es kannte Klöster, wir würden das heute vielleicht als Anstalt verallgemeinern; es kannte Reichsfreiherrn, also individuelle Rechtssubjekte und schließlich auch Territorien. Wenn das Völkerrecht die Kriterienvielfalt für die Zuständigkeit wiedererlangt, die wir im Alten Reich schon einmal hatten, wäre doch vieles kategorial einfacher. Der Fortschritt in unserer Vereinigung, meine Damen und Herren, mein letzter Satz, besteht häufig darin, dass falsch gestellte Fragen, die auf einer veralteten Begrifflichkeit basieren, von schlaun Referenten erfolgreich dekonstruiert werden.

**Matthias Jestaedt:** Das ist in der Tat das Grundprinzip dieser Vereinigung.

**Antje von Ungern-Sternberg:** Vorab ein Wort zu meinem Vorredner und zum Völkerrecht. Ich glaube, das Völkerrecht ist von innen betrachtet häufig differenzierter, als es vielleicht von außen betrachtet wahrgenommen wird. Meine eigentliche Frage betrifft aber These (20) von Frau *Schmalenbach*. Sie sagen, zu recht, wie ich finde, der EGMR sollte die Existenz ausgelagerter Herrschaft und entgrenzter Herrschaftsbeziehungen anerkennen, also in seiner Rechtsprechung anerkennen, dass die Grundrechtsbindung an Hoheitsgewalt geknüpft ist und theoretisch weltweit gilt. Und dann, so schließen Sie an, sollte man also „dem Stellenwert räumlicher Nähe und dem Ordnungswert von Territorialität für die Zwecke der Menschenrechte keine entscheidende Bedeutung mehr beimessen“. Diesem zweiten Halb-

satz würde ich doch widersprechen wollen. Ich glaube nämlich, dass, wenn man davon ausgeht, dass sich Menschenrechts- und Grundrechtsbindung prinzipiell weltweit erstrecken können, dies nur zu der Folgefrage führt, nach welchen Differenzierungskriterien denn die Reichweite der Menschen- und Grundrechtsbindung zu bestimmen ist. Und dass hierbei auch das Territorium eine ganz entscheidende Rolle spielt. Hierzu drei Beispiele: Zunächst wird es unmittelbar einleuchten, dass der deutsche Staat es leicht weltweit unterlassen kann zu foltern, dass es aber nicht sein kann und normativ auch nicht geboten ist, dass der deutsche Staat weltweit das menschenwürdige Existenzminimum eines jeden finanziert. Ein erstes Differenzierungskriterium könnte also beispielsweise darin bestehen, nach Unterlassenspflichten und Schutzpflichten zu unterscheiden – und das erfüllt ja dann auch das von *Heiko Sauer* schon angesprochene Kriterium, dass es hier nicht zu Schwierigkeiten bei der Abgrenzung mit Herrschaftssphären anderer Staaten kommt. Aber es gibt noch weitere Unterscheidungsmöglichkeiten. Wie ist das denn mit dem faktischen Zugriff: Wenn die Nachrichtendienste legitimerweise spähnen und Informationen erheben, können sie das im Inland leichter; dort haben sie leichtere Zugriffsmöglichkeiten als im Ausland. Darf man diese faktischen Gegebenheiten bei der Bemessung der Reichweite von Grundrechten, beispielsweise dem Grundrecht auf Privatsphäre oder der Kommunikationsfreiheit, berücksichtigen? Und ein drittes Beispiel: Gerade hier wurde ja gestern intensiv von bislang eindeutig territorial geprägten Grund- und Menschenrechten gesprochen, nämlich den Rechten, die viele Flüchtlinge, Asylsuchende erwerben, wenn sie erstmalig mit europäischem Grund und Boden oder dessen Außenposten, beispielsweise einem Grenzboot, in Kontakt geraten. Auch das Grund- oder das Menschenrecht, nicht ausgewiesen oder nicht abgeschoben, nicht ausgeliefert zu werden, ist ja eindeutig eines, was an eine irgend geartete Berührung mit dem Territorium geknüpft ist, während es andere Grund- und Menschenrechte geben mag, die völlig losgelöst vom territorialen Konzept, vom territorialen Nexus gedacht werden können, in der virtuellen Realität beispielsweise. Wenn Sie dazu Ausführungen machen könnten? Herzlichen Dank.

**Matthias Knauff:** Ich kann an einige Vorredner anknüpfen und fasse mich daher kurz. Das Problem der Entterritorialisierung in normativer Hinsicht wird in These (8) von *Kirsten Schmalenbach* meines Erachtens ganz richtig dargestellt. Für eine Entterritorialisierung steht die pluralistische Symbiose von privatautonom geschaffenen Normen, internationalem Recht und staatlichem Recht. Eine Symbiose empfindet man begrifflich tendenziell als etwas recht Positives. Das Zusammenwirken sollte man vielleicht etwas vorsichtiger formulieren, aber ich glaube nicht, dass die Einschätzung grundlegend falsch ist. Wichtig ist an dieser Stelle eine Ergänzung,

die von *Jürgen Bast* angesprochen wurde: Einzubeziehen ist auch das internationale soft law und ich würde zudem das europäische soft law ergänzen wollen. Diese Darstellung ist als Beschreibung aus meiner Sicht so richtig wie wichtig, aber lässt doch drei wichtige Fragen aus meiner Sicht noch zu beantworten und ich wäre gespannt auf die Statements nachher. Nämlich: 1. Wer steuert in so einem System eigentlich? 2. Wie lässt sich darin politische Verantwortlichkeit und damit – natürlich aus unserer Perspektive insbesondere auch demokratische – Verantwortlichkeit konstruieren? Und 3. stellt sich für mich ganz praktisch die Frage: Was gilt eigentlich im Einzelfall? Vielen Dank.

**Armin von Bogdandy:** Auch ich habe viel gelernt und glaube, dass das Thema sogar für die öffentliche Diskussion von Relevanz ist. Die Europäische Union ist in der großen Krise und das ist gerade auch eine Sinnkrise. Die Sinnkrise liegt unter anderem darin, dass große Teile der Bevölkerungen nicht in der Lage sind, sich zu imaginieren, womit sie konfrontiert sind. Seit über 20 Jahren beobachten wir nun den Versuch der Politik, diese Europäische Union dem Bürger dadurch näher zu bringen, dass man das Wort Raum nutzt: in den Verträgen, in öffentlichen Diskursen und so weiter. Wir haben uns dessen lange nicht wirklich angenommen. Frühe Versuche, sich dem wissenschaftlich zu nähern, bekamen in aller Regel den Carl Schmitt-Scheuerlappen um die Ohren und wurden mit den finstersten Vorschlägen deutscher öffentlich-rechtlicher Intellektualität verbunden. Darüber sind wir jetzt hinaus, das ist schon einmal ein großer Schritt.

Wir sehen weiter, dass der allein politische Diskurs es nicht schafft, die Raumidee wirklichkeitsmächtig werden zu lassen. Es braucht die wissenschaftliche und gerade auch die rechtswissenschaftliche Arbeit, damit solche Begriffe leisten, was die Politik von ihnen erhofft, nämlich bei dem Bürger Verständnis zu erzeugen.

Die Vorträge bieten nun in zwei zentralen Punkten gegensätzliche Verständnisse. Zum einen: Wie wollen wir Raum und Territorium denken: als ein Gefäß oder als Relationen? Das sind zwei mögliche Konzeptionalisierungen. Zum zweiten: Wie charakterisiert man damit die Union? Zu *Kirsten Schmalenbach*. Ich sehe eine Spannung zwischen These (9) und These (10). Laut These (9) ist dieser europäische Raum eine aggregierte Vielzahl funktional aufeinander bezogener Souveräne. Das klingt wie Kirchhofs Staatenverbund: Die Union selber taucht gar nicht auf. In der These (10) hingegen ist sie supraterritorial, hat eine eigene Qualität. Ich bitte zu erklären, ob die Konzeption über den Staatenverbund hinaus geht.

Zu *Jürgen Bast*. Wie weit sind wir mit dieser Gebietskörperschaft? Die Idee der Gebietskörperschaft ist stark. Aber trägt sie? Dazu zwei Fragen: 1. Wir haben einen anderen Begriff, in dem man versucht hat, Europa zu

imaginieren: Unionsbürger. Meine Frage: Sind wir mit der Territorialität der Union weiter als mit der Unionsbürgerschaft, die als Imagination von uns als Unionsbürger doch relativ schwach ist. Die zweite Frage: Wie sieht es mit dem Moment der Herrschaft aus? Territorialität meint konkrete Herrschaft. Übt die Union wirklich solche Herrschaft aus? Oder sehen wir nicht in der Rechtsstaatlichkeitskrise der Europäischen Union, dass solche Herrschaft gerade noch nicht besteht. Oder können wir die Krise so deuten, dass es um die Verwirklichung der Europäischen Union als Gebietskörperschaft geht?

**Frank Schorkopf:** Einige der Referate, die ich gestern und auch heute gehört habe, stehen in einem sehr eigentümlichen Verhältnis zu der Frage von Faktizität und Normativität. Bei Herrn *Krajewski* habe ich gestern in den letzten Sätzen, in meinen Worten zusammenfassend, gehört, dass der Staat gewisse Dinge nicht effektiv regeln könne und im Grunde genommen überstaatliche Konstellationen und Tatsachen hinnehmen müsse. Der Staat könne das Ganze allenfalls noch moderieren. Bei *Jürgen Bast* habe ich heute mit These (31) Ähnliches bezogen auf den Nationalstaat gehört. Er ist aber positiver in Bezug auf die Europäische Union. Ich habe im Grunde aber konzeptionell das Gegenmodell, nämlich eine starke Normativität gehört. Beide Standpunkte sind, so denke ich, nicht richtig und müssten vielleicht doch einem Empirietest unterzogen werden. Ich will das kurz an der Frage der Grenze – des Grenzkodex, also der Landesgrenze machen. *Jürgen Bast* hat den historischen Ausblick zur Grenze unternommen. Die Grenzsäume, die Grenzgegenden, dort wo wir gar nicht so ganz genau wissen, wo die Grenze war, sind kein gutes Beispiel dafür, zu sagen, dass „Grenze“ kein notwendiger Bestandteil staatlicher Herrschaft ist. Vielleicht beruhen diese Beispiele einfach nur auf dem damaligen Unvermögen, die Grenze genau zu bestimmen, das Ganze zu beherrschen. Wenn wir andere Ansätze nehmen, dann sehen wir das sehr wohl. Die Römer haben mit dem Limes eine harte Grenze etabliert und auch über lange Zeiträume verteidigt. Wenn wir in die Landkarten gucken – wir haben einige unter uns, die sich mit geografischen Karten beschäftigt haben – und uns das Kartenbild anschauen, das eingefärbte geografische Bild eines Territoriums, dann hat dieses Kartenbild bis in die Neuzeit hinein eine enorme Kraft. Denken Sie nur an die schöne blaue Karte mit dem weißen Widerstandsnest der Schweiz, was viele einfach schon deshalb ärgert, weil es diesen „weißen Klecks“ im Blau Europas gibt. Oder, zweites Beispiel, natürliche Grenzen. Die natürliche Grenze, die wurde angestrebt und sie wurde hart verteidigt. Darum wurde gerungen. Es war nichts mit Grenzsäum und dergleichen, so dass es vielleicht doch eher andere Gründe sind – das nur als eine Beobachtung zu dem historischen Vergleich.

Der zweite Gedanke betrifft den Grenzkodex. *Jürgen Bast* hat diesen genannt und ich denke, auch hier müssten wir empirisch gucken. Der Grenzkodex ist da, funktioniert aber nicht. Er verbietet Grenzkontrollen nach innen und gebietet eine harte Grenzkontrolle nach außen. Nun sehen wir, etwa wenn die nordrhein-westfälische oder die bayerische Polizei Hintergrundverhandlungen machen und beeindruckend zielsicher bestimmte Autos auf der Autobahn herausziehen, dass die Kommission kommt und das als unionsrechtswidrig einordnet. Eine seltsame Konstruktion. Auf der einen Seite müsste man sich freuen, dass die Fahndung geschieht, weil das nicht grundlose Kontrollen sind. Der Erfolg zeigt die Richtigkeit dieser Kontrollen an. Auf der anderen Seite wird das normative Bild durch den Erfolg dieser unionsrechtswidrigen Kontrollen systematisch in Frage gestellt, weil deutlich wird, dass irgendetwas bei dieser ganzen Konstruktion im Argen liegt. Was passiert also? Ist nicht eigentlich die Union selbst normativ defizitär? Das ist eine Formulierung aus der These (31). *Jürgen Bast* hat gesagt, die Union fällt in die Kategorie des Bundes – ja, das ist schon vorgeschlagen worden. Ich denke die Union strebt jedoch eine staatsanaloge Konstruktion an, indem sie im Grunde genommen das Territorialitätsdenken erweitert und gerade der Grenzkodex ist ein wunderbares Beispiel dafür, dass sie versucht, die Territorialität geografisch zu extrapolieren. Aber die Frage, die dahintersteht, ist, ob nicht wegen dieser Normativität, also wegen dieser, in der Praxis zu sehenden Verweigerung von Effektivität, dieses Gesamtkonzept nicht zu halten ist. Insofern, abschließender Satz: Könnte man die These (31), dass die staatliche Organisation normativ defizitär sei, genauso gut auf die Europäische Union erweitern?

**Joachim Lege:** Vielen Dank für die beiden Referate, und vielen Dank ganz besonders Herrn *Bast* dafür, dass Sie die Szene mit dem Strand von Usedom eröffnet haben. Meine Frage ist sehr kurz und sehr begrifflich. Mir ist aufgefallen – bei beiden Referaten –, dass Sie einen Gegenbegriff zu „territorial“ benutzt haben. Und dieser Gegenbegriff ist nicht, wie man vielleicht im Hinblick auf das Alte Reich meinen könnte, „personal“. Sondern der Gegenbegriff ist „funktional“. Er findet sich bei Ihnen, Frau *Schmalenbach*, in fünf Thesen, also Thesen (6), (9), (13), (21) und (22), und bei Ihnen, Herr *Bast*, in These (12) und (28) – dort am allerdeutlichsten. Die untere Ebene, sagen Sie, ist „territorial“ radiziert, die obere Ebene „funktional“ bestimmt. Ich habe mich gefragt, was Sie genau mit „funktional“ meinen. Und stelle deshalb jetzt diese Frage an Sie beide: Was meinen Sie genau mit „funktional“?

Um es nun aber mit der Kürze nicht zu übertreiben, will ich noch zwei Assoziationen anfügen. Die erste: Man könnte ja an Funktionssysteme im Sinne von Luhmann denken, und dann würde Herr *Schoch* vielleicht hier

die Frage anbringen, ob man sich mit der Forderung nach „Funktionsadäquatheit“ – darauf läuft Ihre letzte These, Frau *Schmalenbach*, ja hinaus – nicht allzu sehr zum Diener der Wirtschaft macht – der Wirtschaft als des wohl wichtigsten und prominentesten Funktionssystems derzeit. Die zweite Assoziation ist, ob Sie mit „Funktion“ einfach so etwas meinen wie „Politikfelder“, etwa diejenigen der Europäischen Union; so dass es jeweils sachgebietsbezogene Rationalitäten sind, denen das Recht, so entterritorialisiert wie es ist, „funktionsadäquat“ zu dienen hat.

Und dann wäre meine zweite, etwas kritischere Frage: Die ganz eigene Funktion des Rechts, verstanden als soziales System, ist, jetzt etwas gedrechselt mit Luhmann formuliert: die Stabilisierung von Verhaltenserwartungen. Die Leistungen des Rechts – vielleicht meinen Sie mit „Funktionen“ auch das –, sind zudem so etwas wie Frieden, Vertrauen, vielleicht sogar Gerechtigkeit (gegen letzteres würde sich Luhmann natürlich wehren). Aber die Frage wäre dann: Wie kann in einer territorial entgrenzten Welt das Recht diese seine eigenen Funktionen und Leistungen noch erfüllen bzw. erbringen? Vielen Dank.

**Dieter Dörr:** Ganz herzlichen Dank für die beiden ganz ausgezeichneten Referate, die ungeheuer anregend waren. Deshalb habe ich auch nur ganz kurze Fragen angesichts der vielen Wortmeldungen, die schon gefallen sind. Die erste Frage knüpft an das an, was Herr *von Bogdandy* und Herr *Harratsch* gesagt haben. Ich habe einmal die Frage an *Kirsten Schmalenbach*, wie das mit der Einordnung der Europäischen Union zu sehen ist? Denn da sehe ich vielleicht auch einen gewissen Widerspruch oder eine mir nicht ganz schlüssig erscheinende Aneinanderreihung der Thesen (9) und (10). In der These (9) ist die Europäische Union beschrieben als eine Vielzahl funktional aufeinander bezogener Souveräne – eine horizontale Entterritorialisierung. Und dann heißt es in These (10): Das Machtgefäß der Union ist nicht territorial, sondern supraterritorial. Da ist mir nicht ganz klar, was mit dem Begriff supraterritorial gemeint ist. Wird damit die Union doch zu einer Gebietskörperschaft, wie Sie, Herr *Bast*, das ja sehr eindrücklich und bezogen auf die Gebietshoheiten der Mitgliedstaaten entwickelt haben? Auch da habe ich die Frage: Können wir die Union wirklich schon als Gebietskörperschaft ansehen, oder muss man da nicht mit Herrn *von Bogdandy* doch gewisse Zweifel anmelden? Und an beide Referenten gerichtet: Besteht da in der Beschreibung der Union wirklich ein Widerspruch, oder ist das nur eine begriffliche Unterscheidung, supraterritorial und Gebietskörperschaft?

**Robert Uerpmann-Witzack:** Frau *Schmalenbach*, Sie haben große Skepsis gezeigt gegenüber einer Entterritorialisierung im Sinne einer kosmopo-



litisch konstruierten Jurisdiktion, also gegenüber unilateralem Handeln im Weltinteresse. Diese Skepsis teile ich. Dennoch: Kann man nicht solch ein unilaterales Handeln unter Umständen im Sinne einer gewissen Reservefunktion rechtfertigen? Es bliebe dann beim Vorrang von völkerrechtlichen Konsenslösungen, und diese Konsenslösung bliebe das Ziel. Aber soweit es eine solche Konsenslösung nicht gibt, könnten durch unilaterales Handeln Regelungslücken, zumindest vorübergehend, gefüllt werden. Das könnte dann auch einen Anstoß geben für die vorzugswürdige völkerrechtliche Konsenslösung, also für die Bildung eines internationalen Konsenses. Ich sehe eine Parallele in anderen Bereichen, namentlich beim Individualrechtsschutz gegen Sicherheitsratsresolutionen, der ja auf der UN-Ebene defizitär ist, mit der Folge, dass der EuGH eine solche Reservefunktion wahrgenommen und auf der unteren Ebene Rechtsschutz gewährt hat. Das lässt sich, denke ich, auf die Fälle der kosmopolitisch konstruierten Jurisdiktion übertragen.

**Gregor Kirchhof:** Ich knüpfe an die Fragen der Kollegen *Kotzur*, *Marauhn*, *Knauff* und *Lepsius* an, die die zentralen Fragen nach Zuständigkeit, Verantwortung und Rechtsgeltung betont haben. Meine Frage ist an beide Referenten gerichtet und fasst diese Themen etwas anders: Was folgt aus der „Entterritorialisierung“ – man könnte auch sagen, aus der Rechtsquellenvielfalt – für die Normschaffung, für die Rechtsetzung? Bevor ich zu dieser Frage komme, erlaube ich mir eine historische und eine begriffliche Bemerkung. Die größte *rechtliche* Errungenschaft des letzten Jahrhunderts ist wahrscheinlich die moderne Rechtsquellenvielfalt. Seit Mitte des 20. Jahrhunderts leben wir in einer Zeit, in der neben dem nationalen Recht das Recht der europäischen Integration, das regionale Völkerrecht und das internationale Recht wirken. Zahlreiche Rechtsprobleme werden nicht mehr nur mit nationalem Recht, sondern selbstverständlich mit verschiedenen Rechtsquellen gelöst. In Deutschland kannten wir – hier knüpfe ich unmittelbar an die Bemerkung von *Oliver Lepsius* an – bis zu den großen Kodifikationen im 19. Jahrhundert auch eine Rechtsquellenvielfalt. Es galten das lokale Recht, das Fürstenrecht, besonderes Handelsrecht sowie das römische und kanonische Recht. Das zentrale Problem der Rechtsanwendung war, diese Rechtsquellen zu koordinieren. Johann von Buch hat im 14. Jahrhundert den Sachsenspiegel mit Anmerkungen versehen, um das lokale Recht mit dem römischen und kirchlichen Recht abzustimmen. Die über 6500 Anmerkungen allein auf den Codex Justinianus verdeutlichen den hohen, nahezu unerfüllbaren Anspruch dieses Unterfangens. Zunächst galten mit dem Personalitätsprinzip oder dem Vorrang des ‚eigenen Rechts‘ der rechtsprechenden Institution harsche Prioritätsregeln. Mit der wachsenden Kraft des römischen und kanonischen Rechts setzten sich differenzier-

tere Rechtsanwendungsregeln durch. So war das lokale Recht im Einklang mit dem römischen und kanonischen Recht zu deuten – dies mag an die europarechts- und völkerrechtskonforme Auslegung erinnern. Doch die Rechtspraxis und auch die Arbeit eines Johann von Buch verdeutlichen, dass Recht, das zahlreichen Rechtsquellen entspringt, durch Rechtsanwendungsregeln allein nicht zu koordinieren ist. Die Koordination des Rechts beginnt im Gesetz.

Dieser Gedanke führt zu meiner begrifflichen Bemerkung. Beide Referenten haben den Begriff der Entterritorialisierung im Sinne der Rechtsquellenvielfalt und damit so verstanden, wie ihn der Vorstand gemeint hat. Doch ist auch ein anderes Verständnis in Anlehnung an Montesquieu möglich. Montesquieu hat in seinem Werk „Vom Geist der Gesetze“ betont, dass Gesetze auf das Territorium, auf die Gegebenheiten, auf die Kultur, in denen sie wirken wollen, abzustimmen sind. Anderenfalls werden Rechtsdurchsetzungsprobleme entstehen. Entterritorialisierung kann in diesem Sinne auch als eine Vernachlässigung der spezifischen lokalen Gegebenheiten verstanden werden.

Insgesamt stellt sich die Frage, wie Gesetze heute zu schreiben, wie Recht gegenwärtig zu setzen ist, damit Gesetz und Recht in einer Zeit moderner Rechtsquellenvielfalt wirken und die Wirkung nicht durch andere Rechtsquellen behindert wird. Mit Blick auf das überstaatliche Recht ist zu erörtern, welche Vorgaben ohne Umsetzungsraum strikt und detailliert gesetzt werden sollen. Das Völkerrecht über Krieg und Frieden gilt strikt. Im supranationalen Europarecht muss – um ein steuerrechtliches Beispiel zu nennen – die Mehrwertsteuersystemrichtlinie detaillierte Vorgaben setzen. Sodann ist aber zu fragen, in welchen Bereichen sich die übernationalen Rechtsquellen zurücknehmen sollen, damit die Nationalstaaten oder andere Räume die Möglichkeit haben, das Recht zu koordinieren und auf lokale Besonderheiten abzustimmen. Gegenwärtig verheddern sich zu viele Regelungen im Gestrüpp der Rechtsquellenvielfalt. Dies ist ein Problem der Rechtsetzung. Ich danke.

**Rudolf Streinz:** Zunächst auch Dank an den Vorstand für die Auswahl des Themas und die aus meiner Sicht sehr gelungene Interpretation durch die beiden Referate. Ich möchte anknüpfen an Sie, Herr *Bast*. Sie haben, recht überzeugend finde ich, die Schritte der Entwicklung der EU zu einer, ich zitiere hoffentlich richtig, „nichtstaatlichen Spezies der Gattung Bund“ aufgezeigt, was dann in Leitsatz (25) zusammengefasst ist, aber auch mit den vorhandenen Differenzierungen, die zu dieser variablen Territorialität führen. Diese zeigt sich auch in den noch wenigen Fällen der verstärkten Zusammenarbeit. Hier stellt sich eine Frage, die an das im Verfassungsvertrag enthaltene Leitwort „in Vielfalt geeint“ anknüpft, jetzt vielleicht

mehr Vielfalt als geeint. Die Frage ist: Wie viel Vielfalt kann man akzeptieren in einer einheitlichen Union. Ich frage das auch deshalb, weil sich im Anschluss an die Folgen eines „Brexit“ die Frage gestellt hat, wie geht man weiter, soll man mehr differenzieren oder nicht, oder besteht hier nicht die Gefahr der Rosinenpickerei. Sie hatten einen wichtigen Punkt auch angesprochen, nämlich die Benötigung der staatlichen Ebene, die zur Mitwirkung ja auch verpflichtet ist – Artikel 4 Absatz 3 EUV, Artikel 291 Absatz 1 AEUV – und eine Reihe von offenen Fragen auch aufgeworfen, darunter ein Problem, und das hat Herr *von Bogdandy* auch angesprochen, das sich jetzt hier aus meiner Sicht nur besonders zeigt, aber ein generelles ist, nämlich die Akzeptanz der Übertragung von Hoheitsrechten, der Entterritorialisierung und auf der anderen Seite der Territorialisierung der Europäischen Union – die ja insofern auch in diesem Sinn verstanden Territorium hat –, mit der damit verbundenen Einschränkung der eigenen mitgliedstaatlichen politischen Gestaltungsfreiheit. Leitsatz (22) knüpft daran auch an. Es zeigt sich ja in den Verträgen zum Teil selbst, dass man offenbar bei den Mitgliedstaaten Schwierigkeiten hat, das zu akzeptieren, wenn Sie an Artikel 72 AEUV und seine etwas kryptische Vorbehaltsformulierung hinsichtlich der inneren Sicherheit denken – und es gibt eine Reihe weiterer Bestimmungen dieser Art. Es zeigt sich auch bei der Kontrolle der Außengrenzen – wenn wir einen Raum ohne Binnengrenzen haben, müssen diese kontrolliert werden – nämlich, dass die betroffenen Staaten zögern, die Hilfe der Union zu akzeptieren, zumal ja diese Hilfe der Union durch Mitgliedstaaten geleistet werden muss. Es gibt nicht nur Probleme, wenn deutsche Beamte dabei tätig sind oder auch EU-Beamte, die dann zufällig Deutsche sind. Vielleicht sollte man dann in manchen Fällen andere Nationalitäten wählen. Deutlich zeigt sich dies auch bei der Verwaltungshilfe. Und das Problem dieser Akzeptanz zeigt sich schließlich auch in Referenden. Nun gibt es Referenden, die eher innenpolitische Wirkung haben, beispielsweise damals das Referendum in Griechenland hinsichtlich der WWU. Es ist aber auch ein Problem, wenn sich nach so einem Referendum zeigt: Auf Unionsebene ändert sich nichts. Oder jetzt das sogenannte Referendum in Ungarn. Es gibt aber auch Referenden mit Wirkung – zum Beispiel beim Verfassungsvertrag. Was mir jetzt ein wenig Sorge bereitet, war das Referendum in den Niederlanden, das dann ja zum Scheitern des Assoziierungsabkommens mit der Ukraine führte. In Bayern läuft zurzeit ein Volksbegehren gegen CETA. Brexit ist in beiden Referaten angesprochen worden. Wenn man überlegt, wie das Votum zustande kam, auch im Bewusstsein all der Probleme eines Austritts aus der EU, da stellt sich dann die Frage: Diese Re-Territorialisierung, wird die dann wirklich stattfinden? Wenn man daran denkt, dass das Vereinigte Königreich zögert, die Austritts*absicht*serklärung abzugeben, dass unter Umständen Bestehendes

EU-Sekundärrecht im Vereinigten Königreich übernommen werden soll und so weiter. Meine Frage, auch anknüpfend an Herrn *von Bogdandy*: Wie weit erreichen wir mit rationalen Argumenten die Realität der Politik, um hier überzeugend wirken zu können?

**Bernhard Ehrenzeller:** Ich komme aus dem vorhin besagten weißen Widerstandsnest auf der Europakarte, der Schweiz, und verschiedentlich ist ja auch schon angesprochen worden, dass beim heutigen Thema die Demokratiefrage eine gewisse Rolle spielt. Frau *Schmalenbach* hat sie gar nicht angesprochen und Herr *Bast* in seiner These (30), also ganz am Schluss. Ist also die demokratische Frage etwas, das wir, wenn alles besprochen ist, auch noch klären müssen? Im Sinne des Vorgehens, wie wir Juristen es ja gewohnt sind: Es wird etwas beschlossen, sei es national oder international, und dann hat es auch so zu sein. Wir kommen so, gemäß dieser Vorstellung, stets einen Schritt weiter auf dem Wege der immer stärkeren Internationalisierung des Rechts oder – angepasst ans heutige Thema – der Entterritorialisierung staatlicher Herrschaft. Dann ginge es einfach noch darum, dass wir alles dem Bürger noch etwas besser erklären, stärker kommunizieren, warum das so ist, warum es keine Alternative dazu gibt. „No cure for it.“ Dies ist der gängige Weg, den wir beschreiten. Geht das wirklich so? Müssen wir nicht auch als Juristen diesen offenbar unaufhaltbaren Prozess, der hier im Gange ist, etwas näher untersuchen und uns fragen: Fehlt hier eigentlich nicht die notwendige demokratische Akzeptanz? Ich will hier anknüpfen an die fundamentale Diskussion von gestern. Wir haben gehört: Da gibt es eigentlich für fast alles Regelungen, selbst für den Fall von Masseneinwanderung. Nur: Wenn es brennt, wenn die Krise kommt, dann kommen sie nicht zum Tragen, sind also eigentlich nicht viel wert. Es fehlt selbst in den Kreisen, welche die Regelung einmal beschlossen haben, die notwendige Tragfähigkeit und Akzeptanz. Im Gegenteil. Die formell „entterritorialisierte“ Herrschaft fällt zurück auf das Territorium des Staates. Und wo ein solcher Staat die Möglichkeit hat – und jetzt komme ich zum Widerstandsnest – wie in der Schweiz, da kommt es nicht nur zu konsultativen, aber rechtlich folgenlosen Volksabstimmungen, bei denen populistischen Strömungen erlaubt wird, zu sagen: „Wir sind gar nicht einverstanden mit dem, was ihr da macht!“ Nein, da werden – wie das Beispiel der Masseneinwanderungsinitiative zeigt – Verfassungsänderungen beschlossen, die ganz klar beispielsweise dem Freizügigkeitsabkommen mit der EU widersprechen. Und plötzlich sind wir auch im Staatsrecht wieder mit grundlegenden Fragen konfrontiert, die wir schon alle als geklärt betrachtet haben. Alle Lehrbücher haben das Verhältnis von Völkerrecht zu Verfassungsrecht abgehandelt. Einzelne Vertreter unserer Zunft sagen jetzt: Ist ja alles klar. Es gilt auf jeden Fall der Vorrang des Völkerrechts,

unabhängig davon, was im Einzelnen in der Verfassung steht. Andere sind zurückhaltender und fragen sich: Ist das wirklich so? Wenn das Volk eine völkerrechtswidrige Verfassungsänderung beschließt, ist dann absolut klar, dass damit möglicherweise nicht auch eine Völkerrechtsverletzung in Kauf genommen wird? Jedenfalls erwächst aus dem nationalen Demokratieverständnis heraus Widerstand gegen bestimmte internationale Regelungen. Und das führt mich eben zur Frage, ob wir nicht etwas blauäugig sind in diesem Prozess der sogenannten Entterritorialisierung staatlicher Herrschaft. So sieht nun der EU-Vertrag vor, dass ein Mitgliedstaat aus der EU austreten kann. Ernsthaft war doch diese Klausel nicht gemeint. Man betrachtete den Austritt als faktisch unmöglich. Doch unerwarteterweise kommt der Ernstfall mit dem Brexit. Ich bin nicht Europarechtler, unbefangen betrachtet habe ich den Eindruck, dass die EU auf einen solchen Schritt rechtlich nicht vorbereitet ist. Man sucht praktische Lösungen: Die Briten dürfen nicht mehr teilnehmen an Ministerratssitzungen. Aber geht das so? Die EU ist nicht vorbereitet, weil man nicht glaubte, dass es je soweit kommen wird. Wir denken einfach immer: „There is no cure, there is no alternative.“ Müssten wir künftig nicht vermehrt daran denken, dass es bei der Entterritorialisierung des Rechts auch Rückschläge geben kann und dafür auch Wege vorsehen? Nur als Frage. Danke.

**Matthias Jestaedt:** Bevor ich nun den beiden Referenten das Wort für ihre Schlussworte erteile, möchte ich nochmal von Seiten des Vorstandes unsere Freude kundgeben, dass Sie jetzt zum dritten Mal den Beweis erbracht haben, dass die gelebte Kultur der kollegialen Selbstdisziplinierung nicht unbedingt in diskursiver Austerität enden muss. Danke schön. Dann darf ich zunächst für acht Minuten Herrn *Bast* um sein Schlusswort bitten.

**Jürgen Bast:** Vielen Dank für die vielen interessanten Fragen. Ich bitte um Entschuldigung, dass ich nicht auf alle eingehen kann. Ich möchte die Gedanken, die ich mir hier notiert habe, in drei Blöcken gruppieren. Sie folgen der Gliederung meines Vortrags.

Zunächst zur konzeptionellen Anlage und der Rezeption raumtheoretischer Erkenntnisse. Was ist das konzeptionell Neue, welche Erkenntnisse habe ich aus der Raumsoziologie gewonnen? Wenn ich es auf einen Punkt bringen soll, ist es, dass Territorialisierung als Prozess zu denken ist. Diese Einsicht verabschiedet die Vorstellung, dass es sich beim Herrschaftsgebiet um eine binäre Kategorie handelt. Ich lade Sie ein, sich den einen oder anderen der Beiträge im Handbuch des Staatsrechts unter diesem Gesichtspunkt anzuschauen, in denen die Kategorie des Territoriums in unserem staatsrechtlichen Denken als binäre Kategorie gefasst ist. Dagegen habe ich von der Raumsoziologie vor allem gelernt, den Zusammenhang von räum-

lichen Strukturen und raumbezogener Handlung als dynamischen Prozess zu verstehen. Der Raum ist nicht einfach da, sondern ist etwas, was produziert wird. Wenn wir das im öffentlich-rechtlichen Kontext denken, existiert der Raum der EU nicht allein deshalb, weil die Vertragsautoren das so in die EU-Verträge geschrieben haben, sondern er ist das Produkt von raumgestaltenden Praktiken.

Lassen sich die Kategorien Raum und Territorium rückübersetzen in Zuständigkeitsfragen, wie *Oliver Lepsius* vermutet? Ich glaube nicht. Die Idee räumlicher Ordnung, raumbezogene Ordnungsvorstellungen, raumgestaltende Praktiken – das betrifft nicht dieselbe Fragestellung wie die Abgrenzung von Kompetenzen. Mit dem Begriff Gebiet verbinden sich in der Staatstheorie etablierte Theoriebestände, etwa die Vorstellung einer umfassenden Gebietshoheit, die bei realistischer Betrachtung nicht haltbar ist. Die Relativierung dieser Vorstellung eröffnet die Möglichkeit, uns von der Idee, dass Territorialität nur exklusiv gedacht werden kann, zu verabschieden. Das sind Traditionsbestände, mit denen wir uns meiner Meinung nach auseinandersetzen müssen. Sie lösen sich nicht auf in Zuständigkeitsfragen.

Eine Randbemerkung noch zu *Frank Schorkopfs* Kartenbildern. Deren Bedeutung wird in der kritischen Geografie ausführlich diskutiert. Typischerweise markieren solche historische Karten mit linearen Grenzen Aspirationen, und nicht etwa eine Beschreibung von real beherrschtem Gebiet. Zuerst sind die Kartografen, dann die Landvermesser und dann die Steuereintreiber da, nicht in umgekehrter Reihenfolge.

Zum zweiten Themenkomplex: Wie plausibel ist die These von der Europäischen Union als Gebietskörperschaft? Wo stehen wir heute im Prozess der Territorialisierung der EU? Ein kritischer Einwand bezog sich auf die Normativität des Rechts: ob die von mir nicht überschätzt wird. Ich gestehe sofort zu, dass wir in den letzten Monaten Beispiele dafür erlebt haben, dass bestimmte rechtliche Konstruktionen temporär nicht vollzogen wurden. Diese treten zwar nicht außer Geltung, und werden inzwischen auch wieder angewendet, aber es gab solche Vollzugsdefizite systematischer Art. Ich würde aber sagen, dass der Schengener Grenzkodex dafür kein Beispiel ist. Die Autoren des Schengener Grenzkodex waren weise genug, das Regime für die Grenzkontrollen an den Binnengrenzen vergleichsweise flexibel zu gestalten, sodass sich die temporären Wiedereinführungen von Grenzkontrollen, die wir im Moment erleben, grundsätzlich im Rahmen des Rechts und unter Kontrolle und mit Billigung der Unionsorgane vollziehen. Es war eine richtige Entscheidung, Grenzkontrollen in Passau einzuführen, unter pragmatischen Gesichtspunkten, um die Flüchtlingsbewegungen zu bewältigen – nicht um dort eine physische Mobilitätsbarriere zu errichten, sondern als Teil eines Prozesses, in dem diese Vor-

gänge administrativ bewältigt werden konnten. Das gab das europäische Recht ohne Funktionsdefizite und ohne Normativitätsverluste her.

Die Frage von *Armin von Bogdandy* ist natürlich nicht leicht zu beantworten: Wie weit trägt die Idee der Gebietskörperschaft, auch wenn man es mit der Unionsbürgerschaft vergleicht? Mein Eindruck ist, dass sich heute in der Tagesschau oder bei Logo gleichsam selbstverständlich ein territorialverbandliches Verständnis der Europäischen Union zeigt. Wir sehen die europäische Landkarte auf dem Bildschirm und denken die EU als eine Entität, die definierte Grenzen hat. Das ist noch gar nicht lange so. Auch in der wissenschaftlichen Literatur spiegelt sich diese Veränderung. In den Diskursen über die Grenzen Europas, die in den Nullerjahren geführt wurden, ging es immer um eine Grenze, die unscharf ist, die wandert, von der man nicht genau weiß, wo sie liegt – also die Art von Grenze, die man auf Englisch „frontier“ nennt. Heute dagegen haben wir eine Problematisierung des Umstands, dass die sehr genau lokalisierbaren „borders“, die die Union hat, sich als so porös erweisen. Aber dass es sie als definierte, linear gedachte Grenzen gibt, in deren Innenraum sich ein Unionsgebiet befindet, das ist in der Alltagsvorstellung von dem, was die Europäische Union ist, ein Gemeingut.

Ich komme zum letzten Themenblock. Das sind die von mir aufgeworfenen, aber nicht beantworteten normativen Fragen in den Thesen (30) und (31). Bitte nehmen Sie das nicht als Desinteresse an diesen Fragen. Der entsprechende Teil des Vortrags musste sich der 45-Minuten-Disziplin unterwerfen. Dass ich die Themen hier nur in Frageform angesprochen habe, hat aber auch damit zu tun, dass ich mir in etlichen Punkten noch unsicher bin und diesen Fragen weiter nachgehen will. Wie begegnen wir dem Phänomen der Entgrenzung von Macht in Mehrebenensystemen? Wie binden wir die entterritorialisierte öffentliche Gewalt auch dort demokratisch zurück, wo sie nicht re-territorialisiert ist? Und wie gestalten wir Mehrebenensysteme so aus, dass die produzierten Normen vollzugsfähig sind? Lassen wir genug Raum für die territoriale Basisebene der Staaten? Das sind alles schwierige Fragen, an denen ich mich jetzt nicht im Kurzreferat versuchen will. Deshalb an dieser Stelle nur wenige Stichworte. Ich finde das Konzept der „International Public Authority“ gerade auch deshalb leistungsfähig, weil es einen Legitimationsbedarf markiert. Es zeigt die Ausübung von Herrschaft an, auch an Stellen, an denen das traditionelle Völkerrecht sagt, es handele sich ja nur um soft law, und dann hört der Kontrolldiskurs auf. Diese Herrschaft vermittelt sich anders als durch Rechtszwang, aber gleichwohl stehen wir vor dem klassischen Problem des Öffentlichen Rechts, auf legitimationsbedürftige Herrschaft rechtliche Antworten zu finden. Die Option der Demokratisierung der Internationalen Organisationen ist aus meiner Sicht nicht gangbar. Deshalb brauchen

wir Mechanismen, mit denen wir Politisierung und Öffentlichkeit ermöglichen, indem sie eine Rückspiegelung der Prozesse an die unteren Ebenen bewirken, an Stellen, in denen es sich eben nicht um technische Rationalität, sondern um Wertentscheidungen handelt, die man zu Recht in Frage stellen kann. Ein letzter Gedanke: Es war eine Grundintuition, mit diesem Vortrag eine langfristige Perspektive einzunehmen. Vielleicht müssen wir uns bei der Beschreibung dessen, was sich in den letzten 25 Jahren grundlegend im Öffentlichen Recht geändert hat, stärker von den Eindrücken des vergangenen Jahres lösen. In der langen Linie – ich wiederhole einen Satz, den ich im Vortrag formuliert habe – sind Supranationalisierung und Internationalisierung nicht das Problem, sondern Teil der Lösung. Wir haben grundlegend geänderte kulturelle und wirtschaftliche Bedingungen, die neuartigen Bedarf für kollektive Selbstbestimmung in Formen des Rechts auslösen. Insofern sehe ich in der Ausbildung von entterritorialisierter öffentlicher Gewalt in dem hier beschriebenen Sinne einen Zugewinn an Freiheit, an Möglichkeiten der kollektiven Selbstbestimmung.

**Kirsten Schmalenbach:** Vielen Dank für die vielen Fragen. Sie zeigen, dass das Thema der Entterritorialisierung ein Thema ist, das viele anspricht. Die Sozialwissenschaftler sind der Meinung, wir, die Staatsrechtslehrer, säßen in einer Blackbox, dem Staatsterritorium, und könnten nicht außerhalb dieser Blackbox denken. In der Tat habe ich in den letzten Monaten erlebt, wie schwer es ist, die Blackbox zu verlassen, und doch zeigen Ihre Fragen, dass es einige offene Forschungsfragen gibt, die zu einer weiteren Beschäftigung mit dem Thema einladen.

Ich möchte meine Antworten auf Ihre Fragen nach den von mir aufgezeigten Räumen strukturieren, angefangen mit dem europäischen Rechtsraum. Es sind eine Reihe von Anmerkungen zum Begriff der Supraterritorialität gemacht worden. Ich habe diesen Begriff nicht kreiert, er wurde vielmehr geprägt von Jan Arndt Scholte, Vertreter der kritischen internationalen Beziehungen. Er hat den Begriff zur Bezeichnung entterritorialisierter sozialer Räume eingesetzt, die eben nicht völlig entterritorialisiert sind, weil die relevanten Akteure irgendwo immer „Bodenhaftung“ haben. Ich fand seine These unglaublich spannend und habe sie auf die Europäische Union übertragen. Deren Machtgefäß, wie ich es formuliert habe – ich würde es ungern territoriales Machtgefäß nennen – liegt über den Staatsgebieten der Mitgliedstaaten, aber hat trotzdem „Bodenhaftung“, weil die Union ein politischer Raumgestalter ist. Deswegen erschien mir der Begriff der Supraterritorialität ein geeigneter Begriff zu sein, um darzulegen, was die Europäische Union ausmacht. Die Frage, ob die Europäische Union Gebietshoheit hat, ist meines Erachtens eine Frage der Semantik. Sie erinnert mich an die Diskussion, die wir über Souveränität führen. Es kommt



immer darauf an, was man genau unter dem Begriff versteht. Da wir uns in Europa in einem Föderalisierungsprozess befinden, sollte die Frage der Gebietshoheit „elastisch“ beantwortet werden. Es gibt keinen konkreten Moment, in dem festgestellt werden kann, dass die Union nun als Gebietskörperschaft firmiert und es vorbei ist mit der mitgliedstaatlichen Staatlichkeit. Wir befinden uns vielmehr in einem Prozess, in dem offen ist, wie sich die Supraterritorialität der Europäischen Union im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten entwickeln wird. Es wurde eingewandt, dass meine Thesen (9) und (10) sich widersprechen. Ich habe diese funktional aufeinander bezogenen Souveräne (These (9)) auf den transnationalen Verwaltungsakt bezogen. Das Vertrauen, das ein Mitgliedstaat in das fremde öffentliche Recht investieren muss – offenkundig ein schmerzhafter Prozess – wird vermittelt über die Europäische Union und deren Koordinierung der relevanten Rechtsbereiche. Deswegen habe ich die Thesen nicht als Widerspruch aufgefasst; es gibt die horizontale Entterritorialisierung der traditionellen Souveräne und es gibt die vertikale Supraterritorialisierung der Europäischen Union im Verhältnis zu ihren Mitgliedstaaten.

Ich komme zum zweiten Raum, dem transnationalen Raum. Hinsichtlich der Bezugnahme des Staates auf die funktionalen, nichtstaatlichen Normsetzer ist auffallend, dass bei genauerer Betrachtung der Praxis immer ein Akt der Anerkennung des Staates gegeben ist. In irgendeiner Form erkennt der Staat an, dass es noch Recht aus anderer Quelle gibt und das ist ja kein unbekanntes Phänomen. Deshalb sehe ich hier eigentlich kein größeres Problem hinsichtlich der demokratischen Verantwortung. Im Bereich des transnationalen Rechts ist der Staat durch das Element der Anerkennung in der Verantwortung.

Die extraterritoriale Jurisdiktion ist der nächste Raum: Es wurde angemerkt, dass das Warten auf den völkerrechtlichen Konsens wohl illusorisch ist. Das ist durchaus richtig. Der internationale Konsens ist ein schwer zu erreichender Idealzustand und wird in einer so heterogenen Welt auch selten erreicht. Aber am Ende des Tages ist der Konsens doch die sicherste Basis, auf die wir die internationalen Werte und Interessen stützen können. So oder so steht fest, dass das Konsensprinzip in der Praxis flexibel gehandhabt wird. Wenn ein Staat in einem Gesetz unilateral Bezug auf einen internationalen Konsens nimmt, dann haben diesen internationalen Vertrag vielleicht 28 Staaten unterzeichnet, aber das nationale Gesetz wird extraterritorial auf 200 Staaten angewendet, oder besser gesagt auf deren Individuen. Das völkerrechtliche Konsensprinzip ist auch nicht mehr das Dogma, das es früher einmal war.

Zur Nahbeziehung zwischen dem Staat und dem geregelten Sachverhalt: In der Tat muss der Kanon der völkerrechtlichen Anknüpfungspunkte neu überdacht werden, da sich gerade bei entterritorialisierten Räumen

und globalen Problemen die Fragen stellen, wie sehr eigentlich das Problem vom regulierenden Staat entfernt ist, bzw. wie nah das Problem den Staat berührt, so dass er agieren darf. Das Problem ist im internationalen Umweltrecht besonders augenfällig, da heutzutage ein Kohlekraftwerk am anderen Ende der Welt Auswirkungen auf die globale Umwelt haben kann. Insofern bin ich der Meinung, dass wir uns auch hier in einem Prozess befinden, in dem sich erweisen wird, wie das Völkerrecht auf diese neuen globalen Umstände reagiert und wie es diese neuen Nähebeziehungen justiert.

In meinen verbleibenden Minuten komme ich kurz zur Demokratiefrage. Die demokratische Verantwortung ist in der Tat ein großes Problem. Im Falle extraterritorialer Jurisdiktion leidet sie, und darüber muss ein Diskurs stattfinden, insbesondere im Rechtssystem des Rechtshegemons. Der stellt sich schließlich auf den Standpunkt, dass das extraterritorial wirkende Gesetz demokratisch geschaffen wurde – wenn er denn ein demokratischer Rechtshegemon ist. Im Weiteren interessiert ihn nicht, dass er dem „fremden“ Rechtsunterworfenen gar nicht demokratisch verantwortlich ist. Bei extraterritorialer Jurisdiktion kann von demokratischer Legitimation also kaum die Rede sein. Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit dieser Frage im Fall einer Amtshilfe bei der Vollstreckung eines österreichischen Steuerbescheides beschäftigt und hat zur demokratischen Legitimation statuiert, es sei ein gewisser Ausgleich, dass das Völkerrecht die Nahbeziehung zwischen regulierendem Staat und reguliertem Sachverhalt anerkenne. Aber diese Nahbeziehung, also der legitime Anknüpfungspunkt der Regelung, ist eine sehr schwammige Konstruktion. Insofern ist die Begründung des Bundesverfassungsgerichts nicht wirklich tragfähig.

Noch ein Wort zu den Menschenrechten, meinem letzten Rechtsraum. Das Bankovic-Urteil des EGMR hat in seiner Zeit seine Berechtigung gehabt. Es ist wichtig hervorzuheben, dass das Bankovic-Urteil direkt nach dem 11. September 2001 gefällt wurde. Der Gerichtshof hat erkennbar auf die gesamtpolitischen Umstände Rücksicht genommen. Aber generell bin ich der Meinung, dass die Frage der Beweiserhebung nicht ausschlaggebend sein darf für die Eröffnung des Anwendungsbereichs von Menschenrechten. Es geht bei der Diskussion um die extraterritoriale Anwendung der EMRK durchaus unter, dass es allein um die Frage geht, ob die Menschenrechte *anwendbar* sind; verletzt sind sie ja deswegen noch nicht. Deshalb bin ich der Auffassung, dass der territoriale Anwendungsbereich der EMRK insbesondere in Bezug auf die neuen entterritorialisierten Herrschaftsbeziehungen wesentlich großzügiger konstruiert werden muss. Ich habe ein bisschen provokant gesagt, dass es widersprüchlich bzw. willkürlich sei, den Anwendungsbereich auf das Territorium zu beziehen. Diese Aussage bezog sich insbesondere auf die virtuellen Räume. Wenn

der Menschenrechtsraum territorial konstruiert ist, ermöglichen wir dem Staat, erfolgreich auszuweichen, und das ist mein Monitum. Wir müssen die Menschenrechte so konstruieren, dass der Staat nicht outsourcen kann, sich also nicht nach Rammstein begeben kann – die USA ist natürlich nicht EMRK-gebunden – um von dort aus Menschenrechtseingriffe vorzunehmen. Die Menschenrechte müssen ein in sich schlüssiges System sein, das mit den modernen Gegebenheiten umgeht. Territorium spielt, und das ist meine letzte Bemerkung dazu, natürlich immer noch eine Rolle, insbesondere bei den positiven Pflichten, den Schutzpflichten. Darauf bezog sich meine Bemerkung von der neuen territorialen Relativität der EMRK. Der EGMR hat vorausgesehen, dass bei entterritorialisierten Herrschaftsbeziehungen die positiven Schutzpflichten nicht den negativen hinterherlaufen sollten. Die werden entsprechend situativ angepasst, wenn der Staat im Ausland tätig wird. Eine ganz andere Frage ist, was mit den Schutzpflichten passiert, wenn der Staat auf dem eigenen Territorium eine Maßnahme setzt, die Wirkung im Ausland hat. Damit ist insbesondere der Soering-Fall angesprochen. Leistungspflichten wird man in diesen Konstellationen auf der Basis der Menschenrechte nicht konstruieren können. Und damit bin ich am Ende. Mein Dank geht an Sie, für die Fragen, und an den Vorstand, für das Thema.

**Matthias Jestaedt:** Liebe Kolleginnen und Kollegen, wir sind damit an das Ende unserer Vormittagsveranstaltung gekommen.



Vierter Beratungsgegenstand:

## **Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht**

Referat von *Arno Kahl*, Innsbruck\*

### Inhalt

	Seite
I. Erste Annäherung: entterritorialisierte Wirtschaft . . . . .	344
II. Zweite Annäherung: territorialisierte Herrschaftsgewalt . . . . .	347
III. Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht . . . . .	351
1. Begriff der Entterritorialisierung . . . . .	351
2. Formen der Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht . . . . .	353
a) Die einseitige Erstreckung . . . . .	353
b) Die Anerkennung . . . . .	362
aa) Europäische Union. . . . .	363
bb) Internationales Wirtschaftsrecht. . . . .	368
c) Harmonisierung als Voraussetzung und Konsequenz . . . . .	368
IV. Folgen der Entterritorialisierung . . . . .	373
1. Folgen der Erstreckung . . . . .	373
2. Folgen der Anerkennung . . . . .	377
V. Typisierung . . . . .	380
VI. Reterritorialisierung . . . . .	381

---

\* Für wertvolle Anregung, Kritik und – nicht nur fachliche, sondern weit darüber hinausgehende – Unterstützung bei der Bewältigung der vielfachen Herausforderungen, die mit einem Referat vor den Staatsrechtslehrerinnen und Staatsrechtslehrern verbunden sind, bedanke ich mich herzlich bei *Michael Holoubek* und *Magdalena Pöschl*. Beide haben mir viel ihres reichen Wissens und ihrer knapp bemessenen Zeit zur Verfügung gestellt und mir immer dann zur Seite gestanden, wenn dies notwendig war. Für die mühsame Durchforschung – auch ausländischer – Rechtsordnungen und das Erschließen zahlreicher Quellen, die hier nicht alle verwertet werden konnten, sowie die akribische Kontrolle von Text und Fußnoten gebührt *Claudia Drexel*, *Johanna Schlatter* und *Andreas Wimmer* mein aufrichtiger Dank.

## I. Erste Annäherung: entterritorialisierte Wirtschaft

„[A]uch der kleine Mann, der sich im vierzehnten oder fünfzehnten Jahrhundert mit billigeren Sorten englischen oder flandrischen Tuches kleidete, trug am eigenen Leibe in irgendwelchen Partikelchen Produkte der ganzen damals erreichbaren Welt mit sich herum“. So lesen wir in *Rörigs* „Mittelalterlicher Weltwirtschaft“.<sup>1</sup>

Ein Blick in die ältere Geschichte zeigt, dass die Wirtschaft freilich bereits seit der Antike danach drängt, Grenzen zu überwinden und weiträumig Handel zu betreiben.<sup>2</sup> Die altertümliche Wirtschaftsgeschichte beschreibt Fernhandelsnetze, die spätestens 3000 Jahre vor Christus die damals bekannte Welt zwischen Nordafrika und Ostasien umspannen.<sup>3</sup> Später stellen sich antike Großreiche wie jene Alexanders, der Römer oder Araber wegen ihrer straffen Organisation als günstig für grenzüberschreitenden Handel dar. Nicht einmal nach dem Niedergang des weströmischen Reichs kommt der Fernhandel in Europa zum Erliegen.<sup>4</sup>

Bereits im 7. Jahrhundert zeichnet sich die künftige Hauptachse der europäischen Wirtschaft von Italien über das Rheintal zur Nordsee und weiter nach England und Skandinavien ab.<sup>5</sup> Das mächtige Venedig treibt ab dem 11. Jahrhundert mit dem gesamten umliegenden Raum bis zur Levante regen Handel. Den Seeweg in den Norden Europas erschließen Seeleute mit Beginn des 14. Jahrhunderts und bringen so die über Venedig importierten Waren auch auf diesem Weg dorthin.<sup>6</sup>

Dieser Handel gewinnt im frühen System der Hanse des 13. Jahrhunderts<sup>7</sup> rasch an Bedeutung und erstreckt sich zur Zeit ihrer Hochblüte<sup>8</sup> auf

<sup>1</sup> Fritz Rörig *Mittelalterliche Weltwirtschaft – Blüte und Ende einer Weltwirtschaftsperiode*, 1933, 15.

<sup>2</sup> Die Gründe hierfür sind unterschiedlich und bestehen nicht nur im menschlichen Gewinnstreben, sondern auch in geografischen Umständen, die Völkern keinen Expansionsraum auf dem Land ermöglichen, sowie in physischen und psychischen Bedürfnissen der Menschen. Bruno Kuske *Die historischen Grundlagen der Weltwirtschaft*, 1926, 20, 24, 29.

<sup>3</sup> Fritz Moritz Heichelheim *Wirtschaftsgeschichte des Altertums vom Paläolithikum bis zur Völkerwanderung der Germanen, Slaven und Araber*, 1938. Zu noch früheren Ansätzen Knut Borchardt *Globalisierung in historischer Perspektive*, 2001, 16.

<sup>4</sup> Allerdings schwächte er sich aufgrund des arabischen Vorstoßes in das Mittelmeer deutlich ab und beschränkte sich vor allem auf Luxusgüter.

<sup>5</sup> Hans-Werner Niemann *Europäische Wirtschaftsgeschichte*, 2009, 5 f.

<sup>6</sup> Vgl. Andreas Exenberger/Carmen Cian *Der weite Horizont – Globalisierung durch Kaufleute*, 2006, 57.

<sup>7</sup> Bereits vor dem Entstehen der Hanse lassen sich Handelsrouten aus Norddeutschland über die großen Flüsse bis nach Konstantinopel und Bagdad nachweisen. Später umfasst der Handel dann nicht bloß Luxusgüter, und Fernkaufleute ziehen aus den niederrheini-

sämtliche an die Nord- und Ostsee angrenzenden Länder, die Küstenregionen Frankreichs und zeitweise bis in den Norden Spaniens und nach Portugal.<sup>9</sup> In Europa zirkulieren Waren so vom Nordosten bis zum Südwesten.<sup>10</sup>

Nach dem Niedergang Venedigs um 1500 und der Hanse etwas später verändert die Entdeckung Amerikas die internationalen Warenströme<sup>11</sup>, und Spanien und Portugal steigen zu wirtschaftlichen Großmächten auf. Auch zur Zeit des Merkantilismus kommt der entgrenzte Handel nicht vollständig zum Erliegen.<sup>12</sup>

Nachdem der Merkantilismus überwunden ist, greift im 19. Jahrhundert die erste wirkliche wirtschaftliche Globalisierung Platz.<sup>13</sup> Tragende Säule hierfür ist die Industrielle Revolution mit ihren Erfindungen und Weiterentwicklungen im Verkehrs- und Kommunikationsbereich, namentlich der Eisenbahn, Post und Telegrafie. Bereits vor dem Ende des 19. Jahrhunderts vernetzen Telegrafverbindungen sämtliche Wertpapier- und Warenbör-

---

schen Städten im Westen bis nach England und im Osten nach Nowgorod oder Smolensk. Vgl. *Exenberger/Cian* Horizont (Fn. 6), 93; *Rolf Hammel-Kiesow* Die Hanse, 2. Aufl. 2015, 30 ff.

<sup>8</sup> Allein in Deutschland entstehen im Hochmittelalter über 3000 Städte. Plakativ werden die Städte der Hanse als „Regierungen von Kaufleuten für Kaufleute“ bezeichnet. Vgl. *Niemann* Wirtschaftsgeschichte (Fn. 5), 12.

<sup>9</sup> Zu den verschiedenen weitläufigen Handelsrouten *Janet Abu-Lughod* Before European Hegemony – The World System A.D. 1250–1350, 1989.

<sup>10</sup> Der Handel umfasst auch Güter des täglichen Bedarfs. Schwedischer Hering ist auch in Como und Mailand bekannt. Vgl. *Franz Irsigler* Der hansische Handel im Spätmittelalter, in: *Jörgen Bracker/Volker Henn/Rainer Postel* (Hrsg.) Die Hanse – Lebenswirklichkeit und Mythos, 2. Aufl. 1998, 700 (703).

<sup>11</sup> Der Austausch von Kolonialwaren hat freilich häufig weniger mit Handel als mit Unterdrückung und Ausbeutung zu tun, sodass innerhalb eines kolonialen Handelssystems keine Gleichheit im Sinne eines friedlichen und freien Austauschs von Gütern herrscht. Ein solcher hat davor bestanden und sollte auch wieder entstehen. Zwischen den verschiedenen kolonialen Handelssystemen finden nur geringe Austauschprozesse statt.

<sup>12</sup> *Ulrich Scheuner* Die völkerrechtlichen Grundlagen der Weltwirtschaft in der Gegenwart, 1954, A 30 f.; *Christian Tietje* Begriff, Geschichte und Grundlagen des Internationalen Wirtschaftssystems und Wirtschaftsrechts, in: ders. (Hrsg.) Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, § 1, Rn. 39.

<sup>13</sup> Beim Begriff der (wirtschaftlichen) Globalisierung handelt es sich um eine schillernde Bezeichnung, die hier nur ausdrücken soll, dass sich wirtschaftliche Vorgänge über (beinahe) den gesamten Globus erstrecken. Instruktiv zu den Hauptlinien der um die Jahrtausendwende geführten Diskussion, ob und in welcher Form es wirtschaftliche Globalisierung gibt, *Peer Zumbansen* Spiegelungen von Staat und Gesellschaft – Governance-Erfahrungen in der Globalisierungsdebatte, in: *Michael Anderheiden/Stefan Huster/Stephan Kirste* (Hrsg.) Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts, 2001, 13 (22). *Matthias Herdegen* Internationales Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2014, 7, Rn. 1, spricht von Globalisierung der Wirtschaftsbeziehungen ab dem Zeitalter der großen Kolonialreiche.

sen, an denen Händler, deren transatlantische Kommunikation nun um das 10.000-fache beschleunigt ist, Waren aus der gesamten Welt kaufen und verkaufen. Güter, Kapital und Arbeitskräfte zirkulieren grenzüberschreitend.<sup>14</sup> Der Welthandel wird von Europa dominiert. Die Nettokapitalströme, die zwischen 1870 und 1914 die Welt umrunden, sind größer als jene am Ende des 20. Jahrhunderts.<sup>15</sup> In diesem vernetzten Wirtschaftssystem springen nun auch wirtschaftliche Flauten aus Europa auf Länder in der gesamten Welt über<sup>16</sup>, und die ab 1856 eintretenden negativen wirtschaftlichen Entwicklungen firmieren nicht zufällig unter der Bezeichnung „erste Weltwirtschaftskrise“.<sup>17</sup> Während der Krise 1873 meint Baron *Rothschild* in Bezug auf die Situation an den Börsen: „Die ganze Welt ist eine Stadt“.<sup>18</sup>

Bezieht man den Begriff der Weltwirtschaft nicht streng auf die gesamte Welt, sondern auf das Gebiet, das für Menschen zu ihrer jeweiligen Zeit erfahrbar ist, wird bei den beschriebenen Phänomenen spätestens seit dem Hochmittelalter zu Recht von Weltwirtschaft(en) gesprochen.<sup>19</sup> Von Beginn an überschreitet die Wirtschaft Grenzen, und sogar im Nationalsozialismus wird eine Art europäische Wirtschaftsgemeinschaft mit gemeinsamer Währung wenn schon nicht verwirklicht, so doch deswegen politisch angedacht und von Wirtschaft und Industrie gefordert, weil die gegenseitige wirtschaftliche Abhängigkeit der Märkte nach einer „Optimierung indus-

---

<sup>14</sup> Die wirtschaftliche Integrationsdichte lässt sich beispielhaft untermauern: Der gesamteuropäische Güterhandel zwischen den sieben industrialisierten Staaten (Großbritannien, Frankreich, Deutschland, Belgien, Italien, Österreich und Schweiz) umfasst im Jahr 1913 ungefähr ein Drittel des industriellen Welthandels. Mehr als die Hälfte der britischen Investitionen betreffen bis 1850 den europäischen Kontinent. 25 Jahre später ist der Bestand an britischen Auslandsanleihen verfünffacht. *Niemann* Wirtschaftsgeschichte (Fn. 5), 91.

<sup>15</sup> Mitte der 1990er Jahre beträgt die Exportquote der USA 8%. Zwischen 1880 und 1915 erreicht sie durchschnittlich 7%. *Paul Krugman* Growing World Trade: Causes and Consequences, *Brookings Papers on Economic Activity* 1 (1995), 327 (331) <[www.brookings.edu/bpea-articles/growing-world-trade-causes-and-consequences/](http://www.brookings.edu/bpea-articles/growing-world-trade-causes-and-consequences/)> (03.10.2016); *Michael D. Bordo/Barry Eichengreen/Douglas A. Irwin* Is Globalization Today Really Different than Globalization a Hundred Years Ago?, *National Bureau of Economic Research Working Paper* 7195, Cambridge MA 1999, 6, 59 <[www.nber.org/papers/w7195](http://www.nber.org/papers/w7195)> (03.10.2016).

<sup>16</sup> So etwa 1825/26 auf Südamerika. *Carlos Marichal* A Century of Debt Crises in Latin America: From Independence to the Great Depression, 1820–1930, 1989, 43 ff.

<sup>17</sup> *Borchardt* Globalisierung (Fn. 3), 12.

<sup>18</sup> Zitiert nach *Nouriel Roubini/Stephen Mihm* Das Ende der Weltwirtschaft und ihre Zukunft, 2010, 167. Gleichfalls bezogen auf den Kapitalmarkt *Adam Smith* 1776: „Der Eigentümer beweglichen Vermögens ist eigentlich Weltbürger und nicht notwendigerweise an ein bestimmtes Land gebunden“. *Adam Smith* Untersuchung über Wesen und Ursachen des Reichtums der Völker, Bd. II, 1999, 808, übersetzt von *Monika Streissler*.

<sup>19</sup> *Rörig* Weltwirtschaft (Fn. 1), 23; *Borchardt* Globalisierung (Fn. 3), 16.



trieller Wirtschaftsräume“ strebt.<sup>20</sup> Natürlich gehen die Entwicklungen in den verschiedenen Regionen der Welt nicht synchron, sondern wellenartig-zyklisch vonstatten.<sup>21</sup> Immer aber ist ein beachtlicher Teil der Wirtschaft grenzüberschreitend.

Freilich: Die Grenzen, die die Wirtschaft im Zuge ihrer Internationalisierung zu überwinden hatte, waren nicht immer von gleicher Qualität.

## II. Zweite Annäherung: territorialisierte Herrschaftsgewalt

Entterritorialisierung ist zunächst ein diffuser Begriff. Das Thema „Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht“ stellt ihn in einen rechtlichen Bezug und kontextualisiert ihn mit dem staatsrechtlichen Begriff des Territoriums<sup>22</sup>. Daher wird im Folgenden der Prozess der Territorialisierung der Herrschaftsgewalt mit besonderem Blick auf die Rolle beleuchtet, die dabei die (entterritorialisierte) Wirtschaft als Regelungsgegenstand des Wirtschaftsrechts spielt.

In Europa beginnen ab dem Mittelalter<sup>23</sup> Entwicklungen, durch die am Ende politische Herrschaft auf abgegrenzten Grund und Boden bezo-

<sup>20</sup> Horst Dreier Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, *VVDStRL* 60 (2001), 9 (66).

<sup>21</sup> Wenngleich sich die ökonomische Verflechtung der Staaten durchsetzt, hat die wirtschaftliche Globalisierung etwa seit den 1880er Jahren auch mit protektionistischen Maßnahmen zu kämpfen und beruht nicht alleine auf der einfachen Verwirklichung liberalen Gedankenguts. Zu Beginn des industriellen Zeitalters verfolgt nur Großbritannien als Ursprungsland der Freihandelslehre eine liberale Handelspolitik. Eine breitere Liberalisierung greift ab Mitte des 19. Jahrhunderts Platz. So wird etwa 1860 zwischen Frankreich und Großbritannien der *Cobden-Vertrag* geschlossen und 1865 der Deutsche Zollverein gegründet. Instrukтив *Peter Krüger* Das unberechenbare Europa – Epochen des Integrationsprozesses vom späten 18. Jahrhundert bis zur Europäischen Union, 2006, 76, 88 ff.; weiters *Markus Krajewski* Wirtschaftsvölkerrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 171; vgl. auch *Christian Calliess* Repräsentanten unter Druck – Zwischen Vertrauensverlust und Ohnmacht, in: Henk Botha/Nils Schaks/Dominik Steiger (Hrsg.) Das Ende des repräsentativen Staates? Demokratie am Scheideweg, 2016, 51 (53).

<sup>22</sup> Vgl. *Johann Caspar Bluntschli* Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl. 1886, 280 f.; *Georg Jellinek* Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, 395 f.; *Hans Kelsen* Allgemeine Staatslehre, 1925, 138 ff.; *Max Weber* Politik als Beruf, 2. Aufl. 1926, 8; *Rudolf Smend* Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, 53 ff.; *Hermann Heller* Staatslehre, 6. Aufl. 1983, 159 ff.; *Florian Becker* Gebiets- und Personalhoheit des Staates, in: *HStR* XI, 3. Aufl. 2013, § 230.

<sup>23</sup> Der Beginn des frühmodernen Staates steht seit dem 13. Jahrhundert außer Frage. *Dietmar Willoweit* Rezeption und Staatsbildung im Mittelalter, in: Dieter Simon (Hrsg.) Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, 1987, 19 (32 ff.). Zum Zwang, durch Akkumulation von Landbesitz und die damit einhergehende Vergrößerung finanzieller und militärischer Mittel die Vormacht gegenüber anderen zu sichern, *Norbert Elias* Über den Prozeß der Zivilisation – soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen, Bd. II, 1997,

gen wird, die also vom „Personenverbandsstaat“ zum „Flächen- oder Territorialstaat“<sup>24</sup> führen.<sup>25</sup> Ähnlich wie die Entterritorialisierung der Wirtschaft ist die Territorialisierung der Herrschaftsmacht ein uneinheitlicher und wellenartiger Vorgang.<sup>26</sup> Spätestens<sup>27</sup> mit dem Westfälischen Frieden,<sup>28</sup> der Europa in gleichberechtigte und souveräne Territorialstaaten gliedert,<sup>29</sup> ist die Territorialisierung abgeschlossen. Zur Konstituierung seiner Macht ist der Herrscher auf Adel und Klerus als Intermediäre angewiesen. Er muss ihre Wünsche berücksichtigen und ihnen Privilegien<sup>30</sup> einräumen. Das versetzt diese Stände in die Lage, ihren Einfluss auf sämtliche Belange der Gesetzgebung und Verwaltung auszudehnen.

Zudem bedarf die Bildung territorialer Macht zur Finanzierung der Verwaltung und eines stehenden Heeres erheblicher finanzieller Mittel.<sup>31</sup> Daher

---

136 ff. Zu dem Umstand, dass auch der den Augsburger Religionsfrieden 1555 tragende Grundsatz „*cuius regio, eius religio*“ die Herrschaft eines Landesherrn über ein bestimmtes Territorium voraussetzt, die Territorialisierung so befördert und zu einem Kompetenzzuwachs auf Ebene der Länder führt, *Axel Gotthard* Der Augsburger Religionsfrieden, 2004, 212 ff., 231 ff.

<sup>24</sup> *Dietmar Willoweit* Territorialstaat, in: Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann/Dieter Werkmüller (Hrsg.) Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 1998, 146.

<sup>25</sup> Zu den Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt die gleichnamige Studie von *Dietmar Willoweit*, 1975.

<sup>26</sup> *Heinrich Mitteis* Lehnrecht und Staatsgewalt – Untersuchungen zur mittelalterlichen Verfassungsgeschichte, 1933, 454. Die gleichförmige Erstreckung der Staatsgewalt auf die gesamte, vollkommen geschlossene Fläche des Territoriums wird erst in der napoleonischen Ära Realität. *Herbert Krüger* Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, 88. Vgl. auch *Norbert Elias* Die höfische Gesellschaft, 1969, 328.

<sup>27</sup> Für die größeren und mittleren deutschen Territorien ist dies wohl bereits im 15. Jahrhundert der Fall. So *Heinz Duchhardt* Deutsche Verfassungsgeschichte 1495–1806, 1991, 55; auch *Otto Brunner* Land und Herrschaft, 3. Aufl. 1943, 190 f.; *Dieter Grimm* Ursprung und Wandel der Verfassung, in: HStR I, 2003, § 1, Rn. 5. Zur Bildung der österreichischen Länder, deren Territorialisierung gegen 1500 abgeschlossen war, *Wilhelm Brauner* Die Territorialstrukturen im süddeutsch-österreichischen Raum, in: Giorgio Chittolini/Dietmar Willoweit (Hrsg.) Hochmittelalterliche Territorialstrukturen in Deutschland und Italien, 1996, 31 (49). Zur Schweiz *Hans Conrad Peyer* Verfassungsgeschichte der alten Schweiz, 1978, 13 ff.

<sup>28</sup> Durch den Westfälischen Frieden wird der Deutsche Kaiser auch formell weitgehend entmachtet und es kommt zur beinahe uneingeschränkten Souveränität der Landesherrn. *Burkhard Schöbener/Matthias Knauff* Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 2016, Rn. 99.

<sup>29</sup> *Christoph Link* Die Bedeutung des Westfälischen Friedens in der deutschen Verfassungsentwicklung, JZ 1998, 1 (6). Weiterführend *Utz Schliesky* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, 19 ff.; *Dietmar Willoweit* Deutsche Verfassungsgeschichte, 7. Aufl. 2013, 129 f.

<sup>30</sup> Z.B. Steuerfreiheit, Ausübung bedeutender Funktionen im Staat, Wahlrecht und Abgabehoheit gegenüber Bauern.

<sup>31</sup> *Dietmar Willoweit* Die Entwicklung und Verwaltung der spätmittelalterlichen Landesherrschaft, in: Kurt G. A. Jeserich/Hans Pohl/Georg-Christoph von Unruh (Hrsg.) Deutsche Verwaltungsgeschichte – Vom Spätmittelalter bis zum Ende des Reiches, Bd. I, 1983, § 5,

steht im Zuge dieser Territorialisierung immer schon auch die Wirtschaft im Fokus hoheitlicher Gestaltung.<sup>32</sup> Sowohl die Ausbeutung von Regalien und das Erschließen von Domänen-, Steuer- und Zolleinnahmen<sup>33</sup> als auch die wirtschaftliche Tätigkeit der Fürsten selbst sind wichtige Einnahmequellen. Die Wirtschaft wird wesentliche Grundlage territorialer Herrschaft.<sup>34</sup>

Allerdings gerät auch sie in den Sog der Territorialisierung. In den europäischen Staaten regierende Dynastien drängen sowohl Venedig, das Frankreich aufgrund seines Welthandels an Reichtum weit übertrifft,<sup>35</sup> als auch die Hansestädte in ihrer Bedeutung zurück. Es ist weniger die Entdeckung Amerikas und Indiens als vielmehr die Territorialisierung der Herrschaftsmacht für das Ende einer Epoche (relativ) freien europäischen Handels verantwortlich.<sup>36</sup> Die „Unterwerfung der Wirtschaft unter die Ansprüche der

---

71; Wilfried Reininghaus Gewerbe in der frühen Neuzeit, 1990, 17; Rainer Gömmel Die Entwicklung der Wirtschaft im Zeitalter des Merkantilismus 1620–1800, 1998, 44 ff.

<sup>32</sup> Ernst Klein Geschichte der öffentlichen Finanzen in Deutschland (1500–1870), 1974, 3 ff.; Hans-Joachim Kraschewski Wirtschaftspolitik im deutschen Territorialstaat des 16. Jahrhunderts, 1978, 63 ff. Vgl. auch Reininghaus Gewerbe (Fn. 31), 18; Gömmel Entwicklung (Fn. 31), 68 ff.; Joachim Bahlke Landesherrschaft, Territorien und Staat in der frühen Neuzeit, 2012, 26.

<sup>33</sup> Seit dem 13. Jahrhundert gehen viele Regalien auf geistliche (*Confoederatio cum principibus ecclesiasticis*, 1220) und weltliche (*Statutum in favorem principum*, 1231/32) Fürsten über. Auch zahlreiche Städte erlangen Regalien, wie z. B. Zoll-, Geleit- oder Münzrechte. Die Goldene Bulle Kaiser Karls IV. von 1356 weist die Salz-, Juden-, Zoll- und Münzregalien den Kurfürsten zu und bestätigt damit eine de facto bereits bestehende Ordnung. Michael Stolleis Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 2012, 166 ff.

<sup>34</sup> Daher trägt in Bezug auf Deutschland der Verlust von Regalien und somit von wesentlicher wirtschaftlicher Macht an die Landesherren dazu bei, dass die Territorialisierung und somit die Herausbildung umfassender Souveränität zum Unterschied von Staaten wie Spanien und Frankreich nicht auf Reichs-, sondern auf Landesebene verwirklicht wird. Mitteis Lehnrecht (Fn. 26), 449; Brunner Land (Fn. 27), 189. Völlig unabhängig sind die deutschen Territorialstaaten freilich weder zu Beginn der Neuzeit noch nach 1648, weil sie dem König gegenüber auch Pflichten haben (Ausführung der Reichsgesetze, Beteiligung an militärischen Maßnahmen, Abführung von Steuern; Duchhardt Verfassungsgeschichte [Fn. 27], 52). Zum Verhältnis von Fürsten und König instruktiv Bernd Schneidmüller Konsens – Territorialisierung – Eigennutz, Frühmittelalterliche Studien 2006, 225 (240 ff.). Zu dem Umstand, dass die Landesherren das Interregnum zwischen 1250 und 1273 für den unumkehrbaren Ausbau ihrer Macht nutzen, Schliesky Souveränität (Fn. 29), 13. Zu Zweifeln, ob das „statutum in favorem principum“ – wie dort (15) behauptet – die Fürsten tatsächlich als Landesherren mit „deutlichem Territorialbezug“ bezeichnet, wengleich der Sache nach hier nicht zentral, so doch interessant, Willoweit Rezeption (Fn. 23), 37 ff. Auch das Aussterben von Adelsgeschlechtern nützt den Fürsten, die der entscheidende Faktor für die „Verstaatung“ werden. So Duchhardt Verfassungsgeschichte (Fn. 27), 53.

<sup>35</sup> Niemann Wirtschaftsgeschichte (Fn. 5), 20.

<sup>36</sup> Rörig Weltwirtschaft (Fn. 1), 35 ff.

Territorialherren<sup>37</sup> führt letztlich zu deren Abhängigkeit von wirtschaftlichem Erfolg.<sup>38</sup>

Zur Absicherung ihrer Macht unternehmen Herrscher große Anstrengungen zur Förderung der Wirtschaft. Sie versuchen, die Zahl und Qualifikation von Produzenten zu erhöhen und Fachleute durch Prämien aus dem Ausland anzuwerben. Ausbildungsmaßnahmen werden durchgeführt. Unternehmen erhalten Subventionen und Steuerprivilegien. Der Staat gewährt Technologieförderung und betreibt Standortpolitik. Auch von einer gezielten Exportförderung und der Errichtung wichtiger Transportinfrastruktur sowie der Gründung von Banken<sup>39</sup> profitiert die Wirtschaft.

Nach Überwindung des Merkantilismus gehen die Staaten dazu über, auch den grenzüberschreitenden Handel zu fördern und beginnen damit, ihre Rechtsordnungen anzugleichen.<sup>40</sup> Die normative Absicherung dieser wirtschaftlichen Globalisierung im Sinne eines Prinzips offener Märkte geschieht durch den Abschluss des GATT 1947 und die Errichtung eines internationalen Währungssystems.<sup>41</sup> Wirtschaft und Politik ziehen nun in Bezug auf die Entterritorialisierung der Wirtschaft als Bündnispartner<sup>42</sup> an

<sup>37</sup> Borchardt Globalisierung (Fn. 3), 19, unter Bezugnahme auf Rörig.

<sup>38</sup> Vgl. auch die Formulierung bei Werner Meng Völkerrechtliche Zulässigkeit und Grenzen wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Hoheitsakte mit Auslandswirkung, ZaöRV 1984, 675 (683): „Wirtschaft ist die materielle Lebensgrundlage der Staaten. [...] Sie macht die Staaten, die von ihren Früchten leben, zu Wettbewerbern.“

<sup>39</sup> Vgl. Reininghaus Gewerbe (Fn. 31), 16 ff.; Gömmel Entwicklung (Fn. 31), 48 ff.; Harm-Hinrich Brandt Der Österreichische Neoabsolutismus als Verfassungs- und Verwaltungsproblem, 2014, 334 ff. Die Gründung von Banken soll einerseits dem gesamten „mittleren“ Gewerbe eine einfache und sichere Aufnahme von Fremdkapital und so ökonomischen Rückhalt ermöglichen, andererseits eine „sprunghafte industrielle Expansion“ bewirken.

<sup>40</sup> Peter Kunz Internationale Rechtsangleichungen im Wirtschaftsrecht – Zugleich eine Besprechung der Habilitationsschrift von Jan von Hein, ZVglRWiss 2012, 296 (297). Instrukтив aus Sicht von Karl Ludwig Freiherrn von Bruck und dessen Bemühungen um eine europäische Wirtschafts-, Währungs- und Verkehrsunion Thomas J. Hagen Österreichs Mitteleuropa 1850–1866, 2015. Teilweise wird die Öffnung nationaler Grenzen auch durch einseitige Akte der Staaten vorgenommen. Christine Marie Conrad Rechtliche Entwicklung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von europäischen Regionen im Zeitalter der Globalisierung, 2003, 23. In Bezug auf das Post- und Fernmeldewesen Ludwig Kämmerer Der Integrationsgedanke und das europäische Post- und Fernmeldewesen, AVR 2 (1962), 166. Freilich ist zuvor auch der mittelalterliche Weltverkehr nicht einer der Rechtslosigkeit, sondern von geordneten Rechtsbeziehungen internationaler Art getragen, wie die Handelssperren der Hanse 1456 und deren Liquidation beweisen. Rörig Weltwirtschaft (Fn. 1), 34.

<sup>41</sup> So Herdegen Wirtschaftsrecht (Fn. 13), 7, Rn. 1.

<sup>42</sup> Ernst-Hasso Ritter Der kooperative Staat, AöR 104 (1979), 389 (392); Gunnar Folke Schuppert Verwaltungswissenschaft, 2000, 116. Vgl. auch bereits Krüger Staatslehre (Fn. 26), 612 ff.

einem Strang. Heute ist die Wirtschaft in der Lage, ihren Einfluss auf weite Bereiche der Gesetzgebung und Verwaltung zu erstrecken.<sup>43</sup>

Die Entterritorialisierung der Wirtschaft und die Territorialisierung der Herrschaftsmacht sind zwei voneinander unabhängige Prozesse. Bei genauer Betrachtung lässt sich aber verbindend erkennen, dass die Wirtschaft vor dieser Territorialisierung in relativ hohem Maße grenzüberschreitend ausgerichtet und für die Verwirklichung territorialer Herrschaftsgewalt essentiell ist. Nach dieser Territorialisierung wird sie vom Staat, der in ihre Abhängigkeit gerät, für längere Zeit in ihrer grenzüberschreitenden Dimension beschränkt. Wiederum danach fördern die Staaten grenzüberschreitenden Güteraustausch und ermöglichen weitgehend ungehinderten internationalen Handel.<sup>44</sup>

### III. Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht

#### 1. *Begriff der Entterritorialisierung*

Im Sinne einer breit angelegten Untersuchung liegt den folgenden Überlegungen ein weites Begriffsverständnis der Entterritorialisierung zugrunde.<sup>45</sup> Wesentliches Kriterium ist, dass Recht in einem Staat, in dem es nicht beschlossen wurde, gilt, seine Wirkung entfaltet oder auf dort verwirklichte Sachverhalte Anwendung findet. Auf eine strenge Unterscheidung dieser Begriffe soll es nicht ankommen. Das bedeutet insbesondere, dass völkerrechtliche Verträge, deren räumlicher Geltungsbereich sich definitionsgemäß über das Territorium zweier oder mehrerer Staaten oder Teile davon erstreckt,<sup>46</sup> selbst keine Form der Entterritorialisierung darstellen. Vielmehr

---

<sup>43</sup> Dies erhellt beispielhaft die Frage, ob – was den Einfluss auf die US-Gesetzgebung betrifft – das Silicon Valley die neue Wall Street sei. Bedenkt man, dass die NSA ohne Kooperation mit den großen IT-Konzernen überhaupt nicht arbeiten könnte, lässt dies unabhängig von Wahlergebnissen bestehende Verbindungen zwischen Wirtschaft und Politik vermuten.

<sup>44</sup> So stellt sich das Wirtschaftsrecht heute im Kontrast zu seiner Entstehung im Merkantilismus, als es umfänglicher Interventionismus und behördliche Bevormundung charakterisieren und sein Ziel nicht das Wohl des Einzelnen, sondern die Absicherung der absoluten Herrschaft ist (*Norbert Wimmer/Thomas Müller* Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 1), über weite Strecken als europäisches und internationales Freihandelsrecht dar.

<sup>45</sup> Ein solch weites Begriffsverständnis mag dem Vorwurf der Unschärfe ausgesetzt sein, es ist für den Zweck der Untersuchung, ein möglichst umfassendes Bild der Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht zu zeichnen, aber sinnvoll. Zu Zulässigkeit und Grenzen rechtswissenschaftlicher Begriffsbildung *Heinz Peter Rill* Gliedstaatsverträge, 1972, 2 f.; *Clemens Jabloner* Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt – Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, 2013, 307 f.

<sup>46</sup> Art. 29 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK).

gilt eine völkerrechtliche Regelung im hier verstandenen Sinn in jenen Staaten, in denen sie beschlossen wurde.<sup>47</sup> Die EU ist im internationalen Kontext mit „ihrem Territorium“<sup>48</sup> als einem Staat vergleichbar zu verstehen. In ihrem Inneren sind die Mitgliedstaaten im Verhältnis zueinander von der Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht in supranational verdichteter Art betroffen.

Entterritorialisierung im hier zugrunde gelegten Sinn hat unmittelbar nichts mit „Entstaatlichung des Rechts“<sup>49</sup>, „Wandel von Staatlichkeit“<sup>50</sup> oder Privatisierung<sup>51</sup> zu tun. Freilich hängen die Problemlagen zusammen und greifen ineinander, wie transnationale rechtspluralistische Beziehungen privater Akteure auf dem Feld entterritorialisierter Wirtschaft zeigen.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> Freilich können solche Verträge dazu verpflichten, fremdem Recht nach im Vertrag niedergelegten Regeln auf dem eigenen Territorium in irgendeiner Form Wirkung zu verleihen. *Martin Kment* Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, 2010, 518 m.w.N. Vgl. auch das dem Beitrag zugrunde gelegte Begriffsverständnis bei *Giovanni Biaggini* Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, VVDStRL 67 (2008), 413 (464 f., Aussprache). Grundsätzlich zum Bedeutungsverlust von Staatsgrenzen durch Europäisierung und Internationalisierung *Juliane Kokott* Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 63 (2004), 7 (14 m.w.N.).

<sup>48</sup> Der Begriff „Territorium“ wird hier mit Bezug zur Themenstellung verwendet. Damit soll nicht die „Mutation“ der Union zu einer „supranationalen Gebietskörperschaft“ in den Raum gestellt werden. Insbesondere beanspruchen Art. 52 EUV und Art. 355 AEUV bei der Festlegung des räumlichen Geltungsbereichs der Verträge keine Gebietshoheit für die EU. Vgl. *Becker* in: HStR XI (Fn. 22), § 230, Rn. 71, 73.

<sup>49</sup> Für viele *Anne Röthel* Entstaatlichung des Rechts – Eine Einführung, in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg.) Entstaatlichung des Rechts, 2014, 17 (19).

<sup>50</sup> Überblicksmäßig mit zahlreichen Nachweisen *Wolfgang Kahl* Rechts- und Sachkontrolle in grenzüberschreitenden Sachverhalten, in: HStR XI (Fn. 22), § 253, Rn. 5. Zu den Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht der gleichnamige Beitrag von *Claudio Franzius* in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 4. Vgl. auch *Matthias Ruffert* Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht, 2004, 17 m.w.N.; *Becker* in: HStR XI (Fn. 22), § 230, Rn. 113.

<sup>51</sup> Für viele *Johannes Hengstschläger* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), 165 (170); *Helmuth Schulze-Fielitz* Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 50), § 12, Rn. 108 ff.

<sup>52</sup> Vgl. etwa *Klaus F. Röhl/Stefan Magen* Die Rolle des Rechts im Prozeß der Globalisierung, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1996, 1; *Gunther Teubner* Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, Rechtshistorisches Journal 15 (1996), 253; *Gunther Handl/Joachim Zekoll/Peer Zumbansen* (Hrsg.) Beyond Territoriality – Transnational Legal Authority in an Age of Globalization, 2012; *Lars Viellechner* Transnationalisierung des Rechts, 2013; *Graff-Peter Calliess* (Hrsg.) Transnationales Recht, 2014; *Rolf Stober* Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 18. Aufl. 2015, 21; instruktiv auch *Armin von Bogdandy/Sergio Dellavalle* Die Lex mercatoria der Systemtheorie – Verortung, Rekonstruktion und Kritik aus öffentlichrechtlicher Perspektive, in: Graff-Peter Calliess/

## 2. Formen der Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht

Ein Blick in das positive Recht fördert eine Fülle von Entterritorialisierungen im Wirtschaftsrecht zutage. Bei aller Vielfalt ihrer jeweiligen Ausprägungen lassen sich diese auf zwei Grundformen zurückführen.

### a) Die einseitige Erstreckung

Die erste Kategorie der Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht ist die einseitige Erstreckung von Regelungen über das eigene Staatsgebiet hinaus. Ein solches Vorgehen steht mit dem Grundsatz in einem Spannungsverhältnis, dass Staaten Recht nur auf dem eigenen Territorium setzen und durchsetzen dürfen. Allerdings gilt das Territorialitätsprinzip unbeschränkt nur in Bezug auf die Durchsetzungshoheit (jurisdiction to enforce). Hinsichtlich der Möglichkeit, Rechtsetzung (jurisdiction to prescribe) und Rechtsprechung (jurisdiction to adjudicate) auf ausländische Sachverhalte zu erstrecken, ergeben sich dann keine rechtlichen Hindernisse, wenn ein sachlicher Zusammenhang, ein „genuine link“, besteht.<sup>53</sup> Dies trifft im Wirtschaftsrecht insbesondere dann zu, wenn im Ausland verwirklichte Sachverhalte aufgrund wirtschaftlicher Vernetzung<sup>54</sup> im Inland spürbare Auswirkungen zeitigen könnten (Auswirkungsprinzip, effects doctrine).<sup>55</sup>

---

Andreas Fischer-Lescano/Dan Wielsch/Peer Zumbansen (Hrsg.) FS Gunther Teubner, 2009, 695; Stefan Kadelbach/Klaus Günther (Hrsg.) Recht ohne Staat?, 2011. Vgl. auch das von Martin Schulte/Rudolf Stichweh herausgegebene Sonderheft „Weltrecht“ der Zeitschrift für Rechtstheorie 2008.

<sup>53</sup> StIGH, *Lotus* (Frankreich vs Türkei), PCIJ (1927) Ser. A, No 10, 18 f., 07.09.1927. Dargestellt bei Meng Zulässigkeit (Fn. 38), 737 ff.; Ekkehart Reimer Völkerrechtliche und europarechtliche Rahmenbedingungen von Behördenkooperationen, in: Michael Holoubek/Michael Lang (Hrsg.) Verfahren der Zusammenarbeit von Verwaltungsbehörden in Europa, 2012, 63 (72); Christian Walter Anwendung deutschen Rechts im Ausland und fremden Rechts in Deutschland, in: HStR XI (Fn. 22), § 237, Rn. 12. Die Verallgemeinerungsfähigkeit der *Lotus*-Entscheidung aufgrund ihres rein internationalstrafrechtlichen Bezugs und des „speziellen“ Sachverhalts noch bezweifelnd Bernhard Beck Die extraterritoriale Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen, 1986. Vgl. auch Kelsen Staatslehre (Fn. 22), 138, wonach die örtliche Geltungsbeschränkung „keineswegs aus dem Wesen einer Rechtsnorm an sich“ folgt und das Staatsgebiet den „Geltungsraum“, nicht aber den „Wirkbereich“ der staatlichen Ordnung beschreibt, sowie dazu Klaus Vogel Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, 1965, 100.

<sup>54</sup> Die zunehmende Verflechtung wirtschaftlicher Sachverhalte in globalem Maßstab war treibende Kraft für den Beginn extraterritorialer Rechtsanwendung. Johannes Richter Die extraterritoriale Anwendung der *antifraud*-Vorschriften im US-amerikanischen Kapitalmarktrecht, 2012, 44.

<sup>55</sup> Grundlage hierfür ist die *Alcoa*-Entscheidung des US Court of Appeals for the Second Circuit 1945 als im konkreten Fall letztinstanzliches Gericht (*United States v Aluminium*

Das Spektrum von Erstreckungen im Wirtschaftsrecht ist breit und reicht von Maßnahmen zur Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen über die Absicherung außenpolitischer Zielsetzungen bis zum Umweltschutz.

Das wohl bekannteste Beispiel für eine Erstreckung staatlichen Wirtschaftsrechts ist die Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts auf ausländische Sachverhalte. Da es Staaten offen stehen muss, ihre Märkte gegen Angriffe aus dem Ausland zu verteidigen, bringen sie ihr Kartellrecht bereits dann gegen Wettbewerbsbeschränkungen, deren Ursprung im Ausland liegt, in Stellung, wenn diese zumindest wahrscheinlich sind.<sup>56</sup>

Instrumentell ähnlich funktionieren einseitige<sup>57</sup> Wirtschaftsembargos.<sup>58</sup> So verboten die USA im Pipeline-Embargo den Export von bestimmten, im

---

*Co. of America*, 148 F.2d 416 [2d Cir. 1945]). Hiezu und zur weiteren Entwicklung des Auswirkungsprinzips im US-Kartellrecht für viele *Daniel J. Zimmer* Konkretisierung des Auswirkungsprinzips bei Hard-core-Kartellrechtsverstößen, 2013, 40 ff., 59 ff.

<sup>56</sup> Zum nur geringen Unterschied zwischen Auswirkungsprinzip und dem vom EuGH – mit Rücksicht auf das Vereinigte Königreich zumindest der Sprache nach – verfolgten Durchführungsprinzip *Jürgen Basedow* Der Handlungsort im internationalen Kartellrecht – Ein juristisches Chamäleon auf dem Weg vom Völkerrecht zum internationalen Zivilprozessrecht, FS 50 Jahre FIW: 1960 bis 2010, 2010, 129 (133); *Thomas Kustor* Völkerrechtliche Aspekte von Internal Investigations, in: ders. (Hrsg.) Unternehmensinterne Untersuchungen, 2010, 163 (166); *Friederike Kluth* Das Marktauswirkungsprinzip im Kollisionsrecht des Kartell- und Lauterkeitsrechts, 2014, 76 f.; *Walter Frenz* Handbuch Europarecht – Europäisches Kartellrecht, Bd. II, 2. Aufl. 2015, Rn. 386 ff. Dazu, dass die Kartellrechtsanwendung sowohl nach dem Auswirkungs- als auch nach dem Durchführungsprinzip eine extraterritoriale Rechtsanwendung darstellt, *Florian Wagner-von Papp* Internationales Wettbewerbsrecht, in: *Tietje*, Begriff (Fn. 12), § 11, Rn. 6. Dort in Rn. 20 f. auch zur verzögerten Anerkennung des Auswirkungsprinzips durch das Vereinigte Königreich. Auch *Helmuth Schröter A.* Vorbemerkungen zu den Artikeln 101 bis 105 AEUV, in: *Helmuth Schröter/Thinam Jakob/Robert Klotz/Wolfgang Mederer* (Hrsg.) Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2014, 203, Rn. 105 ff. Vgl. auch die gesetzliche Verankerung des Auswirkungsprinzips in § 185 Abs. 2 dt. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), § 24 ö. Kartellgesetz 2005 (KartG), Art. 2 Abs. 2 Schweizer Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen – Kartellgesetz (KG).

<sup>57</sup> Zum vergeblichen Bemühen der UN-Vollversammlung, die USA zum 20. Mal zur Beendigung des Kuba-Embargos zu bringen, und zu konkreten Beispielen von US-amerikanischen Verfahren im Zuge des Embargos vor allem gegen große Banken *Winfried Huck* Compliance im Spannungsfeld extraterritorialer Anwendung US-amerikanischen Rechts durch das US Department of the Treasury's Office of Foreign Assets Control (OFAC), in: ders./Thomas Kurth (Hrsg.) Compliance aus dem Blickwinkel des internationalen und europäischen Wirtschaftsrechts – Die Extraterritorialität angelsächsischer Embargo- und Strafvorschriften, 2013, 21 (23 ff.). Zum unilateralen Handeln im Rahmen des GATT *Michael J. Hahn* Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie, 1996, 285 ff.

<sup>58</sup> Dazu *Gilbert Gornig* Die völkerrechtliche Zulässigkeit eines Handelsembargos, JZ 1990, 113; *Kathrin Osteneck* Die Umsetzung von UN-Wirtschaftssanktionen durch die Europäische Gemeinschaft: völker- und europarechtliche Rahmenbedingungen für ein



Ausland hergestellten technischen Produkten von einem fremden Staat in einen anderen.<sup>59</sup> Betroffen waren auch im Ausland gegründete Tochtergesellschaften amerikanischer Unternehmen. Ein anderes Mal untersagten die USA US-Angehörigen und US-Unternehmen im Ausland bei hohen Strafandrohungen, mit Kuba und im Ausland befindlichen Kubanern Geschäfte abzuwickeln.<sup>60</sup> Die Liste von – in ihrer jurisdiktionellen Reichweite umstrittenen und mit Strafen bis zu neun Mrd. US-Dollar bewehrten<sup>61</sup> – Embargos ließe sich fortsetzen.<sup>62</sup>

---

Tätigwerden der Europäischen Gemeinschaft im Bereich von UN-Wirtschaftssanktionsregimen unter besonderer Berücksichtigung der Umsetzungspraxis der EG-Organe, 2004; *Andreas F. Lowenfeld* International Economic Law, 2. Aufl. 2008, 890; *Marc Bungenberg* Art. 215 AEUV, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.) Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015; *Henning C. Schneider/Jörg Philipp Terhechte* Art. 15 AEUV, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, 58. EL. 2016. Auch *Joy Gordon* Extraterritoriality: Issues of Overbreadth and the Chilling Effect in the Cases of Cuba and Iran, Harvard International Law Journal Online 57 (2016), 1 <[http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/January-2016\\_Vol-57\\_Gordon.pdf](http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/January-2016_Vol-57_Gordon.pdf)> (03.10.2016).

<sup>59</sup> Das Embargo wurde als Reaktion auf die Verhängung des Kriegsrechts in Polen 1981 erlassen, zielte auf Exporte in die Sowjetunion und wurde damit begründet, dass es sich um US-Technologie handle, die der amerikanischen Jurisdiktion auf der gesamten Welt unterliege.

<sup>60</sup> Helms Burton-Act 1996. Dieses Embargo erweiterten die USA auf ausländische Unternehmen, die in ehemaliges, von Kuba enteignetes US-amerikanisches Eigentum investierten, und ermöglichten ehemals enteigneten US-Bürgern, solche Investoren auf den dreifachen Schadenersatz zu verklagen. Abgerundet wurde das Embargo durch Einreiseverbote für Manager und Aktieninhaber der betroffenen Unternehmen einschließlich deren Familien. Zum Helms Burton-Act *Andreas F. Lowenfeld* The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act, AJIL 90 (1996), 419 ff.; *Jeffrey L. Snyder/Stefano Agostini* New U.S. Legislation to Deter Investment in Cuba, JWT 30 (1996), 37 ff.; *Claus Kress/Jochen Herbst* Der Helms Burton-Act aus völkerrechtlicher Sicht, RIW 1997, 630 ff.; *Werner Meng* Extraterritoriale Jurisdiktion in der US-amerikanischen Sanktionsgesetzgebung, EuZW 1997, 423 ff.; *Brigitte Stern* Can the United States set Rules for the World?, JWT 31 (1997), 5 (9 f.); *Herdegen* Wirtschaftsrecht (Fn. 13), 32 f. Zum Helms Burton-Act und zur entsprechenden EG-Blocking-Verordnung *Manfred Rotter* Helms Burton – EG – Österreich (oder: ein „Kampf ums Recht“ der besonderen Art), in: Peter Fischer/Margit Maria Karolus/Sigmar Stadlmeier (Hrsg.) FS Franz Köck, 2009, 465.

<sup>61</sup> Nimmt man die vollständige Liste in den Blick, zeigt sich, dass es die USA sind, die unilateral Embargos mit expansiver Ausgestaltung zur zum Teil sehr vehementen Verfolgung ihrer außenpolitischen Ziele einsetzen. So ist etwa die Bestrafung der BNP Paribas-Bank wegen der Verletzung von US-Sanktionen in der Höhe von beinahe 9 Mrd. Dollar Ausdruck einer faktischen Überlegenheit auf der politischen Weltbühne, die im Spannungsverhältnis zur souveränen Gleichheit der Staaten steht. Solche Bestrafungen überschreiten nach vielfacher Meinung die Grenzen des völkerrechtlich Zulässigen zumindest dann, wenn sie auch selbständige ausländische Unternehmen betreffen oder nach völkerrechtlichen Maßstäben unverhältnismäßig hohe Strafen verhängt werden. Vgl. *Tietje* in: ders., Begriff (Fn. 12), § 1, Rn. 119; *Otto Sandrock* Völkerrechtliche Grenzen staatlicher Gesetzgebung, ZVglRWiss 2016, 1 (17); mit Bezug zur kritischen Meinung der Europäischen

Weltweit Aufsehen erregte der jüngste FIFA-Skandal, der auch durch eine Erstreckung nationalen Rechts ins Rollen kam. Auf der Grundlage eines US-amerikanischen Anti-Korruptionsgesetzes<sup>63</sup> reichte als Anknüpfungspunkt für ein spektakuläres Einschreiten des FBI gegen führende FIFA-Funktionäre in der Schweiz, dass die Betroffenen für verdächtige Zahlungen US-Dollar und amerikanische Konten benutzt hatten. Ähnlich extensive Regelungen zur Bekämpfung von Korruption im Ausland hat Großbritannien erlassen.<sup>64</sup> Die Gesetze folgen keinem reinen Auswirkungsprinzip mehr. Vielmehr muss sich die Tathandlung lediglich im Rahmen eines „zwischenstaatlichen Verkehrs“ abgespielt haben. Dafür genügt sogar ein Telefonat in die USA oder ein E-Mail, das über einen amerikanischen Server gelaufen ist. Verantwortlichkeit des Unternehmens tritt bereits dann ein, wenn keine ausreichenden Präventivmaßnahmen, insbesondere in Form von Compliance-Maßnahmen, getroffen wurden.<sup>65</sup> Bei Verletzung

---

Kommission *Matthias Hartwig* Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 2007, ZaöRV 2010, 181 (190).

<sup>62</sup> Etwa mit dem Embargo gegen Libyen und den Iran 1996, womit die USA auch das Verhalten fremder Staatsangehöriger erfassten, die keine spezifische (personelle oder territoriale) Verbindung zu den USA aufwiesen. Zu diesen Embargos *Martin Vogt* Compliance mit US-Sanktionsregelungen zu Iran mit extraterritorialer Wirkung, in: Huck/Kurth (Fn. 57), 97 (108 ff.); *Herdegen* Wirtschaftsrecht (Fn. 13), 32, Rn. 58.

<sup>63</sup> Mit dem Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) gingen die USA gegen im Ausland, also extraterritorial vorgenommene Bestechungen seinerzeit aus innenpolitischen Gründen im Gefolge der Watergate-Affäre vor, was in Bezug auf die Extraterritorialität zu Widerständen anderer Staaten und hinsichtlich ihrer Wettbewerbsposition zu spürbaren Nachteilen US-amerikanischer Unternehmen auf dem Weltmarkt führte. Mit der – völkerrechtlich umstrittenen – einseitigen Erstreckung ihrer Maßstäbe beseitigten die USA diese Wettbewerbsverzerrungen. Vgl. *Sarah C. Kaczmarek/Abraham L. Newman* The Long Arm of the Law: Extraterritoriality and the National Implementation of Foreign Bribery Legislation, *International Organization* 65 (2011), 745 (751). Zuvor zählte Bestechung jahrzehntelang zur üblichen Geschäftspolitik, die eingesetzten Beträge waren steuerlich absetzbar. *Christine Hohmann-Dennhardt* Rechtsetzung in Konkurrenz? Unternehmen zwischen Normmachung, Normgebung und kulturellem Wandel, in: Österreichische Juristenkommission (Fn. 49), 59 (62). Zur Entwicklung der Korruptionsbekämpfung *Michael Frome* Extraterritoriale Wirkung des U.S. Rechts am Beispiel des Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) für Zahlungen gegenüber Dritten im Ausland – Eine neue Compliance-Herausforderung zur Prävention im Unternehmen, in: Huck/Kurth (Fn. 57), 153 (167 ff.). Zu Fallgruppen der Praxis amerikanischer Behörden *Sandrock* Grenzen (Fn. 61), 8 ff.

<sup>64</sup> Zum noch etwas weitergehenden Ansatz dort *Ian Hargreaves/Tess Forge* The Bribery Act 2010 (the Act) and its implications for international companies, in: Peter Lewisch (Hrsg.) *Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit*, Jahrbuch 2011 (2011), 89 (98 f.).

<sup>65</sup> *Kustor* Aspekte, in: ders. (Fn. 56), 168 f.; *Christian Banse* UK Bribery Act: Welche Risiken ergeben sich für deutsche Unternehmen?, in: Huck/Kurth (Fn. 57), 67 (69); *Hohmann-Dennhardt* Rechtsetzung, in: Österreichische Juristenkommission (Fn. 63), 62.

ihrer Vorgaben verlangen die USA unternehmensinterne Untersuchungen, die von internationalen Anwaltskanzleien, die manchmal auch den US-Behörden nahestehen,<sup>66</sup> durchgeführt werden. Die betroffenen Unternehmen nehmen diese Prüfungen sogar auf eigene Kosten vor, weil sie nur so Hoffnung auf Milderung von Strafen haben, die in die hunderte Millionen Euro gehen können.<sup>67</sup>

Auf das Bekanntwerden der Existenz tausender versteckter Konten im Ausland reagierten die USA mit dem Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA). Danach müssen ausländische Finanzinstitute periodisch und automatisch Identität und Vermögen amerikanischer Kunden melden und bei Zahlungen an nicht FATCA-konforme Finanzinstitute oder Kontoinhaber einen 30%igen Steuerabzug vornehmen.<sup>68</sup> Als Druckmittel dient eine hohe Quellensteuer, die für Investitionen der betroffenen Institute in den USA bei Nichtbefolgung eingehoben wird. Das Werk funktioniert: Mittlerweile arbeiten 80 Staaten und rund 77.000 Finanzinstitutionen mit den USA zusammen.<sup>69</sup> Die im Ergebnis erschreckende Einseitigkeit der Maßnahme und gleichzeitig die dahinter stehende wirtschaftliche Macht der USA werden offensichtlich, wenn man weiß, dass diese selbst keine Vermögensdaten an andere Staaten liefern und sie noch immer nicht unter den 101 Staaten zu finden sind, die – wie nun auch Panama, Bahrain und der Libanon – die OECD-Standards zur Bekämpfung von Geldwäsche, Steuerflucht und Korruption beachten.

Ein wiederum rein nationaler Finanzskandal bewirkte eine Erstreckung US-amerikanischer Vorschriften im Bereich der Wirtschaftsprüfung. Der Sarbanes-Oxley Act ist auch auf nichtamerikanische Wirtschaftsprüfer anwendbar, die außerhalb der USA Tochtergesellschaften von in den USA an Börsen notierten amerikanischen Unternehmen beurteilen. Diese Prüfer müssen sich bei einer amerikanischen Behörde registrieren lassen.<sup>70</sup> Nur wer deren Standards in Bezug auf Qualitätskontrolle, Berufsethik und

---

<sup>66</sup> *Ingeborg Zerbes* Transnationales Korruptionsstrafrecht, in: Calliess (Fn. 52), 539 (548).

<sup>67</sup> Zu den Top-Ten-FCPA-Strafen *Frome* Wirkung, in: Huck/Kurth (Fn. 57), 161.

<sup>68</sup> Eine Bankengruppe wird insgesamt als nicht FATCA-konform angesehen, wenn dies auch nur bei einem einzigen zur Gruppe zählenden Institut der Fall ist.

<sup>69</sup> Im Fahrwasser von FATCA hat die OECD an einem Regelwerk zum automatischen Steuerdatenausgleich gearbeitet und den entsprechenden Standard im Herbst 2014 festgelegt. Zugleich wurden eine Änderung der EU-Amtshilfe-RL beschlossen (RL 2014/107/EU, ABl. L 2014/359, 1) und der automatische Steuerdatenaustausch innerhalb der EU erweitert. Vgl. auch das Abkommen zwischen der Republik Österreich und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Zusammenarbeit für eine erleichterte Umsetzung von FATCA, BGBl. III 2015/16.

<sup>70</sup> Die Registrierung erfolgt beim Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB), einer privatrechtlich organisierten, nicht gewinnorientierten Einrichtung.

Unabhängigkeit genügt, ist registrierungsfähig. Das Gesetz unterstellt die ausländischen Prüfer der amerikanischen Gerichtsbarkeit.<sup>71</sup>

Aktuelle Beispiele für Erstreckungen durch die EU finden sich im Emissionshandel, dem auch Flugzeuge unterstellt werden, die ihre Emissionen zwischen Start und Landung nicht nur in der EU ausstoßen,<sup>72</sup> und in der Datenschutz-Grundverordnung: Diese normiert im Marktortprinzip ein

<sup>71</sup> Sämtliche wichtigen US-amerikanischen Kapitalmarktgesetze waren ursprünglich mit extraterritorialer Wirkung ausgestattet. Beschränkt wurde eine (allzu) erstreckungsfreundliche Praxis durch das Grundsatzurteil des US Supreme Court im Fall *Morrison vs National Australia Bank* (*Morrison et al v National Australia Bank LTD et al.*, Supreme Court, 561 U.S. 247 [2010]). Seither gilt eine „presumption against extraterritoriality“ und US-amerikanisches (Wertpapier-)Recht findet nur noch Anwendung, wenn an einer Börse in den USA notierte Titel betroffen sind oder die Transaktion auf amerikanischem Boden stattfindet. Zum Urteil *Matthias Lehmann* Eine neue Ära der extraterritorialen Anwendung US-amerikanischen Rechts, RIW 2010, 841 (zur Frage, ob die Entscheidung weitere restriktive Wirkung entfaltet als nur in Bezug auf das Finanzmarktrecht, dort 848); *Peter Mankowski* Extraterritoriale Reichweite des US-Wertpapierrechts? Die Entscheidung des US Supreme Court in *Morrison v. National Australia Bank* und der 2010 Wall Street Reform and Consumer Protection Act, NZG 2010, 961. *Winfried Huck* Extraterritorialität US-amerikanischen Rechts im Spannungsverhältnis zu nationalen, supranationalen und internationalen Rechtsordnungen, NJOZ 2015, 993 (995; „kopernikanische Wende“ sowie Verweis auf die Bestätigung durch das Urteil des US Supreme Court, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 569 U.S. im Jahr 2013). Vgl. zu den Bemühungen der USA, der EU und dem asiatischen Raum, im internationalen Kontext ihre entsprechenden Standards (durch) zu setzen *Onnig H. Dombalagian* Transnational Capital Market Regulation and the Role of the Stock Exchange, in: *Handl/Zekoll/Zumbansen* (Fn. 52), 373 (383).

<sup>72</sup> Diese Einbeziehung kann – wenngleich von den betroffenen Drittländern und deren Fluggesellschaften scharf kritisiert – nach Ansicht des EuGH auf das Auswirkungsprinzip gestützt werden, weil die Flugzeuge zum Zeitpunkt der Landung und des Starts der Hoheitsgewalt der Mitgliedstaaten unterliegen und der CO<sub>2</sub>-Ausstoß des gesamten Flugs lediglich als Berechnungsgrundlage dient. EuGH 21.12.2011, C-366/10, *Air Transport Association of America et al/Secretary of State for Energy and Climate Change*, ECLI:EU:C:2011:864. Zum Urteil *Marco Athen* „Hinterm Horizont geht’s weiter“, EuZW 2012, 337; *Hans-Georg Dederer* Grenzübergreifender Umweltschutz, in: HStR XI (Fn. 22), § 248, Rn. 110; auch *Martin Bartlik* Die Einbeziehung des Luftverkehrs in das EU-Emissionshandelssystem, EuR 2011, 196; *Eckhard Reh binder* Extra-Territoriality of Pollution Control Laws from a European Perspective, in: *Handl/Zekoll/Zumbansen* (Fn. 52), 127 (158 f.). Zur Kritik der Adressaten an der Erstreckung und zur umstrittenen Frage, ob durch die Erstreckung unzulässig in die Souveränität von Drittstaaten eingegriffen wird, *Felix Hardach* TEHG, in: *Martin Beckmann/Wolfgang Durner/Thomas Mann/Marc Röckinghausen* (Hrsg.) *Landmann/Rohmer Umweltrecht Kommentar*, 79. EL. 2016, § 11, Rn. 6 f. m.w.N. Zur Erweiterung auf den Schiffsverkehr *Merle Lassen* Einbeziehung des Schiffsverkehrs in das Emissionshandelssystem, ZUR 2010, 57; *Jan-Henrik Hinselmann* Völker- und unionsrechtliche Aspekte der Einführung des Emissionshandels in den Schiffsverkehr, ZUR 2014, 473.

„datenschutzrechtliches Auswirkungsprinzip“<sup>73</sup> und erfasst auch die Verarbeitung personenbezogener Daten durch außerhalb der EU niedergelassene Verantwortliche, wenn die datenverarbeitenden Stellen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anbieten oder ihr Verhalten beobachten. Wesentlicher Effekt dieser Erstreckung ist auch die Vereinheitlichung von Wettbewerbsbedingungen.<sup>74</sup>

Im internationalen Steuerrecht unterscheiden die Gesetze in der Regel zwischen einer unbeschränkten Steuerpflicht von im Inland ansässigen Personen und einer beschränkten Steuerpflicht von nicht ansässigen Personen mit Einkünften aus inländischen Quellen und erstrecken so die Steuerpflicht.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Daniel Ennöckl Aktuelle Herausforderungen im Datenschutzrecht, JRP 2015, 158 (163); Jörg Hladjk Sachlicher und räumlicher Anwendungsbereich der DSGVO, in: Rainer Knyrim (Hrsg.) Datenschutz-Grundverordnung, 2016, 39 (41 f.). Auch Jürgen Kühling/Mario Martini Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, EuZW 2016, 448 (450); Mehrdad Payandeh Entterritorialisierung des Öffentlichen Rechts: Transnationale Individualrechtsverletzungen zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht, DVBl 2016, 1073 (1080; allerdings statt „Marktortprinzip“ „Marktordnungsprinzip“). Vgl. auch Peter Schantz Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht, NJW 2016, 1841, der erwägt, die Datenschutz-Grundverordnung könnte durch die Erstreckung letztlich einen globalen Standard setzen.

<sup>74</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. a und b Datenschutz-Grundverordnung VO 2016/679/EU, ABl. L 2016/199, 1. Die zunehmende Nähe des Datenschutzrechts zum Wettbewerbsrecht wird aufgrund der steigenden wirtschaftlichen Bedeutung von Daten immer größer. So kann ein Unternehmen durch Verstöße gegen das Datenschutzrecht etwa seine Marktmacht missbrauchen. Solche Verstöße können sich Unternehmen wie Facebook nur erlauben, weil sie in ihrer Tätigkeit keine Konkurrenz haben. Die fortschreitende Sammlung von Daten baut ihre dominante Stellung dann immer weiter aus. Vgl. dazu die Einleitung eines Verfahrens durch das deutsche Bundeskartellamt gegen Facebook: Bundeskartellamt Bundeskartellamt eröffnet Verfahren gegen Facebook wegen Verdachts auf Marktmissbrauch durch Datenschutzverstöße, Pressemeldung vom 02.03.2016 <[http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02\\_03\\_2016\\_Facebook.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html)> (04.10.2016); Redaktion MMR-Aktuell BKartA leitet Verfahren gegen Facebook ein, MMR-Aktuell 2016, 376674.

<sup>75</sup> Üblicherweise sieht das Recht des Ansässigkeitsstaats vor, dass dieser die im Ausland auf die dort erzielten Einkünfte bezahlte Steuer auf die Steuer anrechnet, die er auf diese Einkünfte erhebt. So verbleibt dem Quellenstaat grundsätzlich die primäre Besteuerung der in seinem Gebiet erzielten Einkünfte, Quellensteueransprüche fremder Staaten werden in den Gesetzen bis zu einem gewissen Grad als legitim anerkannt. Weil diese Regelungen jedoch häufig keine effektive Abgrenzung der Besteuerungszuständigkeiten gewährleisten und weil Mehrfachbesteuerung grenzüberschreitendes Wirtschaften behindert und zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann, wird die Abgrenzung durch zahlreiche Doppelbesteuerungsabkommen vorgenommen. Zu alledem Moris Lehner Internationale Reichweite staatlicher Besteuerungshoheit, in: HStR XI (Fn. 22), § 251, Rn. 6, 39, 42 f.; Matthias Valt

Importverbote stellen sich streng genommen nicht als Erstreckung nationaler Regelungen auf ausländische Sachverhalte dar, weil sie keine Vorgänge in einer fremden Jurisdiktion „regeln“.<sup>76</sup> Allerdings sind auch sie geeignet, nationale Interessen auf fremde Staaten zu übertragen. So etwa in dem Fall, in dem die USA ein Importverbot für nicht „delfinsicher“ gefangene Thunfische verhängten.<sup>77</sup>

Als letztes Beispiel für Erstreckungen sei die Einbeziehung ausländischer Interessen und Interessierter in Verfahren – etwa im Zuge einer Genehmigung gefährlicher und/oder umweltbelastender Anlagen – erwähnt. Im Hintergrund der „einseitig um einen extraterritorialen Schutzraum angereicherten Normen“<sup>78</sup> steht der völkerrechtliche Grundsatz, dass Staaten auf ihrem Territorium keine Maßnahmen setzen oder dulden dürfen, die in einem benachbarten Staat schwere Umweltbelastungen verursachen können.<sup>79</sup> Betroffene aus einem Nachbarstaat sind dem Genehmigungsverfahren allenfalls beizuziehen.<sup>80</sup> In diesen Fällen führt ein fakti-

---

Das Internationale Steuerrecht zwischen Effizienz, Gerechtigkeit und Entwicklungshilfe, 2014, 311 f.

<sup>76</sup> Geregelt wird der Importvorgang, der rein territorial stattfindet; daher besteht bei einem – anders als hier zugrunde gelegten – engen Verständnis keine Erstreckung. Tobias Bender Unilaterale Exportverbote von *Domestically Prohibited Goods* zum Umwelt- oder Gesundheitsschutz im Ausland und ihre Rechtmäßigkeit nach dem GATT, ZaöRV 2003, 1007 (1020); Erich Vranes Die extraterritoriale Durchsetzung politischer Interessen im Wege der Ausübung extraterritorialer Jurisdiktion und unilateralen Drucks, JRP 2008, 38 (42).

<sup>77</sup> Dazu August Reinisch Jurisdiction: Grenzen der Staatsgewalt, in: Fritz Schwind/Hans Hoyer/Helmut Ofner (Hrsg.) FS 50 Jahre ZfRV, 2013, 171 (175, 179 m.w.N.). Es war völkerrechtlich zulässig, dass durch das Importverbot im erwähnten Fall ein extraterritorial belegenes Gut, die Delfine, geschützt werden sollte. Dazu Panel Report, US – *Restrictions on Imports of Tuna (Tuna I)*, WT/DS21/R, 03.11.1991; Panel Report, US – *Restrictions on Imports of Tuna (Tuna II)*, WT/DS29/R, 16.06.1994; Panel Report, US – *Measures concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/R, 15.11.2011. So auch der Schutz von Schildkröten im Appellate Body Report, US – *Shrimp*, WT/DS58/AB/R, 12.10.1998.

<sup>78</sup> *Kment* Verwaltungshandeln (Fn. 47), 285 f., 288 f., 315.

<sup>79</sup> Näher hiezu Astrid Epiney Das „Verbot erheblicher grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen“, AVR 33 (1995), 309; Herdegen Wirtschaftsrecht (Fn. 13), 111. Subjektive Rechte des Einzelnen verbürgt dieser an die Staaten gerichtete Grundsatz allerdings nicht. Anne Peters Jenseits der Menschenrechte, 2014, 422.

<sup>80</sup> Vgl. BVerwGE 75, 285, wonach – auf einfachgesetzlicher Ebene (völkerrechtsfreundliche Auslegung des Atomgesetzes) – im Ausland ansässigen Ausländern entsprechende subjektiv-öffentliche Rechte einzuräumen sind. Näher dazu *Kment* Verwaltungshandeln (Fn. 47), 382 ff. Die Frage, ob dies – wegen grundrechtlicher Verpflichtung – auch verfassungsrechtlich geboten ist, bejahend Christoph Ohler Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2005, 288, mit Nachweisen auch zur Gegenmeinung; Rainer Hofmann Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, 1994, 342 f.; Florian Becker

scher Auslandsbezug insofern zur Erstreckung nationaler Normen, als diese auch auf im Ausland ansässige Ausländer zur Anwendung gelangen.<sup>81</sup>

Werden gegen derart genehmigte Anlagen im Ausland Unterlassungsurteile erwirkt, darf der Genehmigungsstaat deren Vollstreckung abwehren, wenn die Anlagengenehmigung mit dem Umweltvölkerrecht in Einklang steht.<sup>82</sup> Innerhalb der EU wird dieser Grundsatz um das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ergänzt. Im Gefolge einer in Österreich eingebrachten Klage gegen das Atomkraftwerk Temelin entschied der EuGH daher, dass § 364a des österreichischen ABGB auch in Bezug auf die tschechische Kraftwerksgenehmigung anzuwenden ist.<sup>83</sup> § 364a ABGB schließt Immissionsabwehrklagen in Bezug auf behördlich genehmigte Anlagen aber aus.<sup>84</sup> Das Gericht hatte die tschechische Genehmigung wie eine in Österreich erlassene zu behandeln, was eine erfolgreiche Klagsführung in Österreich vereitelte.<sup>85</sup> In dieser Konstellation führt eine Art der Erstreckung einer nationalen Norm in Kombination mit dem

---

Grenzüberschreitende Reichweite deutscher Grundrechte, in: HStR XI (Fn. 22), § 240, Rn. 70 ff.; *Payandeh* Entterritorialisierung (Fn. 73), 1077. Zur Übertragung dieses Grundsatzes vom Atomrecht auf das anlagenbezogene Immissionsschutzrecht *Jörg Menzel* Internationales Öffentliches Recht, 2011, 750. Auch BVerwGE 132, 152 (Verbot grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen als Bestandteil des universellen Völkergewohnheitsrechts).

<sup>81</sup> Auf sekundärrechtlicher Ebene finden sich einschlägige Bestimmungen etwa in der UVP-RL (Art. 7 RL 2011/92/EU, ABl. L 2012/26, 1, i.d.F. RL 2014/52/EU, ABl. L 2014/124, 1) und der Industrieemissions-Richtlinie (Art. 26 RL 2010/75/EU, ABl. L 2010/334, 17, i.d.F. der Berichtigung ABl. L 2012/158, 25).

<sup>82</sup> Weiterführend und m.w.N. *Dederer* in: HStR XI (Fn. 72), § 248, Rn. 114. Zum zwischen Deutschland und Österreich 1967 vertraglich besonders geregelten Fall des Flughafens Salzburg, der dem Modell der Anerkennung ausländischer Genehmigungsentscheidungen folgt, *Wolfgang Durner* Internationales Umweltverwaltungsrecht, in: Christoph Möllers/Andreas Voßkuhle/Christian Walter (Hrsg.) Internationales Verwaltungsrecht, 2007, 121 (137).

<sup>83</sup> EuGH 27.10.2009, C-115/08, *Land Oberösterreich/CEZ*, ECLI:EU:C:2009:660. Diese Ansicht wurde in der österreichischen Rechtsprechung bis zu einer gegensätzlichen Entscheidung des OGH im Jahr 2006 dann vertreten, wenn es sich um völkerrechtlich zulässige Immissionen handelte und die Genehmigungsvoraussetzungen im Herkunftsland den in Österreich geltenden im Wesentlichen gleichwertig waren.

<sup>84</sup> § 364a ABGB lautet: „Wird jedoch die Beeinträchtigung durch eine Bergwerksanlage oder eine behördlich genehmigte Anlage auf dem nachbarlichen Grund in einer dieses Maß [Anm.: das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß] überschreitenden Weise verursacht, so ist der Grundbesitzer nur berechtigt, den Ersatz des zugefügten Schadens gerichtlich zu verlangen, auch wenn der Schaden durch Umstände verursacht wird, auf die bei der behördlichen Verhandlung keine Rücksicht genommen wurde.“ Dazu *Karl Spielbichler* § 364a ABGB, in: Peter Rummel (Hrsg.) ABGB, 3. Aufl. Stand 1.1.2000 (rdb.at, 04.10.2016); *Paul Oberhammer* § 364a ABGB, in: Michael Schwimann/Georg Kodek (Hrsg.) ABGB Praxiskommentar, Bd. II, 4. Aufl. 2012.

<sup>85</sup> *Ohler* Kollisionsordnung (Fn. 80), 53; *Dederer* in: HStR XI (Fn. 72), § 248, Rn. 115.

Diskriminierungsverbot zur Anerkennung eines ausländischen Rechtsakts und somit zur zweiten Form der Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht, die den Gegenstand der folgenden Überlegungen bildet.

b) *Die Anerkennung*

Im Gegensatz zur Erstreckung ist der Anerkennung ein konsensualer Charakter eigen. Schon *Savigny* beschrieb die Anerkennung fremden Rechts als „freundliche Zulassung“.<sup>86</sup> In ihrer „Urform“ beschränkt der anerkennende Staat seinen Souveränitätsanspruch und räumt fremden Hoheitsakten durch eine formale Übernahme auf seinem Territorium gewisse extraterritoriale Wirkungen ein.<sup>87</sup> Der Ursprung der Anerkennung liegt im nichtharmonisierten Bereich.<sup>88</sup> Im Folgenden wird abermals ein weites Begriffsverständnis<sup>89</sup> zugrunde gelegt.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> *Friedrich Carl von Savigny* System des heutigen römischen Rechts, Bd. VIII, 1849, 28.

<sup>87</sup> *Sascha Michaels* Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland, 2004, 66; *Kment* Verwaltungshandeln (Fn. 47), 455, 531; *Werner Schroeder* Hintergrund, Ziele und Ausformungen von Anerkennungs- und Herkunftslandprinzip, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.) Anerkennungs-/Herkunftslandprinzip in Europa, 2010, I (4).

<sup>88</sup> Daher wird ihr auch dezentraler Charakter zugeschrieben. Vgl. *Werner Schroeder* Gegenseitige Anerkennung im Lebensmittelsektor – Herkunft und Entwicklung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung unter Berücksichtigung des neuen horizontalen EU-Produktrechts, ZLR 2009, 279 (282).

<sup>89</sup> Zum Begriff umfänglich *Michaels* Anerkennungspflichten (Fn. 87), 50 ff. Zu ausnahmsweise bestehenden Pflichten zur Anerkennung aufgrund Völkergewohnheitsrechts dort 81 ff.

<sup>90</sup> In Frage kommen die Anerkennung fremder Hoheitsakte und die Anerkennung fremden Rechts. Dem hier zugrunde liegenden Begriffsverständnis von Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht kommt es vor allem in horizontaler Hinsicht auf die Wirkungen fremden Rechts in einem Staat an, in dem dieses nicht beschlossen wurde (im oben III.1. festgelegten Sinn). Daher wäre etwa bei einem individuellen nationalen Hoheitsakt, der auf vollharmonisiertem Recht – etwa einer unionalen Verordnung – beruht, zu unterscheiden: In einem solchen Fall wirkt kein im hier verstandenen Sinn „fremdes“ Recht horizontal in die Mitgliedstaaten hinein. Die Rechtsetzung ist hier vielmehr hochgezont und der räumliche Geltungsbereich dieses Rechts deckt sich mit jenem Territorium, für das der Gesetzgeber originär zuständig ist. Es geht dann nur noch um die Anerkennung in dem Sinn, dass der formal aus einem anderen Staat stammende Hoheitsakt, der (auch) nicht das nationale Recht dieses Staats konkretisiert, im anerkennenden Staat Anwendung findet. Vgl. zu einem weiten Begriffsverständnis der Anerkennung im Verwaltungsrecht auch *Ohler* Kollisionsordnung (Fn. 80), 54; *Menzel* Recht (Fn. 80), 810, 827; *Christian von Coelln* Mitwirkung des Verfassungsstaates an Rechtsakten anderer Staaten, in: HStR XI (Fn. 22), § 239, Rn. 4.



### aa) Europäische Union

Die für das Anerkennungsprinzip klassische Ebene bilden die als Beschränkungsverbote<sup>91</sup> verstandenen unionalen Grundfreiheiten, die im Sinne der *Cassis*-Rechtsprechung<sup>92</sup> als Basis des Anerkennungsprinzips<sup>93</sup> fungieren. Die Rede ist hier von gegenseitiger Anerkennung. Danach sind alle rechtlichen und technischen Regelungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf Produktions-, Zulassungs- und Erbringungsvoraussetzungen zunächst als gleichwertig anzuerkennen. In der Sache bedeutet das, dass Rechtshandlungen eines Mitgliedstaats von einem anderen als genauso verbindlich angesehen werden müssen, als hätte diese der anerkennende Staat gesetzt.<sup>94</sup> Grenzen liegen in den Ausnahmen, die zum Schutz zwingender Erfordernisse des Allgemeininteresses erforderlich sind.<sup>95</sup>

Wir sind es längst gewohnt, dass mitgliedstaatliche Entscheidungen unionsweite Wirkung entfalten. In transnationalen Verwaltungsakten<sup>96</sup> mit

<sup>91</sup> Einerseits ist das Verständnis der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote Voraussetzung für das Bestehen von Anerkennungspflichten, andererseits muss es dort, wo Beschränkungsverbote existieren, weitgehende Anerkennungspflichten geben. Für die Auslegung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote grundlegend EuGH 11.7.1974, C-8/74, *Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82.

<sup>92</sup> EuGH 20.02.1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*, ECLI:EU:C:1979:42, Rn. 14.

<sup>93</sup> *Eberhard Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, 397; *Rudolf Streinz* Grundfreiheiten als (wirtschaftliche) „Grundrechte“ – Reichweite, Inhalt und Auswirkungen, in: Stefan Griller/Arno Kahl/Benjamin Kneih/Walter Obwexer (Hrsg.) 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs, 2015, 739 (760).

<sup>94</sup> *Thomas C. W. Beyer* Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, 1998, 25 f. Vgl. auch die der internationalprivatrechtlichen Literatur entnommene Formulierung, wonach „implizit das inländische Recht durch Normen eines ausländischen Gesetzgebers ersetzt“ wird, und „[u]nausgesprochen die Vorschrift des Ursprungslandes über einen grenzüberschreitenden Sachverhalt [entscheidet], da die Ware dem Standard des Herkunftslandes“ zu entsprechen hat. So *Peter Bernhard* *Cassis de Dijon* und Kollisionsrecht – am Beispiel des unlauteren Wettbewerbs, *EuZW* 1992, 437 (438). *Stober* Wirtschaftsverwaltungsrecht (Fn. 52), 63, sieht den „Geltungsbereich nationaler Regelungen und Maßnahmen auf alle Mitgliedstaaten erstreckt“. Eine Anwendung ausländischen Rechts liegt jedoch nicht vor. Zutreffend *Ivo Schwartz* 30 Jahre EG-Rechtsangleichung, in: Ernst-Joachim Mestmäcker/Hans Möller/Hans-Peter Schwarz (Hrsg.) FS Hans von der Groeben, 1987, 333 (363), der von „extraterritorialer Respektierung“ spricht.

<sup>95</sup> Instrukтив – auch zu dem Umstand, dass das Vertrauen, das den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung trägt, in die Beschaffenheit von Waren aus Drittstaaten (erst) durch das rechtmäßige Inverkehrbringen durch einen Mitgliedstaat begründet wird – jüngst EuGH 22.09.2016, C-525/14, *Kommission/Tschechische Republik*, ECLI:EU:C:2016:714.

<sup>96</sup> *Volker Neßler* Der transnationale Verwaltungsakt – Zur Dogmatik eines neuen Rechtsinstituts, *NVwZ* 1995, 863; *Matthias Ruffert* Der transnationale Verwaltungsakt, *Die Verwaltung* (2001), 453; *Bernhard Raschauer* Transnationale Verwaltungsakte, in: Stefan Hammer/Alexander Somek/Manfred Stelzer/Barbara Weichselbaum (Hrsg.) FS Theo Öhlinger, 2004, 661; *Thorsten Siegel* Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009,

ihrer ipso iure in allen Mitgliedstaaten verbindlichen Wirkung erfolgt die gegenseitige Anerkennung – grundgelegt in unionalem Sekundärrecht – vorgelagert und automatisch<sup>97</sup> und somit nicht mehr in ihrer ursprünglichen Form. Konkret bestehen verschiedene Verfahren, die kooperative Elemente enthalten und z.T. unter Verfahrensherrschaft der Kommission geführt werden, die allenfalls auch zur Letztentscheidung berufen ist.<sup>98</sup>

Augenfälliger als in diesem Transnationalitätsmodell kommt der Anerkennungsgrundsatz im Referenzentscheidungsmodell<sup>99</sup> zum Ausdruck, weil dort – etwa im Verfahren zur Zulassung von Humanarzneimitteln<sup>100</sup> – die Anerkennung nicht antizipiert-abstrakt, sondern im Wege mitgliedstaatlicher Verfahren erfolgt.<sup>101</sup>

Auch das System von Akkreditierung und Zertifizierung ist vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung getragen. Der europäische Gesetzgeber legt

---

324 ff.; *Andreas Hauer* Spezifische Handlungsformen im Verwaltungsverbund, in: Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg.) *Der Europäische Verwaltungsverbund*, 2011, 101 (106 f.); *Andreas Glaser* Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre, 2013, 554. Für allgemeine rechtsdogmatische Ausführungen (Begriff, Wirkung, Rechtmäßigkeitskontrolle) auch *Gernot Sydow* Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004, 141 ff.; *Kment* Verwaltungshandeln (Fn. 47), 468.

<sup>97</sup> A.A. *Christoph Vedder* in der Aussprache zum Thema „Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen“, VVDStRL 53 (1994), 280 f., der betont, dass es beim transnationalen Verwaltungsakt nicht um eine konstitutive Anerkennung gehe.

<sup>98</sup> Grundlegend für den Begriff des „kooperativen Verwaltungsakts“ *Michael Holoubek* Kooperative Entscheidungen im europäischen Behördenverbund – von der Tatbestandswirkung zum kooperativen Verwaltungsakt?, in: ders./Lang (Fn. 53), 349 (353). Zu den verschiedenen Verfahren *Sydow* Verwaltungskooperation (Fn. 96), 138 ff.; *Meinrad Handstanger* Europäische Behördenkooperation, in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg.) *Grundrechte im Europa der Zukunft*, 2010, 77 (82); *Michael Mayrhofer* Von den nationalen Verwaltungen zum Europäischen Verwaltungsverbund, in: Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Fn. 96), 23 (35 f.); *Bernhard Moser* Behördenkooperation im Produktrecht und im Verbraucherschutzrecht, in: Holoubek/Lang (Fn. 53), 327 (333); *Johannes Saurer* Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, 2014, 18 ff., 400 ff.

<sup>99</sup> *Sydow* Verwaltungskooperation (Fn. 96), 181 ff.

<sup>100</sup> Art. 28 ff. Humanarzneimittel-RL 2001/83/EG, ABl. L 2001/311, 67. Weitere Beispiele sind das Pflanzenschutzmittelrecht und das Biozidproduktrecht. *Sydow* Verwaltungskooperation (Fn. 96), 191 ff., 203 ff.; *Handstanger* Behördenkooperation, in: Österreichische Juristenkommission (Fn. 98), 83; *Hauer* Handlungsformen, in: Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Fn. 96), 114 f.

<sup>101</sup> Freilich sind auch diese Verfahren intensiv miteinander koordiniert, etwa durch Sperrwirkungen von Referenzverfahren und die Integration von Verfahrensphasen, in denen Behörden aus den anderen Mitgliedstaaten und die Kommission beteiligt sein können. Vgl. *Hans-Heinrich Trute* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Fn. 50), § 6, Rn. 112.

im Sinne einer bloßen Kernharmonisierung<sup>102</sup> nur mehr die grundlegenden Anforderungen im Hinblick auf Sicherheit, Umwelt- oder Verbraucherschutz fest, die Kommission erteilt Normungsaufträge und bei Erfüllung der erlassenen Standards greift eine Konformitätsvermutung als (vorläufige) Anerkennung,<sup>103</sup> die das Inverkehrbringen europaweit schützt.<sup>104</sup>

Die Beispiele sind Legion und bestehen etwa auch bei der Diplomanerkennung,<sup>105</sup> im Gesellschaftsrecht<sup>106</sup> und im Insolvenzrecht, wenn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens „in allen übrigen Mitgliedstaaten

---

<sup>102</sup> Zur „neuen Konzeption“ s. die Entschließung des Rates über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung, ABl. C 1985/136, 1. *Matthias Schmidt-Preuß* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160 (207 f.). Zur Reform des „new approach“ *Michael Holoubek* Produktrecht, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.) Anerkennungs-/Herkunftslandprinzip in Europa, 2010, 25 (34 ff.).

<sup>103</sup> *Michael Holoubek/Claudia Fuchs* Akkreditierung und Zertifizierung, in: Michael Holoubek/Michael Potacs (Hrsg.) Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bd. II, 3. Aufl. 2013, 519 (525 ff., 530 ff.); *Franz Merli* Bewertung durch Private, in: Claudia Fuchs/Franz Merli/Magdalena Pöschl/Richard Sturm/Ewald Wiederin/Andreas Wimmer (Hrsg.) Staatliche Aufgaben, private Akteure, 2015, 177 (185 ff.). Die Frage, ob der EuGH für die Auslegung harmonisierter technischer Normen, die auf der Grundlage einer Zusammenarbeit mit der Kommission ergangen sind, im Wege der Vorabentscheidung zuständig ist, bejahend GA *Manuel Campos Sánchez-Bordona* in der Rs. C-613/14, *James Elliott Construction Limited/Irish Asphalt Limited*, ECLI:EU:C:2016:63. Das Urteil des EuGH steht noch aus.

<sup>104</sup> In einem Fall, in dem im Herkunftsstaat keine Genehmigung für das Inverkehrbringen eines Produkts erforderlich ist, besteht zwar kein anerkennungsfähiger individueller Hoheitsakt. Es kann aber von der Anerkennung der zugrunde liegenden allgemeinen Norm gesprochen werden, die (in aller Regel) der jeweiligen Richtlinie entspricht und auf die Standards verweist. Zudem werden auch die produktbezogenen Kontrollmaßnahmen anerkannt. *Michaels* Anerkennungsspflichten (Fn. 87), 331.

<sup>105</sup> Z.B. nach Art. 5 Berufsqualifikationsanerkennungs-RL 2005/36/EG, ABl. L 2005/255, 22. Danach darf Berufen, die im Herkunftsstaat reglementiert sind und dort im Rahmen einer Niederlassung zulässigerweise ausgeübt werden, auch in einem anderen Mitgliedstaat nachgegangen werden. Berufe, die zwar nicht im Herkunftsstaat, jedoch im Aufnahmemitgliedstaat reglementiert sind, dürfen mit Praxisnachweis auch dort ausgeübt werden. Eignungsprüfungen seitens des Aufnahmemitgliedstaats sind gemäß Art. 7 Abs. 4 der RL – sofern nicht ein Tatbestand für eine automatische Anerkennung nach der RL vorliegt – nur bei einem Unterschied zwischen dem niedrigeren Qualifikationsniveau des Herkunfts- und dem höheren des Aufnahmemitgliedstaats zulässig, der der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit abträglich ist.

<sup>106</sup> Umfänglich *Friedemann Kainer* Die binnenmarktliche Niederlassungsfreiheit der Unternehmen, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.) Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, 2015, § 4, Rn. 14 ff. S. auch *Tietje* in: ders., Begriff (Fn. 12), § 1, Rn. 115 ff. Weiterführend zu Problemen mit dem Kollisionsrecht *Susanne Kalss/Christoph Klampfl* Gesellschaftsrecht, in: Manfred A. Dausen (Hrsg.) EU-Wirtschaftsrecht, 40. EL. 2016, Rn. 74.

anerkannt<sup>107</sup> werden muss und der Masseverwalter seine Befugnisse bis zur Grenze hoheitlichen Handelns auch im EU-Ausland wahrnehmen darf.<sup>107</sup>

Ein mit der gegenseitigen Anerkennung zusammenhängender Aspekt ist die Herkunftslandkontrolle. Sowohl nach der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste<sup>108</sup> als auch nach der E-Commerce-Richtlinie<sup>109</sup> etwa<sup>110</sup> unterliegen die Dienstleister nur der Kontrolle des Herkunftsstaats. Der Abrufstaat darf keine zusätzliche Kontrolle vornehmen.<sup>111</sup> Ausnahmen sind nur zum Schutz zwingender Gründe des Allgemeininteresses zulässig. So

<sup>107</sup> Art. 16 ff. EuInsVO (VO [EU] 1346/2000 über Insolvenzverfahren, ABl. L 2000/160, 1). So auch die Art. 19 ff. der Neufassung (VO [EU] 848/2015, ABl. L 2015/141, 19). Vgl. *Jens Adolphsen* Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, 313 ff.

<sup>108</sup> Vgl. das in Art. 2 Abs. 1 RL 2010/13/EU über audiovisuelle Mediendienste, ABl. L 2010/95, 1, normierte Sendestaatsprinzip. Vor allem bei Korrespondenzdienstleistungen hat der EuGH vor einschlägigen Harmonisierungen das Herkunftslandprinzip und damit die Befugnis des Ansässigkeitsstaats betont, den rechtlichen Rahmen für die Erbringung der Dienstleistungen festzusetzen. Dieses Recht wurde jedoch dadurch geschmälert, dass der Gerichtshof nicht nur Vorschriften des Empfangsstaats, sondern auch des Ansässigkeitsstaats als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit in Betracht zog und so dem Dienstleistungserbringer die Dienstleistungsfreiheit als Recht auch gegenüber seinem Herkunftsstaat einräumte. EuGH 10.05.1995, C-384/93, *Alpine Investments*, ECLI:EU:C:1995:126. *Michael Holoubek* Art. 56, 57 AEUV, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.) EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Rn. 73 ff.

<sup>109</sup> RL 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. L 2000/178, 1.

<sup>110</sup> Weitere bekannte Beispiele finden sich in der Eigenkapital-RL (RL 2013/36/EU, ABl. L 2013/176, 338) und der Eigenkapital-VO (VO [EU] 575/2013, ABl. L 2013/176, 1) sowie im Single Licence Prinzip, wonach die Zulassung zum Betrieb von Bankgeschäften im Niederlassungsstaat zur europaweiten Tätigkeit berechtigt. Nach dem Grundsatz der Herkunftslandkontrolle üben die Aufsichtsbehörden des Herkunftslandes auch die Aufsicht über im Ausland abgeschlossene Bankgeschäfte aus. Dazu *Reinhard Welter* Bankgeschäfte im Europäischen Binnenmarkt (anwendbares Recht, internationale Zuständigkeit, grenzüberschreitende Vollstreckung), in: Herbert Schimansky/Hermann-Josef Bunte/Hans-Jürgen Lwowski (Hrsg.) Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 28, Rn. 4 m.w.N.; *Bernhard Raschauer* Finanzmarktaufsichtsrecht, 2015, 54 ff.; *Georg Röss/Jörg Ukrow* Art. 63 AEUV, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 58), Rn. 344, 356, 359, 366; *Christoph Ohler* Modelle des Verwaltungsverbands in der Finanzmarktaufsicht, Die Verwaltung 3 (2016), 309 (312 ff.).

<sup>111</sup> *Dieter Martiny* TMG Herkunftslandprinzip, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Harmut Oetker (Hrsg.) Münchener Kommentar zum BGB, Bd. X, 6. Aufl. 2015, § 3, Rn. 19; *Josef Drexl* Internationales Lauterkeitsrecht, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.) Münchener Kommentar zum BGB, Bd. XI, 6. Aufl. 2015, Rn. 61; *Frank Weiler* Das allgemeine Binnenmarktrecht gegen unlauteren Wettbewerb, in: Müller-Graff (Fn. 106), § 12, Rn. 102. EuGH 25.10.2011, C-509/09, *eDate Advertising GmbH/X und Martinez/MGN Limited*, ECLI:EU:C:2011:685, Rn. 68. Vgl. weiters das Verfahren vor dem OLG Hamburg gegen einen niederländischen Diensteanbieter, in dem das Gericht wegen des Herkunftslandprinzips niederländisches Recht anwendet, OLG Hamburg, GRUR 2004, 880.

setzt sich auf dem Boden des Herkunftslandprinzips mit der Verpflichtung zur Anerkennung<sup>112</sup> das ausländische Recht gegenüber dem Recht des Bestimmungslands durch.<sup>113</sup>

Diese wenigen Beispiele reichen, um hier zu zeigen, dass sich der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung in der EU weiterentwickelt hat, das unionale Wirtschaftsrecht charakterisiert und dort für eine weitgehende Entterritorialisierung im Inneren der Union sorgt. Dabei nimmt das Anerkennungsprinzip unterschiedliche Gestalt an, steckt in materiell- wie in verfahrensrechtlichen Bestimmungen und wirkt in verschiedenen Ausprägungen im harmonisierten wie im nichtharmonisierten Bereich, von wo es seinen Ausgang genommen hat. So benötigt der Binnenmarkt keinen vollständig harmonisierten Rechtsraum, sondern funktioniert in weiten Bereichen durch das „übergreifende Prinzip und Kernelement“<sup>114</sup> der gegenseitigen Anerkennung, die Marktbeschränkungen beseitigt.

---

<sup>112</sup> *Walter Frenz* Handbuch Europarecht, Bd. I, 2. Aufl. 2012, Rn. 183.

<sup>113</sup> Das Primärrecht enthält aber keine Verpflichtung zur Realisierung des Herkunftslandprinzips in dem Sinn, dass Waren und Dienstleistungen ausschließlich den Bestimmungen des Herkunftslands unterworfen sind, sodass diese alleine über deren Verkehrsfähigkeit im gesamten Raum der EU entscheiden würden. Vielmehr bleibt das Recht des Bestimmungslands anwendbar, soweit es die Grundfreiheit nicht verletzt. Jedoch besteht die primärrechtliche Verpflichtung, Doppelanforderungen oder -kontrollen zu verhindern, weshalb Maßnahmen des Herkunftsstaats vom Bestimmungsland bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen und allenfalls als den nationalen Standards und Kontrollen gleichwertig anzuerkennen sind. Damit bedarf es für die freie Zirkulation eines Produkts oder einer Dienstleistung eines „(Zwischen-)Aktes der Anerkennung im Zielland“. *Christian Callies* Europäischer Binnenmarkt und europäische Demokratie: Von der Dienstleistungsfreiheit zur Dienstleistungsrichtlinie – und wieder Retour?, DVBl 2007, 336 (340 f.; dort auch zu den unterschiedlichen Verwendungen des Begriffs „Herkunftslandprinzip“). Das Herkunftslandprinzip bewirkt in seiner gängigen Beschreibung in Kombination von *Dassonville*-Formel, *Cassis*-Rechtsprechung und den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses letztlich die Anerkennung nicht nur technischer, sondern auch rechtlicher und prozeduraler Regeln der verschiedenen Mitgliedstaaten als gleichwertig. *Peter-Christian Müller-Graff* Art. 34 AEUV, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 58), Rn. 190 f. m.w.N. Vgl. etwa den ursprünglichen Art. 16 im Entwurf zur Dienstleistungs-RL aus dem Jahr 2004 (KOM[2004] 2 endg.). Zur Entwicklung vom Herkunftslandprinzip zum Bestimmungslandprinzip in der Entstehungsgeschichte der Richtlinie instruktiv *Rudolf Streinz/Stefan Leible* Einleitung, in: Monika Schlachter/Christoph Ohler (Hrsg.) Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Rn. 39 ff.; *Meinhard Schröder* Art. 26 AEUV, in: Rudolf Streinz (Hrsg.) EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Rn. 27. Vgl. dazu aber unten III.2.c. Kritisch zur Qualifikation des Herkunftslandprinzips als rechtliches Prinzip *Schroeder* Hintergrund, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Fn. 87), 22.

<sup>114</sup> *Martin Schlag* Art. 53 AEUV, in: Schwarze (Fn. 108), Rn. 5.

*bb) Internationales Wirtschaftsrecht*

Das Instrument der Anerkennung findet sich auch im internationalen Wirtschaftsrecht. Richtet man den Blick naheliegender Weise auf das GATT, zeigt sich zunächst, dass dieses anders als das Unionsrecht nicht die Verwirklichung einer umfassenden Integrationsgemeinschaft als Ziel verfolgt.<sup>115</sup> Wenngleich es eine weitgehende Liberalisierung der Märkte schafft, stellt es instrumentell nicht auf umfassende Anerkennungspflichten ab, weil die einschlägigen Bestimmungen nicht als allgemeine Beschränkungsverbote ausgelegt werden.

Anerkennungsmechanismen finden sich hier in Bezug auf Ausnahmebestimmungen. Die bekannteste Ausnahme enthält Art. XX lit. b GATT zum Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen oder Tieren oder zum Pflanzenschutz. Die einschlägigen Maßstäbe konkretisiert vor allem das Übereinkommen über die Anwendung sanitärer und phytosanitärer Maßnahmen (SPS-Übereinkommen) als *lex specialis*.<sup>116</sup> Die Pflicht zur Anerkennung durch wissenschaftliche Standards vermittelter Produkteigenschaften kann – wie im Fall von Hormonfleisch und Gentechnik – zu Spannungslagen führen. Die Frage ist dann, inwieweit ein WTO-Mitglied in Bezug auf Maßnahmen anderer Staaten abweichende Schutzniveaus anerkennen muss. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

*c) Harmonisierung als Voraussetzung und Konsequenz*

Sowohl mit der Erstreckung als auch mit der Anerkennung steht die Harmonisierung in engem Zusammenhang. Zu ihr haben beide Modi der Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht aber ein grundsätzlich verschiedenes Verhältnis.

Bei der Erstreckung lassen sich Harmonisierungen häufig auf tatsächlicher Ebene feststellen, es kommt aber auch zur angleichenden Änderung nationalen Rechts. Zu diesem Vorgehen werden die „schwächeren“ Beteiligten faktisch gezwungen. So unterwarf sich der Schweizer Gesetzgeber und stellte sein Recht der Wirtschaftsprüfer im Gefolge des Sarbanes-Oxley

---

<sup>115</sup> Tobias Bender Das materielle Recht der WTO: Warenverkehr, in: Meinhard Hilf/Stefan Oeter (Hrsg.) WTO-Recht, 2. Aufl. 2010, § 10, Rn. 22; Christian Tietje WTO und Recht des Weltwarenhandels, in: ders., Begriff (Fn. 12), § 3, Rn. 86; Benjamin von Engelhardt Die Welthandelsorganisation (WTO) und demokratische Legitimität, 2016, 302. Anerkennungen finden sich im internationalen Wirtschaftsrecht auch in Bezug auf die Anerkennung ausländischer Hoheitsakte, v.a. wenn diese Enteignungen zum Gegenstand haben. Dazu näher und nach Fallgruppen geordnet Herdegen Wirtschaftsrecht (Fn. 13), 39, Rn. 76 ff., 314, Rn. 14 ff.

<sup>116</sup> Im Unterschied zu Art. XX GATT umfasst das SPS-Übereinkommen keinen Schutz extraterritorialer Rechtsgüter wie im erwähnten Thunfisch-Fall (Fn. 77).

Act vom Prinzip der Selbstregulierung auf ein staatliches Aufsichtsregime um.<sup>117</sup> Wie das Beispiel FATCA zeigt, kann eine solche Harmonisierung auch dazu führen, dass eine Vielzahl von der Erstreckung betroffener Staaten und Unternehmen ihre Standards angleicht und die gewünschten Informationen über das Auslandsvermögen von US-Amerikanern liefert, der erstreckende Staat seinerseits aber nicht bereit ist, sich der von ihm angebotenen Harmonisierung anzuschließen.

Demgegenüber wohnt der Anerkennung das Erfordernis einer vorausgehenden Mindestharmonisierung inne, weil nur so das Vertrauen der Staaten groß genug ist, um auf die Ausübung ihrer eigenen Regelungskompetenz zu verzichten.<sup>118</sup> So ist etwa das Herkunftslandprinzip in der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste auf den in der Richtlinie „koordinierten“ Bereich beschränkt. Wird von dieser Praxis abgegangen<sup>119</sup> und das Prinzip wie in der E-Commerce-Richtlinie auf Regelungen erstreckt, die nicht

---

<sup>117</sup> *Hans Caspar von der Crone/Katja Roth* Der Sarbanes-Oxley Act und seine extraterritoriale Bedeutung, AJP/PJA 2003, 131 (139). S. auch die 8. RL 2006/43/EG zur Rechnungslegung und Abschlussprüfung („EuroSOX“), ABl. L 2006/157, 87, i.d.F. RL 2014/536/EU, ABl. L 2014/158, 196, sowie die VO 537/2014/EU über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission, ABl. L 2014/158, 77. Bezüglich einer davor dem deutschen Recht unbekanntem strafrechtlichen Sanktionierung juristischer Personen vgl. Art. 8 f. der Marktmissbrauchsrichtlinie (2014/57/EU, ABl. L 2014/173, 179) sowie §§ 30, 130 dt. Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OWiG; dazu *Timon Mertens* Relevanz und Einfluss anglo-amerikanischer Compliance-Vorschriften auf deutsche und europäische Unternehmen, in: Huck/Kurth (Fn. 57), 37 (59).

<sup>118</sup> Vgl. *Jürgen Basedow* Dienstleistungsrichtlinie, Herkunftslandprinzip und Internationales Privatrecht, EuZW 2004, 423; *Raschauer* Verwaltungsakte, in: Hammer/Somek/Stelzer/Weichselbaum (Fn. 96), 682 f.; *Ohler* Kollisionsordnung (Fn. 80), 155; *Kment* Verwaltungshandeln (Fn. 47), 518; *Wolfgang Weiß* Der Europäische Verwaltungsverbund, 2010, 33; *Buchholtz*, Entterritorialisierung des Öffentlichen Rechts, NVwZ 2016, 1353 (1357 f.). Der Aspekt des „Vertrauens“ findet sich explizit in Art. 5 Übereinkommen über technische Handelshemmnisse (TBT-Übereinkommen) bezüglich Konformitätsbewertungsverfahren in anderen Mitgliedstaaten. Vgl. auch die abgestufte Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung in der Berufsqualifikationsanerkennungs-RL (Fn. 105). Zu einem rezenten Beispiel außerhalb des Wirtschaftsrechts, dem europäischen Haftbefehl und dem dort judizierten Erfordernis des „gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten in ihre jeweiligen Strafjustizsysteme“ im Sinne eines „horizontalen Solange-Vorbehalts“ („Grundrechtsschutz sticht Anerkennungs-pflicht“), *Michael Schwarz* Der Europäische Gerichtshof bestätigt die Sollbruchstellen der Anerkennung – Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 5. April 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-659/15 PPU (*Aranyosi und Căldăraru*), EuR 2016, 421 (422); *Ann-Katrin Kaufhold* Gegenseitiges Vertrauen, Wirksamkeitsbedingungen und Rechtsprinzip der justiziellen Zusammenarbeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, EuR 2012, 408.

<sup>119</sup> Vgl. dazu die Beispiele bei *Michaels* Anerkennungs-pflichten (Fn. 87), 339 f.

koordiniert bzw. harmonisiert sind,<sup>120</sup> befeuert dies die Kritik, das Herkunftslandprinzip führe zu unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen, Inländerdiskriminierung und einem schädlichen „race to the bottom“.<sup>121</sup> In Konflikt mit höherrangigem Recht gerät eine solche Vorgehensweise schließlich, wenn die Kommission das Herkunftslandprinzip samt exklusiver Herkunftslandkontrolle wie im Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie ohne ausreichende Harmonisierung festschreiben und die Mitgliedstaaten so bedingungslos der Rechtsordnung anderer Mitgliedstaaten unterwerfen möchte.<sup>122</sup> Eine solche Verwirklichung des Herkunftslandprinzips wird zu Recht als primärrechtswidrig erachtet, weil es den Mitgliedstaaten möglich sein muss, sich auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu berufen, soweit unionsrechtliche Harmonisierungen diese Interessen nicht schützen. Der Unionsgesetzgeber steht in der Pflicht, im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessens ein Schutzniveau zu etablieren, das für die Mitgliedstaaten „akzeptabel“ ist.<sup>123</sup>

Der beschriebene Grundsatz trägt auch das internationale Wirtschaftsrecht. So enthält Art. VII GATS eine Bestimmung über die – nicht unbedingt gegenseitige – Anerkennung von Ausbildungen und Berufserfahrung.<sup>124</sup> Deren Grundlage soll in der Regel eine Harmonisierung sein.

<sup>120</sup> Konkret umfasst der koordinierte Bereich über die in der Richtlinie angeglichenen Aspekte hinausgehend sämtliche in den Mitgliedstaaten normierten Anforderungen an Dienste der Informationsgesellschaft und ihre Anbieter (Art. 2 lit. g RL 2000/31/EG), wovon alle Anforderungen an die Ausübung der Tätigkeit, den Inhalt des Dienstes sowie die Werbung fallen. *Drexl* Lauterkeitsrecht, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Fn. 111), Rn. 56.

<sup>121</sup> *Weiler* in: Müller-Graff (Fn. 111), § 12, Rn. 97 m.w.N.

<sup>122</sup> Die Dienstleistungsrichtlinie verursachte erstmals eine breite öffentliche Diskussion schon während des Gesetzgebungsprozesses, weil es um eine „Auseinandersetzung über die Finalität des Binnenmarktes insgesamt“ ging. *Frank Rieger* Tagung zur EU-Dienstleistungsrichtlinie, *EuZW* 2005, 430 (431); *Jürgen Tiedje* Art. 57 AEUV, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 58), Rn. 81 m.w.N. Das reine Herkunftslandprinzip stünde auch in Widerspruch zu den verschiedentlich im AEUV enthaltenen Forderungen nach einem hohen Schutzniveau (Art. 114 Abs. 3, 169 Abs. 1, 191 Abs. 2 AEUV). So z.B. *Markus Möstl* Wirtschaftsüberwachung von Dienstleistungen im Binnenmarkt, *DÖV* 2006, 281 (285); *Streinz/Leible* Einleitung, in: Schlachter/Ohler (Fn. 113), Rn. 54 f.; auch *Schroeder* Hintergrund, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Fn. 87), 22; *Schlag* Art. 53 AEUV, in: Schwarze (Fn. 114), Rn. 11; *Schröder* Art. 26 AEUV, in: Streinz (Fn. 113), Rn. 27.

<sup>123</sup> *Müller-Graff* Art. 53 AEUV, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 113), Rn. 7 f. mit Bezug auf EuGH 13.05.1997, C-233/94, *Deutschland/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:1997:231, Rn. 16 f. Vgl. auch *Schlag* Art. 53 AEUV, in: Schwarze (Fn. 114), Rn. 2; *Hans Georg Fischer* Art. 53 AEUV, in: Carl-Otto Lenz/Klaus Dieter Borchardt (Hrsg.) EU-Verträge-Kommentar, 6. Aufl. 2013, Rn. 2; *Karl Hempel* Art. 53 AEUV, in: Heinz Mayer/Karl Stöger (Hrsg.) EUV/AEUV-Kommentar, 2014, Rn. 2.

<sup>124</sup> Vgl. *Friedl Weiss* Internationaler Dienstleistungshandel, in: Tietje, Begriff (Fn. 12), § 4, Rn. 32.



Eine „autonome“ Anerkennung wird dort nur deshalb angesprochen, weil Art. VII keine Anerkennungspflicht, sondern nur deren Möglichkeit vorsieht.<sup>125</sup>

Der Harmonisierungsgedanke bestimmt auch die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen freiem Welthandel und Gesundheitsschutz im Streitfall mittels internationaler Standards<sup>126</sup>. Für davon abweichende nationale Standards bedarf es einer wissenschaftlichen Rechtfertigung,<sup>127</sup> an die strenge Maßstäbe angelegt werden. Auch das WTO-Übereinkommen über technische Handelshemmnisse (TBT-Übereinkommen) erzeugt Druck in Richtung Akzeptanz internationaler Standards<sup>128</sup> sowie internationaler Harmonisierung.<sup>129</sup> Das erwähnte SPS-Übereinkommen nennt als internationale Standardsetzer die Codex Alimentarius-Kommission, das Internationale Tierseuchenamt und das Sekretariat der Internationalen Pflanzenschutzkonvention.<sup>130</sup>

Weitet man den Blick, tummeln sich auf der internationalen Bühne der Standardsetzer freilich viele andere Anbieter. Insgesamt besteht eine große Zahl und Diversität internationaler, aber auch substaatlicher Standardsetzer, die in privater, hybrider oder staatlicher Organisation agieren. Ihre fachliche Expertise manifestiert sich am Ende einmal in einer unverbindlichen Empfehlung, ein anderes Mal in einem verbindlichen Rechtsakt,<sup>131</sup>

---

<sup>125</sup> Die gegenseitige Anerkennung von Qualifikationskriterien für die Zulassung von Dienstleistungsanbietern ist vom Prinzip der Meistbegünstigung ausgenommen.

<sup>126</sup> Zu den verschiedenen Begriffen und Formen von „Standards“ *Hans Christian Röhl* Internationale Standardsetzung, in: Möllers/Voßkuhle/Walter (Fn. 82), 319 ff.

<sup>127</sup> Art. 3.3. SPS-Übereinkommen. Zur Anerkennung äquivalenter Lebensmittelstandards durch spezielle Abkommen *Werner Schroeder*, CETA, TTIP und Lebensmittelstandards, ZLR 2016, 582 (584 ff.).

<sup>128</sup> Es verlangt, dass nationale Standards so weit wie möglich internationalen technischen Vorschriften entsprechen (Pkt 2.4.). Besteht Übereinstimmung einer nationalen technischen Vorschrift mit einer internationalen, wird vermutet, dass sie keine überschießende Handelsbeschränkung bewirkt. Haben WTO-Mitglieder technische Vorschriften für Waren angenommen, sind sie verpflichtet, sich mit dem Ziel möglicher Harmonisierung „voll und ganz“ an der Ausarbeitung internationaler Normen zu beteiligen (2.6.). Dazu kommt, dass die WTO-Mitglieder „wohlwollend“ zu prüfen haben, ob sie technische Vorschriften anderer Mitglieder übernehmen, also anerkennen können (2.7.). Vgl. *L. R. Horton* Risk analysis and the law: international law, the World Trade Organisation, *Codex Alimentarius* and national legislation, Food Additives & Contaminants 2001, 1057 (1060 f.).

<sup>129</sup> Vgl. auch *Sara Poli* The European Community and the Adoption of International Food Standards within the Codex Alimentarius Commission, ELJ 2004, 613 (613 ff.); *Alois Leidwein* Die Internationalisierung des Agrarrechts, in: Roland Norer (Hrsg.) FS Gottfried Holzer, 2007, 33 (38).

<sup>130</sup> Anhang A Pkt. 3.

<sup>131</sup> Z.B. jene des International Accounting Standards Board (IASB) in der VO (EG) Nr. 1606/2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. L

die Modelle sind vielfältig.<sup>132</sup> Sie alle liefern aber das, was das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung am Leben hält und weiterträgt: die Grundlage für harmonisierte und dadurch anerkennungsfähige Regelungen. Es überrascht daher nicht, dass für die im Rahmen der Transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) angestrebte tiefe Integration vor allem die Regulierungskooperation von Bedeutung ist.<sup>133</sup>

---

2002/243, 1 („IAS-VO“). Kapitalmarktorientierte Unternehmen sind verpflichtet, die Konzernabschlüsse entsprechend den übernommenen internationalen Rechnungslegungsstandards aufzustellen. Die Kommission prüft jeden einzelnen International Financial Reporting Standard (IFRS) des IASB entsprechend Art. 3 leg. cit. Mit der Veröffentlichung im Amtsblatt sind die IFRS für alle Mitgliedstaaten verbindlich („Endorsement“). Vgl. *Christoph Ohler* Die Finanzierung des IASB durch EG-Sonderabgaben, EuZW 2006, 679 (680); *Dirk Driesch* Rechtlicher und organisatorischer Rahmen der Rechnungslegung nach IFRS, in: ders./Thomas Senger/Joachim Riese/Jörg Schlüter (Hrsg.) IFRS-Handbuch, 5. Aufl. 2016, § 1, Rn. 71 ff. Zur Standardsetzung auf den internationalen Finanz- und Kapitalmärkten auch *Birgit Rost* Die Herausbildung transnationalen Wirtschaftsrechts auf dem Gebiet der internationalen Finanz- und Kapitalmärkte, 2007, 100 ff.

<sup>132</sup> Sie erstrecken sich von der Normung durch nationale Normungsorganisationen und ISO, IEC, ITU, CEN, CENELEC, ETSI über die Akkreditierung und Zertifizierung bis zur Ausarbeitung von als delegierte Rechtsakte nach Art. 290 AEUV ergehende Netzkodices unter Beteiligung des Verbands Europäischer Übertragungsnetzbetreiber (ENTSO), der Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER) sowie Betroffener. Zur Standardsetzung *Schmidt-Preuß* Verwaltung (Fn. 102), 202 ff.; *Oliver Lepsius* Standardsetzung und Legitimation, in: Möllers/Voßkuhle/Walter (Fn. 82), 345 (346 ff.); *Röhl* Standardsetzung, in: Möllers/Voßkuhle/Walter (Fn. 126), 319 f., 321 ff.; *Stefan Wiesendahl* Technische Normung in der Europäischen Union, 2007, 22 f. S. auch *Hans-Heinrich Trute* Selbstregulierung und staatliche Steuerung, DVBl 1996, 950 (951 ff.); *Udo Di Fabio* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 235 (245); *Michael Holoubek* Normung, in: ders./Potacs (Fn. 103), 471 (473 ff.); *ders.* Aktuelle Legitimationsfragen der Normung, in: Bernhard Hainz/Heinz Krejci (Hrsg.) FS Johannes Reich-Rohrwig, 2014, 453 (453 ff.). Zur Umweltnormung *Martin Schulte* Materielle Regelungen: Umweltnormung, in: Hans-Werner Rengeling (Hrsg.) Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht. Allgemeines Umweltrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 17, Rn. 20 ff. Zur Entstehung der Netzkodices *Iris Eisenberger* Regelbildung durch Private, in: Fuchs/Merli/Pöschl/Sturm/Wiederin/Wimmer (Fn. 103), 103 (113 ff.). Zum Codex Alimentarius *Thomas Vesting* Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 63 (2004), 41 (57 f.); *Spencer Henson/John Humphrey* Codex Alimentarius and private standards, in: Bernd van der Meulen (Hrsg.) Private food law, 2011, 162 f. Vgl. weiters *Christian Tietje* Internationales Verwaltungshandeln, 2001, 309 ff. Bspw. wurde im „Hormonfleisch-Fall“ (*EC-Hormones*, WT/CS26/R/USA, 18.08.1997), bei dem die EG zu einer Schadenersatzzahlung an die USA und an Kanada verurteilt wurde, beurteilt, ob Standards im Lebensmittelrecht die Standards des Codex Alimentarius übertreten. S. zum Hormonfleisch-Fall *Claus Dieter Classen* Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts, VVDStRL 67 (2008), 365 (372 f.).

<sup>133</sup> *Christian Calliess* TTIP umweltgerecht gestalten, ZUR 2016, 257.

## IV. Folgen der Entterritorialisierung

### 1. Folgen der Erstreckung

Die Folgen der Erstreckung sind ambivalent. Auf staatlicher Ebene zieht sie zunächst einmal einen gewissen Steuerungsverlust der von ihr betroffenen Staaten nach sich. Das klingt banal, und es ist offensichtlich, wenn etwa ausländisches Recht in nationales Recht umgegossen werden muss. Allerdings kann sich die Schwächung auch verdeckt ergeben. Dies ist der Fall, wenn von einer fremden Behörde aufgetragene interne Untersuchungen von einem heimischen Unternehmen aufgrund faktischen Drucks aus dem Ausland nur scheinbar freiwillig vorgenommen werden und es so materiell zur Durchsetzung ausländischer Hoheitsgewalt auf eigenem Staatsgebiet kommt.<sup>134</sup> Dies kann das Verbot extraterritorialer Vollzugszuständigkeit untergraben. Gleiches gilt, wenn amerikanische Behörden bei einem Verstoß gegen erstrecktes US-Recht heimischen Behörden informell eine aus ihrer Sicht adäquate, für europäische Verhältnisse aber zu hohe Bestrafung heimischer Unternehmen „nahe legen“. Die amerikanischen Vorstellungen spiegeln sich z.B. in der Bestrafung von Siemens in der Höhe von knapp 400 Mio. Euro durch deutsche Behörden wider, die nach Meinung von Experten ohne amerikanische „Intervention“ spürbar geringer ausgefallen wäre.<sup>135</sup>

Betroffene Staaten können von Erstreckungen aber auch profitieren, etwa wenn ihnen Embargos bei gleicher weltpolitischer Ausrichtung gelegen kommen oder Steuerhinterziehung und Bilanzfälschung eingedämmt werden. In grundsätzlicher Hinsicht lässt sich erkennen, dass Erstreckungen typischerweise von einem hohen politischen Interesse getragen sind. Daher nimmt der erstreckende Staat Jurisdiktionskonflikte und dadurch entstehende Transaktionskosten in Kauf.<sup>136</sup>

Auf individueller Ebene erzeugt die Erstreckung rechtsstaatliche und demokratische Spannungslagen. So bestehen für Unternehmen in Verfahren vor US-Gerichten Unklarheiten hinsichtlich der Pflicht zur Vorlage von Dokumenten, der Einsichtnahme in vertrauliche Unterlagen und der Dul-

---

<sup>134</sup> Einem Staat, der sich dagegen zur Wehr setzen möchte, bleibt neben politischen Anstrengungen nur die Erlassung von Abwehrgesetzen, die jedoch erhebliche Transaktionskosten nach sich ziehen. Vgl. *Kustor* Aspekte, in: ders. (Fn. 56), 163.

<sup>135</sup> In den USA stimmte Siemens einer Zahlung in Höhe von 800 Mio. US-Dollar als Strafe für Bestechungen in fast allen Teilen der Welt zu, für die der Konzern etwa 1 Mrd. Euro eingesetzt hatte.

<sup>136</sup> *Ulrich Immenga* Extraterritoriale Rechtsanwendung zwischen Recht und Politik, in: Werner Barfuß/Bernhard Dutoit/Hans Forkel/Ulrich Immenga/Ferenc Majoros (Hrsg.) FS Karl H. Neumayer, 1985, 323; *Werner Meng* Wirtschaftssanktionen und staatliche Jurisdiktion – Grauzonen im Völkerrecht, *ZaöRV* 1997, 269 (270, 285).

derung des Betretens von Werksgebäuden durch Vertreter der gegenbeteiligten Prozesspartei. Die amerikanische Gerichtspraxis sieht in entsprechenden extraterritorial wirkenden Anordnungen<sup>137</sup> nämlich keine Verletzung des Territorialitätsprinzips. Gegen dieses extensive Verständnis stemmen sich Staaten zeitweise durch die Erlassung von Abwehrgesetzen (Blocking Statutes),<sup>138</sup> die genau jenes Vorgehen verbieten, das das erstreckte Recht fordert, also etwa die Vorlage im Inland belegener Beweismittel an US-Gerichte. Die zweiseitige Androhung harter Strafen macht einem betroffenen Unternehmen ein rechtskonformes Verhalten unter Umständen<sup>139</sup> unmöglich.

Zur Reduktion der vom Erstreckungsstaat angedrohten, drakonischen Strafen steht Unternehmen nur die Möglichkeit offen, Compliance-Programme zu installieren,<sup>140</sup> die den Vorstellungen der US-Behörden entsprechen.<sup>141</sup> Extraterritorial wirkende Anti-Korruptionsgesetze sind maßgeblich

---

<sup>137</sup> Diese können für das betroffene Unternehmen etwa aus Geheimhaltungsinteressen bedrohlich sein und so zum Abschluss ungünstiger Vergleiche bewegen. So *Herdegen* Wirtschaftsrecht (Fn. 13), 143. Da das Doppelbestrafungsverbot in grenzüberschreitender Dimension nicht immer durchschlägt, sind Unternehmen auch diesbezüglich bedroht. Mildernd wirken hier Anrechnungsgebote. *Andreas Wattenberg* We will kick in – Der Einfluss von US-Unternehmenssanktionen bei grenzüberschreitenden Wirtschaftsstraftaten, in: *Huck/Kurth* (Fn. 57), 1 (14).

<sup>138</sup> Sie ermöglichen auch die gerichtliche Rückforderung in den USA geleisteter, exzessiver Schadenersatzzahlungen („claw back-Klauseln“). Vgl. *Becker* in: *HStR XI* (Fn. 22), § 230, Rn. 46 m.w.N.; *Huck* Extraterritorialität (Fn. 71), 997.

<sup>139</sup> Dazu unter Berücksichtigung des möglicherweise „augenzwinkernden Einvernehmens“ bei der Festlegung von Strafen zwischen blockierendem Staat und „seinen“ Unternehmen *Wagner-von Papp* in: *Tietje*, Begriff (Fn. 56), § 11, Rn. 69.

<sup>140</sup> *Vogt* Compliance, in: *Huck/Kurth* (Fn. 57), 112; *Hohmann-Dennhardt* Rechtsetzung, in: *Österreichische Juristenkommission* (Fn. 63), 64. Das Unterlassen der Einrichtung von Compliance-Abteilungen kann auch zu Schadenersatzpflichten von Vorstandsmitgliedern führen. *Markus Uitz/Thomas Schirmer* Rechtliche Aspekte der Unternehmensführung, in: *Johannes Barbist/Michael Ahammer/Tibor Fabian/Helge Löffler* (Hrsg.) *Compliance in der Unternehmenspraxis*, 2. Aufl. 2015, 12, mit Bezug auf ein rezentes Urteil des LG München I 10.12.2013, 5 HK O 1387/10 (*Siemens/Neubürger*-Entscheidung), juris. Zu Compliance und öffentlicher Verwaltung *Rolf Stober/Nicola Ohrtmann* (Hrsg.) *Compliance – Handbuch für die öffentliche Verwaltung*, 2015.

<sup>141</sup> Im Zuge der internen Ermittlungen finden auch Mitarbeiterinterviews statt. Werden entsprechende Auskünfte später nationalen Ermittlungsbehörden bekannt, sind diese zur Strafverfolgung verpflichtet, was für den Betroffenen den Verlust des Rechts bedeuten kann, sich in einem Strafverfahren nicht selbst belasten zu müssen. Wenngleich ein solches Spannungsverhältnis zwischen arbeitsrechtlicher Verpflichtung zur Auskunftserteilung und dem nemo tenetur-Prinzip auch bei Binnensachverhalten besteht, treten diese in der internationalen Konstellation mit besonderer Schärfe auf, sodass die „Erosion der Rechte der individuell Beschuldigten“ im entterritorialisierten Kontext heute deutlich hervorgehoben wird. *S. Zerbes* Korruptionsstrafrecht, in: *Calliess* (Fn. 66), 549.

dafür verantwortlich, dass größere Unternehmen heute weltweit Compliance-Abteilungen führen, die US-amerikanisches Recht anwenden.

Wie sehr Erstreckungen von politischer und wirtschaftlicher Macht abhängen,<sup>142</sup> zeigt der Kampf der USA gegen Steuerhinterziehung. Der FATCA zeichnet sich durch die Besonderheit aus, dass er nicht nur Kreditinstitute betrifft, sondern auch im Ausland ansässige US-Amerikaner, für die aber ein Zugang zum amerikanischen Markt – hier liegt das unmittelbare Drohpotential des FATCA für die Banken – als Person nicht essentiell ist. Pointiert formuliert: Ist diesen Amerikanern ihre Staatsbürgerschaft weniger wert als die hinterzogene Steuer, legen sie sie zurück, vollziehen dadurch eine Rechtswahl<sup>143</sup> und lassen das Regelwerk ins Leere laufen.<sup>144</sup>

Aber nicht nur (zu) weitgehende, sondern auch fehlende Erstreckungen führen zu negativen Folgen. Ihre nationalen Umwelt-, Arbeits- und Menschenrechtsstandards erstrecken Staaten nicht auf „ihre“ multinationalen Unternehmen im Ausland, obwohl das aktive Personalitätsprinzip eine Absicherung zumindest minimaler solcher Standards tragen würde.<sup>145</sup> Mit dem entstehenden Schutzdefizit beschäftigt sich eine kritischer werdende Zivilgesellschaft. So bedienen sich nicht nur die Vereinten Nationen<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup> Zur faktischen Übermacht als Kriterium bei der Lösung entsprechender Konflikte *Ferdinand Hermanns* Extraterritoriale Rechtsanwendung, in: Clemens-August Andreae/Jochen Kirchhoff/Gerd Pfeiffer (Hrsg.) FS Werner Benisch, 1989, 439 (441). In der Literatur wird am Beispiel der BRICS-Staaten darauf hingewiesen, dass sich der Kreis der Staaten, die sich Erstreckungen „leisten“ können, künftig erweitern könnte, *Sandrock* Grenzen (Fn. 61), 91 f.

<sup>143</sup> Dazu *Anne Peters* Wettbewerb von Rechtsordnungen, VVDStRL 69 (2010) 7 (20, „Exit“ durch Wechsel der Nationalität“).

<sup>144</sup> Im Fall des FATCA, der in seiner derzeitigen Ausgestaltung die USA einseitig bevorzugt, hat sich die Zahl der freiwillig zurückgelegten amerikanischen Staatsbürgerschaften vervierfacht. Heute schmälern die Kosten der Erstreckung die Steuererträge erheblich oder überwiegen diese nach Schätzungen sogar, *Sandrock* Grenzen (Fn. 61), 7.

<sup>145</sup> *Meng* Jurisdiktion (Fn. 60), 507 ff.; *Jochen von Bernstorff* Extraterritoriale menschenrechtliche Staatenpflichten und Corporate Social Responsibility, AVR 2011, 34 (58); *Magdalena Pöschl* Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, VVDStRL 74 (2015), 405 (430). Übersicht über den Meinungsstand bei *Tietje* in: ders., Begriff (Fn. 12), § 1, Rn. 118. Auch Einrichtungen wie die VN, IWF und Weltbank sowie NGOs sind in Bezug auf die Verwirklichung binnen-demokratischer Standards mittlerweile unter Druck geraten. Vgl. *August Reinisch* The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors, in: Philip Alston (Hrsg.) Non-State Actors and Human Rights, 2005, 37 (62 f.).

<sup>146</sup> Zum auf eine Rede *Kofi Annans* 1999 zurückgehenden United Nations Global Compact *Sabine von Schorlemer* Der ‚Global Compact‘ der Vereinten Nationen – ein faustischer Pakt mit der Wirtschaftswelt?, in: dies. (Hrsg.) Praxishandbuch UNO: Die Vereinten Nationen im Lichte globaler Herausforderungen, 2003, 507; *Isabel Hörreiter* Die Vereinten Nationen und Wirtschaftsunternehmen – zwischen Kooperation und Kontrolle, 2007, 10 ff.; *Hartwig Hummel* Weltpolitik und Weltkonzerne – Reichweite und Grenzen von

und die OECD,<sup>147</sup> sondern gerade auch zahlreiche NGOs des entterritorialisierten Markts und disziplinieren Unternehmen<sup>148</sup> durch „naming and shaming“.<sup>149</sup>

Das Fehlen verpflichtender staatlicher Maßstäbe<sup>150</sup> treibt wiederum die Entterritorialisierung im Wirtschaftsstrafrecht voran. Hier entstehen laufend mehr Compliance-Maßstäbe, die auf die strafrechtliche Zurechnung einwirken. Es findet bereits eine Diskussion darüber statt, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen Entscheidungsträger international tätiger Kon-

---

Unternehmensverantwortlichkeit, in: Volker Rittberger (Hrsg.) *Wer regiert die Welt und mit welchem Recht?*, 2009, 185 (192).

<sup>147</sup> Dazu jüngst *Markus Krajewski/Marzieh Bozorgzad/Ronja Heß* Menschenrechtliche Pflichten von multinationalen Unternehmen in den OECD-Leitsätzen: *Taking Human Rights More Seriously?*, *ZaöRV* 2016, 309.

<sup>148</sup> So haben sich unter dem entstandenen Druck in einer Art sozialer Selbstregulierung durch CSR-Standards und Codes of Conduct und die Vergabe von Labels Gegengewichte und Kompensationsstrategien entwickelt. Instruktiv *Ulrich Mückenberger* Ein globales Hybridarbeitsrecht, in: *Calliess* (Fn. 52), 457 (459 ff.). Zu NGOs auch *Adelheid Puttler* Globalisierung als Topos, in: *HStR XI* (Fn. 22), § 234, Rn. 21 m.w.N. Zum Labeling aus ökonomischem, eigennützigem Kalkül aller beteiligten Wirtschaftssubjekte am Beispiel des „Forest Stewardship Council (FSC)“ und des Folgenetzwerks „Global Forest and Trade Network“ des WWF *Gunnar Folke Schuppert* Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Fn. 50), § 16, Rn. 146 ff.

<sup>149</sup> Vgl. *Karsten Nowrot* Steuerungssubjekte und -mechanismen im Internationalen Wirtschaftsrecht (einschließlich regionale Wirtschaftsintegration), in: *Tietje*, *Begriff* (Fn. 12), § 2, Rn. 96 ff. Der UN-Sicherheitsrat hat bereits im Jahr 2002 hinsichtlich der illegalen Ausbeutung von Umweltressourcen in der Demokratischen Republik Kongo 85 Unternehmen aus 22 Staaten namentlich genannt. S. *United Nations Security Council*, Final report of the Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of the Congo, UN Doc. S/2003/1027, 16.10.2002 (23.8.2016). Vgl. auch die RL 2013/34/EU zur Änderung der RL 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, *ABl. L* 2014/330, 1, i.d.F. der Berichtigung *ABl. L* 2014/369, 79.

<sup>150</sup> Freilich wird auch durch Weiterentwicklungen im Völkerrecht versucht, die Lücke zu schließen, dass derzeit keine staatenunabhängige rechtliche Verpflichtung multinationaler Unternehmen zum Menschenrechts- und Umweltschutz besteht. Vgl. *Sarah Joseph* Taming the Leviathans: Multinational Enterprises and Human Rights, *NILR* 1999, 171 (insb. die Vorschläge ab 183); *Angelika Emmerich-Fritsche* Zur Verbindlichkeit der Menschenrechte für transnationale Unternehmen, *AVR* 4 (2007), 541 (insb. auch die zehn Gründe für die unmittelbare Bindung von Unternehmen an die Menschenrechte ab 558); *Katarina Weilert* Transnationale Unternehmen im rechtsfreien Raum? Geltung und Reichweite völkerrechtlicher Standards, *ZaöRV* 2009, 883; *Klaus W. Grewlich* Nichtregierungsorganisationen, in: *HStR X*, 2012, 669, § 223, Rn. 67 ff.; *Becker* in: *HStR XI* (Fn. 22), § 230, Rn. 115; *Peters* Menschenrechte (Fn. 79), 90 ff. Zur Entterritorialisierung des Strafrechts speziell im Lichte der Lissabon-Entscheidung *Frank Meyer* Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG und das Strafrecht, *NSiZ* 2009, 657.

zerne mit Sitz in westlichen Staaten strafrechtlich für Verbrechen verantwortlich gemacht werden könnten, die unter ihrer Duldung zugunsten des Unternehmens in weniger entwickelten Ländern begangen werden.<sup>151</sup>

## 2. Folgen der Anerkennung

Auf staatlicher Ebene geht auch das Anerkennungsprinzip mit einer gewissen Schwächung der Steuerungs-fähigkeit einher. Vorausgehende Harmonisierungen haben typischerweise zur Folge, dass ein Rückgriff auf einen umfänglichen *ordre public*-Vorbehalt nicht mehr möglich ist.<sup>152</sup> Ausnahmen von der Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung sind nur noch hinsichtlich ausgewählter öffentlicher Interessen<sup>153</sup> zulässig, die durch aus-gestaltendes Recht zunehmend harmonisiert werden. Der Steuerungsverlust ist größer, wenn Anerkennungspflichten bei nur geringer Harmonisierung vorgeschrieben werden. Freilich ist dieser in den nationalen Beschlüssen über die Mitgliedschaft im jeweiligen wirtschaftsrechtlichen System (EU, WTO etc.) grundgelegt.<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> Vgl. *Zerbes* Korruptionsstrafrecht, in: *Calliess* (Fn. 66), 548; *Ingeborg Zerbes* Individuelle Geschäftsherrenhaftung für Auslandstaten, in: *Peter Lewisch* (Hrsg.) *Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit*, Jahrbuch 2015 (2015), 9; *Peter Lewisch* *Wirtschaftsstrafrecht, eine Standortbestimmung*, ÖZV 2015, 122.

<sup>152</sup> Hinsichtlich der Qualifikation primärrechtlicher Ausnahmebestimmungen zu den Grundfreiheiten als *ordre public*-Vorbehalt kritisch *Michaels* *Anerkennungspflichten* (Fn. 87), 286, 377. Zur Dogmatik des *ordre public* bei der Anerkennung fremder gerichtlicher Entscheidungen *Christian Völker* *Zur Dogmatik des ordre public*, 1998, insb. auch 252 ff.

<sup>153</sup> Auch Art. XX GATT bezieht sich auf ganz bestimmte Schutzgüter und Art. XIV lit. a GATS, der die öffentliche Ordnung allgemein zu schützen scheint, darf nur in Anspruch genommen werden, wenn eine „wirkliche ausreichend schwerwiegende Bedrohung der Grundwerte der Gesellschaft“ vorliegt, vgl. *Joachim Englisch* *Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel*, 2008, 734.

<sup>154</sup> Die Aufmerksamkeit der Staaten hinsichtlich des Steuerungsverlusts unterstrich eine auf Deutschland zurückgehende Sonderregelung in Art. 47 Abs. 2 EGV. Richtlinien zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften konnten vom Rat demnach nur einstimmig beschlossen werden, wenn deren Durchführung in einem Mitgliedstaat eine Änderung der nationalen Berufsordnung umfassen sollte. Grund für diese schon damals nicht in den von Mehrheitsentscheidungen geprägten Binnenmarktbereich passende Ausnahmebestimmung waren der Schutz der deutschen Handwerksordnung und der Umstand, dass eine Koordinierung bzw. Harmonisierung auch gegenüber eigenen Staatsbürgern wirkt. *Bröhmer* Art. 53 AEUV, in: *Christian Calliess/Matthias Ruffert* (Hrsg.) *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Rn. 2 (die Kommentierung von *Stefan Korte* in der 5. Aufl. enthält hiezu nichts); *Ulrich Everling* *Das Niederlassungsrecht in der EG als Beschränkungsverbot – Tragweite und Grenzen*, in: *Wolfgang Schön* (Hrsg.) *GS Brigitte Knobbe-Keuk*, 1997, 607 (609 f.).

Entscheiden im Streitfall internationale Standards, bedeutet dies einen Steuerungsverlust, weil der betroffene Staat auf deren Ausgestaltung keinen direkten und unbeschränkten Zugriff hat und das Expertenwissen häufig gerade bei Privaten vorhanden ist.<sup>155</sup> In diesem Licht kann der Rechtsprechung des EuGH, wonach WTO-Recht in der EU jedenfalls der Umsetzung bedarf,<sup>156</sup> eine Strategie unterstellt werden, die es der Union erlaubt, eine auf wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhende, allzu tief gehende Integration zu verhindern: Wenngleich wissenschaftliche Expertisen ein unionales Importverbot für Hormonfleisch am Ende nicht tragen, kann die EU dieses aufrechterhalten und dafür finanzielle Sanktionen in Kauf nehmen. Dieser wirtschaftsrechtliche „selective exit“ entspricht der gestern Vormittag in Bezug auf das Migrationsrecht in der Aussprache erwähnten „flexiblen Solidarität“. Das zeigt, dass Ausnahmen und Schutzklauselverfahren wichtige demokratiepolitische Puffer darstellen, wenn sie dem Schutz von Interessen dienen, die für die Identität politischer Gemeinschaften von besonderer Bedeutung sind.<sup>157</sup>

Schließlich ist es die auf Kommunikation, Koordination und wirtschaftliche Integration ausgerichtete Funktionalität des Anerkennungsprinzips, die am Ende Wirtschaft und Staat<sup>158</sup> entlastet und auch zur Friedenssicherung<sup>159</sup> beiträgt.<sup>160</sup>

<sup>155</sup> *Trute* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 101), § 6, Rn. 89 ff.

<sup>156</sup> Grundlegend EuGH 12.12.1972, C-21-24/72, *International Fruit Company*, ECLI:EU:C:1972:115, Rn. 10 ff. *Sabine Mauderer* Der Wandel vom GATT zur WTO und die Auswirkungen auf die Europäische Gemeinschaft, 2001, 119 ff.; *Ernst-U. Petersmann* Welthandelsrecht als Freiheits- und Verfassungsordnung, ZaöRV 2005, 543 (576).

<sup>157</sup> *Joseph Weiler* The European Community in Change: Exit, Voice and Loyalty, in: Georg Ress/Michael R. Will (Hrsg.) Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut 109 (1987), 3 (7; „selective exit“); *Rudolf Dolzer* Der Staat aus der Sicht des internationalen Wirtschaftsrechts, in: Otto Depenheuer/Markus Heintzen/Peter Axer (Hrsg.) FS Josef Isensee, 2007, 61 (62); *Ralf Poscher* Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, VVDStRL 67 (2008), 160 (171) („lose Kopplung“) mit Verweis auf *von Bogdandy* und *Tietje*; *von Engelhardt* Welthandelsorganisation (Fn. 115), 301; *Frank Schorkopf* Wertesicherung in der Europäischen Union – Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?, EuR 2016, 147 (162; „politisch gebilligter Nichtvollzug“).

<sup>158</sup> Etwa, weil Doppelgleisigkeiten abgebaut werden, Unternehmen ihre Produktion nicht für verschiedene Zielländer anpassen müssen und die (Verwaltungs-)Ressourcen des anerkennenden Staats geschont werden. Die unionalen Grundfreiheiten werden in ihrer Ausgestaltung als Beschränkungsverbote zu Recht als „gigantische Transaktionskostensenkungsprogramme“ bezeichnet. So *Michaels* Anerkennungspflichten (Fn. 87), 142. Vgl. auch *Werner Meng* Recognition of Foreign Legislative and Administrative Acts, in: Rudolf Bernhardt (Hrsg.) Encyclopedia of Public International Law, Instalment 10 (1987), 348 (350).



Auf individueller Ebene führt auch das Anerkennungsprinzip zu rechtsstaatlichen und demokratischen Spannungslagen. Die Diskussionen sind bekannt. So beinhaltet das unionale Verbund- und Kooperationsverwaltungsrecht etwa in Gestalt der verfahrensrechtlichen Transnationalitäts- und Referenzentscheidungsmodelle<sup>161</sup> wechselseitige Anerkennungspflichten.<sup>162</sup> Für den Einzelnen kann es problematisch sein, dass die Wirkungen eines Verwaltungsakts in einem anderen Mitgliedstaat eintreten als jenem, in dem dagegen Rechtsschutz gesucht werden kann.<sup>163</sup> Auch im Lichte demokratischer Legitimität sind grenzüberschreitende Verflechtungen zum Teil problematisch, weil sich Verantwortlichkeiten nicht immer transparent abzeichnen und weil zwischen formellem Entscheidungsträger und den Betroffenen im EU-Ausland kein Einfluss- und Verantwortungszusammenhang besteht.<sup>164</sup>

---

<sup>159</sup> Zu dem Umstand, dass grenzüberschreitender Handel mit internationaler Arbeitsteilung für die innere und äußere Stabilität der Staaten von grundsätzlicher Bedeutung war, und zur wirtschaftlichen, aber auch rechtlichen Integration im Europa des 19. Jahrhunderts, die bereits von Meistbegünstigung und Zolltariffestlegungen sowie diesbezüglich langfristigen Bindungen geprägt war, auch als pragmatische Anpassung an die rasanten technischen Entwicklungen *Krüger* Europa (Fn. 21), 72–102. Vgl. auch die *Kant'sche* Einsicht, dass Handel die Menschen zusammenbringt. *Immanuel Kant* Zum ewigen Frieden, 1984, 33. Aus dem 19. Jahrhundert *Frédéric Bastiat*: „Wenn nicht Waren die Grenzen überqueren, werden dies Soldaten tun.“

<sup>160</sup> Die Koppelung von Frieden und Wohlstand zeigen unter anderem die Bemühungen der USA um die Gründung der ITO, aus denen zunächst (nur) das GATT 1947 hervorging. Diese waren auch von dem Gedanken getragen, dass die Radikalisierung der Gesellschaft in Europa ganz wesentlich auf die „wirtschaftliche Ausblutung Europas“ nach dem Ersten Weltkrieg zurückzuführen war, die ihrerseits wesentliche Folge des Rückzugs der USA aus der internationalen Politik nach 1919 war. Die Internationalisierung der Wirtschaft sollte – so zumindest ein Motiv der USA – den Staaten Wohlstand und Frieden bringen. *Hahn* Aussetzung (Fn. 57), 16.

<sup>161</sup> *Sydow* Verwaltungskooperation (Fn. 96), 129 ff., 181 ff.

<sup>162</sup> M.w.N. *Thomas von Danwitz* Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, 630 f.

<sup>163</sup> Vgl. dazu *Dirk Ehlers* Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1999, 13 f.; *Jens Hofmann* Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, in: Eberhard Schmidt-Abmann/Bettina Schöndorf-Haubold (Hrsg.) Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, 353 (361 ff.). Der Grundsatz der Staatenimmunität schließt es allerdings nicht aus, dass in einem anderen Mitgliedstaat erlassene, für eine Entscheidung im Gerichtsstaat präjudizielle Hoheitsakte von diesem überprüft werden. Jedoch kann die Anerkennung des ausländischen Hoheitsakts nur in Bezug auf Realakte und somit nicht bei (transnationalen) Verwaltungsakten versagt werden. *Rudolf Thienel* Rechtsschutz im Verwaltungsverbund – Spielraum und Einfluss der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, in: Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Fn. 96), 161 (192 f.); *Kahl* in: HStR XI (Fn. 50), § 253, Rn. 44 ff. mit Kritik und zahlreichen Nachweisen.

<sup>164</sup> Daher muss die demokratische Legitimität der Entscheidungen innerhalb der Verwaltungskooperation auch aufgabenbezogen erarbeitet werden. Zum Einsatz kommen „Legitimationsbausteine“ wie intensiviertere Kooperation vor dem Erlass des Verwaltungsakts, Sus-

## V. Typisierung

Typisierend lässt sich über die beiden Modi der Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht Folgendes festhalten:

Wenn Staaten ihr Wirtschaftsrecht auf das Ausland erstrecken, schützen sie damit vitale politische und wirtschaftliche Interessen – rasch und unmittelbar. Die Verfolgung der Interessen geschieht zunächst einmal, ohne in zwischenstaatlichen Verhandlungen Einbußen der eigenen Position hinzunehmen. Insgesamt zeigt sich die Erstreckung als einseitiges, macht-basiertes Instrument, das im Gesamtsystem zum Teil erhebliche Transaktionskosten, etwa in Gestalt von Jurisdiktionskonflikten, verursacht. Zum Schutz Schwacher und der Umwelt wird die Erstreckung in der Regel nur eingesetzt, wenn eine völkerrechtliche Pflicht hiezu besteht<sup>165</sup> oder wenn der politische Druck durch die Wählerschaft im Inland entsprechend groß wird.<sup>166</sup> Ist beides nicht der Fall, lassen sich Ausbeutung und Umweltzer-

---

pensionsmöglichkeiten danach, detaillierte Verfahrensbindungen sowie Aufsichts-, Eintritts- und Kontrollrechte bis hin zu vertrauensbildenden Maßnahmen zwischen den verschiedenen mitgliedstaatlichen Verwaltungen. Hiezu *Sydow* Verwaltungskooperation (Fn. 96), 141 ff.; *Kment* Verwaltungshandeln (Fn. 47), 242; *Michael Mayrhofer* Das Kooperationsverhältnis im staatlichen Unionsverfassungsrecht, in: Michael Holoubek/Andrea Martin/Stephan Schwarzer (Hrsg.) FS Karl Korinek, 2010, 373 (390 ff.); *Franz Merli* Die Zukunft der Verwaltung, 2010, 18 ff., 30 ff.; *Claudia Fuchs* Allgemeine Grundsätze eines europäischen Verfahrens der Verwaltungskooperation, in: Holoubek/Lang (Fn. 53), 361 (375); *Holoubek* Entscheidungen, in: ders./Lang (Fn. 98), 352 ff.; *Trute* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 101), § 6, Rn. 112 ff.

<sup>165</sup> Eine verpflichtende Erstreckung findet sich etwa im Hinblick auf die Einbeziehung ausländischer Interessen und Interessierter in Genehmigungsverfahren. Eine Erstreckung zum Schutz Schwacher ohne völkerrechtliche Verpflichtung bildet – als Ausnahme – die EU-Datenschutz-Grundverordnung, die allerdings einen Bereich regelt, in dem Verhandlungen mit den USA wohl keine Aussicht auf Erfolg hätten und in dem auch für die EU nachteilige Wettbewerbsverzerrungen eine Rolle spielen (dazu Fn. 74; zu den unterschiedlichen Zugängen der USA und der EU zum Datenschutz *Lothar Determann* Datenschutz in den USA – Dichtung und Wahrheit, NVwZ 2016, 561). Das übliche Vorgehen – keine Erstreckung ohne Verpflichtung – zeigt sich beispielhaft im fehlenden Verbot von Exportkartellen, weil sich diese nur in anderen Staaten auswirken. So kann es aber dort zu ausbeuterischem Verhalten kommen, wenn der Auswirkungsstaat über kein Kartellrecht oder dessen effektiven Vollzug verfügt. Zur diesbezüglich wiederholt „fehlerhaften“ Novellierung des deutschen Rechtsbestands *Wagner-von Papp* in: Tietje, Begriff (Fn. 56), § 11, Rn. 78.

<sup>166</sup> Für die Politik kann sich das am Ende auch günstig fügen. So war Grund für das US-Thunfisch-Importverbot massiver öffentlicher Druck von Tierschützern. Gleichzeitig war mit dem Verbot aber eine positive Wirkung für die US-Wirtschaft verbunden. Dazu *Eva Maria Doerr* Wandel oder Kontinuität: Ein kritischer Beitrag zur Diskussion um handelsrestriktive Umweltmaßnahmen im Rahmen der WTO, PIPE – Papers on International Political Economy, 12/2012, 6 <<http://www.polsoz.fu-berlin.de/polwiss/forschung/oekonomie/>

störung durch heimische Unternehmen im Ausland<sup>167</sup> ganz nüchtern als externe Effekte bei der Güterproduktion beiseiteschieben.

Die Anerkennung besitzt dagegen kooperativen und verhandlungsgeleiteten Charakter. Das bedeutet in der Regel Abstriche bei eigenen Positionen, gleichzeitig jedoch die Senkung von Kosten für Wirtschaft und Staat. Die Anerkennung ist auf eine konsistente Entwicklung in Richtung zunehmender (auch) wirtschaftlicher Verflechtung vor allem durch den Abbau von Handelshemmnissen gerichtet und so am Ende auch friedensfördernd.<sup>168</sup>

Sowohl Erstreckung als auch Anerkennung bewirken Harmonisierung, bei Erstreckungen geschieht dies allerdings nicht selten bloß faktisch, intransparent und erst im Nachhinein. Beide Instrumente führen zur Schwächung staatlicher Steuerung. Auch dies spielt sich bei Erstreckungen oft verdeckt ab. Im Rahmen der Anerkennung gewinnt diesbezüglich der Zugriff auf Standardsetzer an Bedeutung. Auf individueller Ebene verursachen beide Instrumente demokratische und rechtsstaatliche Spannungslagen.

## VI. Reterritorialisierung

Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht funktioniert durch Erstreckung und Anerkennung. In Reaktion darauf erlassen Staaten Abwehrgesetze („Abwehr“), antworten mit Gegen-Erstreckung („Gegenwehr“), übernehmen fremdes Recht freiwillig in ihren Rechtsbestand („Unterwerfung“) oder kooperieren, auch indem sie völkerrechtliche Verträge<sup>169</sup> schließen und Internationale Organisationen gründen („Kooperation“).<sup>170</sup>

---

ipoe/pipe\_working\_papers/papers/PIPE\_Working\_Paper\_12-12\_Doerr\_-\_Wandel\_oder\_Kontinuit\_t.pdf> (06.10.2016).

<sup>167</sup> Dazu etwa jüngst „Deutsche Unternehmen im Ausland – Spitzenrang bei Menschenrechtsverletzungen“ <<http://www.tagesspiegel.de/politik/deutsche-unternehmen-im-ausland-spitzenrang-bei-menschenrechtsverletzungen/11733036.html>> (06.10.2016).

<sup>168</sup> Das kann hinsichtlich der Erstreckung nur sehr beschränkt behauptet werden. Im Blick zu behalten ist aber doch, dass wirtschaftlicher Druck nach dem Gewaltverbot das einzige verbleibende Mittel zur einseitigen Durchsetzung außenpolitischer Interessen ist und so auch Kriege verhindern kann. Zur Unklarheit der Grenze zwischen noch erlaubtem und unzulässigem Druck *Meng* Wirtschaftssanktionen (Fn. 136), 269.

<sup>169</sup> *Kaiser* Globalisierung als Problem der Demokratie, Internationale Politik, 1998, 5; *Rupert Scholz* Steuerungsprobleme heutiger Staatlichkeit, 1998, 18, 28; *Anne Peters* Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 132; *Kustor* Aspekte, in: ders. (Fn. 56), 166 f.; *Dederer* in: HStR XI (Fn. 72), § 248, Rn. 115 f.; *Valta* Steuerrecht (Fn. 75), 594. Freilich wird das Instrument des völkerrechtlichen Vertrags angesichts der rasanten technisch-wirtschaftlichen Entwicklungen (*Stefan Oeter* Vom Völkerrecht zum transnationalen

Diese Verhaltensweisen – Abwehr, Gegenwehr, Unterwerfung und Kooperation – wirken auf eine Reterritorialisierung im Wirtschaftsrecht hin, weil nicht mehr fremdes Recht in Staaten, in denen es nicht beschlossen wurde, gilt, zur Anwendung gelangt oder seine Wirkung entfaltet. Abwehrgesetze haben zur Folge, dass ein Sachverhalt nicht mehr nach ausländischem Recht beurteilt wird,<sup>171</sup> und die Übernahme fremder Regelungen in die nationale Rechtsordnung bedeutet evident Territorialisierung. Nicht nur Anerkennung, für die das schon *prima vista* nahe liegt, sondern auch (Gegen-)Erstreckung<sup>172</sup> und autonomer Nachvoll-

---

Recht – „transnational administrative networks“ und die Bildung hybrider Akteursstrukturen, in: Calliess [Fn. 52], 388 [391]) und der sich daraus ergebenden strukturellen Koppelung von (Welt-)Wirtschaft und Staaten (*Udo Di Fabio* Das Recht offener Staaten, 1998, 139) nicht immer freiwillig gewählt, und der Rückgewinn an Steuerungspotenzial wird durch Verhandlungen unter faktisch ungleichen Kräfteverhältnissen geschmälert. Bei multilateralen Verträgen, die im internationalen Kontext nur schwer abänderbar sind und deren Anpassung über lange Zeit nicht möglich ist, kann der Vertragstext geänderte Bedürfnisse unter Umständen nicht mehr adäquat abbilden. Besteht ein Streitbeilegungsmechanismus, verlagert sich dieses Problem in die Spruchkörper, denen die Kritik droht, nicht mehr auf dem Boden des Vertragstexts zu entscheiden, und das Recht verselbständigt sich weg von den Vertragsstaaten (vgl. etwa *Armin von Bogdandy* Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation, KJ 2001, 264). Sind weder Austritt noch eine Vertragsrevision faktisch realisierbar, werden demokratische Bedenken hinsichtlich der Mitgliedschaft in der IO erhoben, auch weil der Steuerungsverlust wieder zunimmt. Am Beispiel der WTO auch angesichts eines unterschiedlichen Verständnisses von demokratischer Legitimität im internationalen Kontext anschaulich *Markus Krajewski* Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO), 2001, einerseits und *von Engelhardt* Welthandelsorganisation (Fn. 115), andererseits.

<sup>170</sup> Die Mehrzahl der derzeit etwa 250 Organisationen ist – zumindest auch – mit Aspekten der internationalen Wirtschaft befasst. *Nowrot* in: Tietje, Begriff (Fn. 149), § 2, Rn. 20. Eine wesentliche, kooperierende Funktion völkerrechtlicher Übereinkommen wie des GATT besteht auch darin, wirtschaftliche Macht zu kanalisieren, Staaten diesbezüglich auf eine rechtliche Stufe zu stellen und unilaterale Maßnahmen, die sich vor allem (wirtschaftlich) mächtige Staaten leisten können, zu verhindern.

<sup>171</sup> So führten die auf diplomatischer Ebene ausgetauschten Bedenken dazu, dass der Widerspruch zwischen dem US Iran Sanctions Act 1996 und der EU-Abwehrverordnung VO (EG) 2271/1996, ABl. L 96/309, 1, durch Nichtanwendung der Regelung über 15 Jahre hindurch nicht schlagend wurde. *Vogt* Compliance, in: Huck/Kurth (Fn. 57), 108 f.

<sup>172</sup> Dass Kooperation häufig auch im Gefolge von Erstreckungen eine Rolle spielt, zeigt der Umstand, dass zwischen der EG und z.B. den USA Abkommen über die Anwendung der Wettbewerbsregeln geschlossen wurden, und nach dem Scheitern einer Verankerung wettbewerbsrechtlicher Regelungen auf WTO-Ebene das internationale Netz nationaler Wettbewerbsbehörden (International Competition Network, ICN) verwirklicht wurde, ebenso wie die Zusammenarbeit im OECD-Ausschuss für Wettbewerbsrecht und Wettbewerbspolitik, die Aufnahme von wettbewerbsrechtlichen Kapiteln in Freihandelsabkommen und die daher zu Recht getroffene Bezeichnung des Kooperationsprinzips im Internationalen Kartell- und Fusionskontrollrecht als „Leitmotiv“ bei *Philipp Terhechte* Das internatio-

zug<sup>173</sup> stimulieren zwischenstaatliche Kooperation.<sup>174</sup> Diese führt häufig zu Harmonisierung,<sup>175</sup> die die Inkongruenz von räumlichem Geltungsbereich und Anwendungs- bzw. Wirkungsbereich des Rechts zurückdrängt. Die Staaten treiben die Entterritorialisierung also zwar voran; diese ist aber häufig nur ein Zwischenstadium, dem entweder die Ablehnung des fremden Rechts oder eine Rechtsangleichung folgt. So wirkt die Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht als Motor für eine Reterritorialisierung.<sup>176</sup>

---

nale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht zwischen Kooperation und Konvergenz, ZaöRV 2008, 689 (698). Weiters *Anna-Maria Karl* Auf dem Weg zu einer globalen Kartellrechtsordnung, RIW 1996, 633; *Lowenfeld* Law (Fn. 58), 428 ff.; *Kment* Verwaltungshandeln (Fn. 47), 127 ff.; *Imelda Maher* Transnational Legal Authority in Competition Law and Governance: Territoriality, Communitarity and Networks, in: *Handl/Zekoll/Zumbansen* (Fn. 52), 411 (419); *Matthias Meessen* Multinationale und globale Unternehmen im Wettbewerb der Systeme, in: *HStR XI* (Fn. 22), § 246, Rn. 61 ff.; *Fabian Stancke* TTIP, CETA und die Rolle des Wettbewerbsrechts in internationalen Freihandelsabkommen, *EuZW* 2016, 567 (568: Herausbildung einer Art „schleichender Konvergenz“ [soft convergence]“); auch *Krajewski* Wirtschaftsvölkerrecht (Fn. 21), Rn. 717 ff. Zu Versuchen der Vereinheitlichung des Kartellrechts in globaler, historischer Hinsicht *Jürgen Basedow* Weltkartellrecht, 1998, 61 ff. Zur kurz nach dem Scheitern einer Verankerung eines wettbewerbsrechtlichen Rahmens auf WTO-Ebene ergangenen, die extraterritoriale Wirkung des US-Anti-Trust-Law beschränkenden Entscheidung des US Supreme Court im *Empagran-Fall Torsten Körber* Die Empagran-Entscheidung des US Supreme Court, *ZWeR* 2004, 591; *John Shenefield/Jürgen Beninca* Extraterritoriale Anwendung US-amerikanischen Kartellrechts, *WuW* 2004, 1276. Hingewiesen sei auch darauf, dass das auf die *Lotus*-Entscheidung des StIGH aus dem Jahr 1927 (Fn. 53) zurückgehende Prinzip der unkoordinierten Gesetzgebungskompetenz der Staaten heute angezweifelt wird. Gründe dafür sind die mittlerweile immense wirtschaftliche Verflechtung und ein auch im Völkerrecht erhöhter Schutz des Individuums. So *Sandrock* Grenzen (Fn. 61), 23 f., 92; vgl. auch *Ulrich Immenga* The Need for Multilateral Rules as a Consequence of Globalization and Liberalization, in: *Stefan Griller/Birgit Weidel* (Hrsg.) External Economic Relations and Foreign Policy in the European Union, 2002, 191 (196).

<sup>173</sup> Vor dem autonomen Nachvollzug werden Verhandlungen zwischen erstreckendem Staat und Adressaten der Erstreckung häufig zur Abschwächung des „regulatorischen Imperialismus“ oder zur Herstellung von Reziprozität geführt. Vgl. *Laura Buch/Sterenn Künzell/Friederike Ullmann* Tax Compliance – Welche Auswirkungen besitzt FATCA auf Banken in Deutschland?, in: *Huck/Kurth* (Fn. 57), 115 (121 [Fn. 22], 125 f.).

<sup>174</sup> Vgl. etwa *Reimer* Rahmenbedingungen, in: *Holoubek/Lang* (Fn. 53), 72.

<sup>175</sup> Der umgekehrte Weg, also jener von bi- oder multinationalen Abkommen hin zur einseitigen Erstreckung, ist die seltene Ausnahme. Dies lässt sich aber beim Schutz geistigen Eigentums feststellen. Grund für diese Entwicklung ist die auf internationaler Ebene bestehende Uneinigkeit über die urheberrechtliche Behandlung der Verbreitung von Inhalten im Internet. Vgl. *Alexander Peukert* Territoriality and Extra-Territoriality in Intellectual Property Law, in: *Handl/Zekoll/Zumbansen* (Fn. 52), 189 (225 f.).

<sup>176</sup> In einem anderen, gewissermaßen umgekehrten Sinn geht es im Zusammenhang mit der Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht darum, dass nationales Recht dort zur Anwendung gelangen kann, wo es beschlossen wurde. Gemeint ist die Notwendigkeit, die institutionell bewegliche, entterritorialisierte Wirtschaft im Sinne einer Schärfung judikativer

In jüngster Zeit produziert dieser Motor Fehlzündungen. Zum einen hat – unter anderem – das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung TTIP ins Wanken gebracht. Die geplante regulatorische Zusammenarbeit nährt nämlich die Befürchtung, letztlich zur Anerkennung nicht ausreichend Schutz bietender Standards gezwungen zu sein.<sup>177</sup> Unter Druck geraten die Standards deshalb, weil Staaten für einen neuen Liberalisierungs- und Wachstumsschub heute gezwungen sind, vor allem nichttarifäre Handelshemmnisse abzubauen. Diese sichern aber – anders als Zölle – verbraucher- und umweltschutzrechtliche Belange und dienen so wertebbezogener politischer Steuerung. Mit ihrer Kritik an TTIP fordern Teile der Bevölkerung die Sicherstellung eines Mindestmaßes solcher Steuerungsmöglichkeiten lautstark und grenzüberschreitend koordiniert ein.<sup>178</sup> Im Sinne einer Koppelung von Markt und Demokratie wird daher die Entwicklung flankierender Poli-

---

Zugriffspunkte rechtlich zu territorialisieren. Diese Notwendigkeit besteht vor allem für Sachverhalte mit Internetbezug. Dass ein rechtlicher Zugriff gelingen kann, zeigt der EuGH, wenn er die Anknüpfungspunkte „im Rahmen der Tätigkeit“ einer Niederlassung i.S.d. Art. 4 Abs. 1 lit. a Datenschutz-Richtlinie (RL 95/46/EG, ABl. L 1995/281, 31) und der „Niederlassung“ dem Schutzzweck der Richtlinie folgend großzügig auslegt (vgl. EuGH 13.05.2014, C-131/12, *Google/González*, ECLI:EU:C:2014:317, Rn. 48 ff.). Er nimmt bei Unternehmen, die ihre Leistungen über das Internet anbieten, gezielt Abstand von „einer formalistischen Sichtweise“ und bejaht das Bestehen einer Niederlassung, an die die Anwendung des nationalen Datenschutzrechts anknüpft, bei Vorliegen auch nur geringer institutioneller Verfestigung, wie eines Postfachs, Bankkontos oder eines Vertreters, und stellt so den judikativen Zugriff sicher, EuGH 01.10.2015, C-230/14, *Weltimmo*, ECLI:EU:C:2015:639, Rn. 29 ff., 41. Anders als dem *Google*-Urteil lag dem *Weltimmo*-Urteil ein rein innerunionaler Sachverhalt zugrunde und es ging um die Anwendung entweder des ungarischen oder des slowakischen Datenschutzrechts. Zum Urteil z.B. *Ingemar Kartheuser/Florian Schmitt* Der Niederlassungsbegriff und seine praktischen Auswirkungen, ZD 2016, 155; *Dan Svantesson* The CJEU's *Weltimmo* Data Privacy Ruling – Lost in the Data Privacy Turmoil, Yet So Very Important, MJ 2016, 332; Urteilsbesprechung mit Anmerkung von *Eva Beyvers* Datenschutzrecht – Anwendbarkeit nationalen Rechts auf ausländische Gesellschaft, EuZW 2015, 912. Vgl. nunmehr den in der bezüglichen Hinsicht gleich formulierten Art. 3 Abs. 1 Datenschutz-Grundverordnung. Vgl. weiters auch *Gerald Spindler* Transnationalisierung und Renationalisierung des Rechts im Internet, in: Calliess (Fn. 52), 193 (218 f.).

<sup>177</sup> Tatsächlich folgt die Entterritorialisierung im internationalen Wirtschaftsrecht häufig einem eher technokratischen Ansatz, der etwa Herstellungsmethoden unberücksichtigt lässt. *Von Bogdandy* Dimensionen (Fn. 169), 425 (434). In Bezug auf die regulatorische Zusammenarbeit wird als besonders kritisch beurteilt, dass sich die Vertragsparteien über geplante Regulierungsmaßnahmen zum frühestmöglichen Zeitpunkt austauschen sollen. So ergeben sich besondere Einflussmöglichkeiten schon vor dem Gesetzgebungsverfahren, *Christian Calliess/Miriam Dross* TTIP: Regulierungszusammenarbeit auf Kosten der Umwelt?, DÖV 2016, 621 (624, 626).

<sup>178</sup> *Anna Cavazzini* Das Freihandelsabkommen zwischen EU und USA: Hintergrund, Kritik, Protest, *Forschungsjournal soziale Bewegungen* 2015, 90 (91 f.).

tikbereiche für TTIP gefordert und betont, dass diese aus den genannten Gründen in der EU bereits auf die Union übertragen sind.<sup>179</sup>

Der Motor läuft aber – zum anderen – auch innerhalb dieser Union nicht rund. Als einer von vielen Gründen<sup>180</sup> für den Brexit gilt ebenfalls der nicht nur zunehmende, sondern auch zunehmend kritisch gesehene nationale Steuerungsverlust in politisch sensiblen Bereichen. Die verpflichtende Übernahme von EU-Organen dynamisch weiterentwickelten Rechts auf immer mehr Gebieten stellt ein wesentliches Motiv für den Brexit dar.<sup>181</sup> Diesbezüglich scheint die Problemlage mit jener bei TTIP vergleichbar.

Das Einhegen fortschreitender Entterritorialisierung durch einen flankierenden, transparent erarbeiteten, im Konfliktfall aber auch gleichförmig durchgesetzten und erst dadurch wirklich vertrauensbildenden Rahmen und damit die Reduzierung des Spannungsverhältnisses zwischen Demokratie und Freihandel sind im internationalen Kontext keine einfache Aufgabe. Da wirtschaftliche Integration ein Mindestmaß an Vertrauen voraussetzt, müssen sich die Staaten dieser Aufgabe jedoch stellen. Innerhalb der EU ist die künftige Tragfähigkeit<sup>182</sup> einer über das rein Wirtschaftliche hinausgehenden Integration durch Recht im Sinne des funktionalen Integrationsansatzes<sup>183</sup> in grundsätzlicher Weise angesprochen.

---

<sup>179</sup> *Calliess/Dross* TTIP (Fn. 177), 629. Vgl. auch *von Engelhardt* Welthandelsorganisation (Fn. 115), 309.

<sup>180</sup> Freilich liegen viele davon auch jenseits der hier thematisierten wirtschaftsrechtlichen Bezüge.

<sup>181</sup> Vgl. *Ralf Michaels* Does Brexit Spell the Death of Transnational Law?, *German Law Journal* 2016, Brexit Special Supplement, 51 (52); *Ronald G. Asch* „This realm of England is an empire“: Die Krise der EU, das Brexit-Referendum und die europäische Rechtsgemeinschaft, *ZSE* 2016, 174 (186, 190 f.), mit Bezugnahme vor allem auf die demokratie- und integrationspolitischen Folgen rechtlich umstrittener Maßnahmen im Zuge der Euro-Rettung und mit bemerkenswertem Hinweis auf die Umschreibung der „pragmatischen“ Integrationsmethode durch *Jean-Claude Juncker* im Jahr 1999: „Wir beschließen etwas, stellen das dann in den Raum und warten einige Zeit ab, was passiert. Wenn es dann kein großes Geschrei gibt und keine Aufstände, weil die meisten gar nicht begreifen, was da beschlossen wurde, dann machen wir weiter – Schritt für Schritt, bis es kein Zurück mehr gibt.“ *Der Spiegel* 52/1999 <[www.spiegel.de/spiegel/print/d-15317086.html](http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-15317086.html)> (06.10.2016). Diesen Pragmatismus nennt *Grimm* zu Recht „Prinzipienscheu“, die in ein gravierendes Legitimitätsproblem mündet. *Dieter Grimm* Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, 2016, 253. Dass es (noch) immer ein Zurück gibt, zeigt nun der Brexit.

<sup>182</sup> Vgl. dazu im Lichte des Brexit *Andreas Fahrmeir* Allmählicher Abschied von der europäischen Integration? Britische imperiale Erfahrungen, das Brexit-Votum und die Europäische Union, *ZSE* 2016, 166.

<sup>183</sup> *Giandomenico Majone* Europe as the Would-be World Power, 2009, 72 ff.; *Matthias Ruffert* Sektorales Wirtschaftsrecht als Teil des europäischen Wirtschaftsrechts, in: ders. (Hrsg.) Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2013, § 1, Rn. 2.

TTIP und Brexit bedeuten Zäsuren für die Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht, weil eine kritische (internationale) Öffentlichkeit einer ständig zunehmenden Übernahme fremden Rechts Grenzen gesetzt hat.<sup>184</sup> Die Instrumente der Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht, Erstreckung und Anerkennung, werden unabhängig davon weiterhin eine gewichtige Rolle spielen, weil die Staaten von der Wirtschaft abhängig sind, die Wirtschaft entterritorialisiert bleibt und das Wirtschaftsrecht dem „Rhythmus der Wirtschaft“<sup>185</sup> folgen muss. In Bezug auf Brexit und TTIP wird sich weisen, ob dieser Rhythmus künftig vermehrt von einer Achse zwischen USA und Großbritannien auf die EU erstreckt wird, ob die EU mit dem Vereinigten Königreich an ihrer Seite die USA dazu bewegen kann, auch ihren Rhythmus anzuerkennen, oder ob der Brexit gar die letzte Chance für eine – dann dreiseitige – transatlantische Partnerschaft ist. Die Entwicklungen sind nach dem Scheitern der „Reterritorialisierung nach oben“ im Fall von TTIP und der erfolgten „Reterritorialisierung nach unten“ im Fall des Brexit in alle Richtungen offen. Ihre tragfähige Gestaltung wird ohne Zweifel mühevoll. Was aber mühelos erreichbar ist, ist nicht der Mühe wert.

---

<sup>184</sup> Die Grundlage für das entsprechende Verhalten maßgeblicher Politiker wurde wesentlich in Zeiten bevorstehender nationaler Wahlen – etwa in Großbritannien und den USA – gelegt. *David Cameron* hat im Wahlkampf 2015 versprochen, im Falle seines Erfolgs ein Referendum über den Austritt Großbritanniens aus der EU abzuhalten, in den USA ist der Präsidentschaftskandidat *Donald Trump* vehement gegen TTIP, was in der Folge auch bei seiner Gegenkandidatin *Hillary Clinton* zu einer diesbezüglich kritischen Haltung führt. Hinsichtlich TTIP spielen sich derzeit ähnliche Entwicklungen in verschiedenen Staaten Europas, vor allem auch Frankreich, ab.

<sup>185</sup> *Rolf Stober* Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2001, 9.



*Leitsätze des Referenten über:*

## **Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht**

### *I. Erste Annäherung: entterritorialisierte Wirtschaft*

*(1) Seit der Antike drängt die Wirtschaft danach, Grenzen zu überwinden und weiträumig Handel zu betreiben. Bezieht man den Begriff „Weltwirtschaft“ auf jenes Gebiet, das für Menschen zu ihrer jeweiligen Zeit erfahrbar ist, wird spätestens seit dem Hochmittelalter zu Recht von Weltwirtschaft(en) gesprochen. Im 19. Jh. rechtfertigen es Intensität und Ausdehnung wirtschaftlicher Vernetzung, von der ersten wirtschaftlichen Globalisierung zu sprechen.*

### *II. Zweite Annäherung: territorialisierte Herrschaftsgewalt*

*(2) Entterritorialisierung der Wirtschaft und Territorialisierung der Herrschaftsgewalt sind zwei voneinander unabhängige Prozesse. Bei genauer Betrachtung lässt sich verbindend erkennen, dass die Wirtschaft vor dieser Territorialisierung in relativ hohem Maße grenzüberschreitend ausgerichtet und für die Verwirklichung territorialer Herrschaftsgewalt essentiell ist. Nach dieser Territorialisierung wird die Wirtschaft vom Staat, der in ihre Abhängigkeit gerät, für längere Zeit in ihrer grenzüberschreitenden Dimension beschränkt. Wiederrum danach fördern die Staaten ungehinderten, grenzüberschreitenden Handel.*

### *III. Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht*

#### *1. Begriff der Entterritorialisierung*

*(3) Im Sinne eines weiten Begriffsverständnisses ist wesentliches Kriterium der Entterritorialisierung, dass Recht in einem Staat, in dem es nicht beschlossen worden ist, gilt, seine Wirkung entfaltet oder auf dort verwirklichte Sachverhalte Anwendung findet. Auf eine strenge Unterscheidung*

*dieser Begriffe soll es nicht ankommen. Völkerrechtliche Verträge stellen keine Entterritorialisierung dar.*

## *2. Formen der Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht*

### *a) Die einseitige Erstreckung*

*(4) Rechtsetzung und Rechtsprechung auf ausländische Sachverhalte zu erstrecken, ist zulässig, wenn ein „genuine link“ besteht. Dies ist im Wirtschaftsrecht insbesondere dann der Fall, wenn im Ausland verwirklichte Sachverhalte im Inland spürbare, direkte oder beabsichtigte Auswirkungen zeitigen (Auswirkungsprinzip). Es bestehen zahlreiche Formen von Erstreckungen.*

### *b) Die Anerkennung*

*(5) Bei der „Urform“ der Anerkennung beschränkt der anerkennende Staat seinen Souveränitätsanspruch und räumt fremden Hoheitsakten, denen kein harmonisiertes Recht zugrunde liegt, durch formale Übernahme auf seinem Territorium extraterritoriale Wirkungen ein.*

#### *aa) Europäische Union*

*(6) Grundlage des Anerkennungsprinzips in der EU sind die als Beschränkungsverbote verstandenen Grundfreiheiten. In der Sache bewirken diese, dass Rechtshandlungen eines Mitgliedstaats von einem anderen als genauso verbindlich anzusehen sind, als hätte sie der anerkennende Staat gesetzt. Das Anerkennungsprinzip hat sich stark weiterentwickelt, ist in materiell- wie in verfahrensrechtlichen Bestimmungen enthalten und wirkt in verschiedenen Ausprägungen im harmonisierten wie im nichtharmonisierten Bereich. Im europäischen Wirtschaftsrecht sorgt das Anerkennungsprinzip für eine weitgehende Entterritorialisierung innerhalb der EU.*

#### *bb) Internationales Wirtschaftsrecht*

*(7) Der Grundsatz der Anerkennung findet sich auch im internationalen Wirtschaftsrecht, wenngleich dieses nicht auf ähnlich umfassende Anerkennungspflichten ausgerichtet ist wie das Unionsrecht, weil die einschlägigen Bestimmungen keine Beschränkungsverbote darstellen. Anerkennungsmechanismen bestehen insbesondere in Bezug auf Ausnahmebestimmungen. Dies kann zu Spannungslagen führen. Die Frage ist dann etwa im Rahmen des GATT, inwieweit ein Staat in Bezug auf Maßnahmen anderer Staaten abweichende Schutzniveaus anerkennen muss.*

c) *Harmonisierung als Voraussetzung und Konsequenz*

(8) *Erstreckungen ziehen Harmonisierungen häufig auf faktischer Ebene nach sich, es kommt aber auch zu Rechtsangleichungen.*

(9) *Dem konsensualen Charakter der Anerkennung wohnt das Erfordernis einer vorausgehenden Mindestharmonisierung inne, weil nur so das Vertrauen der Staaten groß genug ist, um auf die Ausübung ihrer eigenen Regelungskompetenz zu verzichten.*

(10) *Insgesamt besteht Druck in Richtung Akzeptanz internationaler Standards und Harmonisierung. Es existiert eine große Zahl und Diversität internationaler, aber auch substaatlicher Standardsetzer. Alle liefern das, was das Prinzip der Anerkennung weiterträgt: die Grundlage für harmonisierte und dadurch anerkennungsfähige Regelungen.*

IV. *Folgen der Entterritorialisierung*

1. *Folgen der Erstreckung*

(11) *Erstreckungen bewirken einen Steuerungsverlust betroffener Staaten, der offensichtlich, aber auch verdeckt eintreten kann. Staaten können als Adressaten von Erstreckungen auch profitieren. Erstreckungen erzeugen häufig Jurisdiktionskonflikte und führen auf individueller Ebene zu rechtsstaatlichen und demokratischen Spannungslagen, die sowohl aus einem „Zuviel“ als auch einem „Zuwenig“ an Erstreckung resultieren können.*

2. *Folgen der Anerkennung*

(12) *Auf staatlicher Ebene zieht auch das Anerkennungsprinzip gewisse Steuerungsverluste nach sich. Ausnahme- und Schutzklauselverfahren stellen wichtige demokratiepolitische Puffer dar. Das Anerkennungsprinzip entlastet Staat und Wirtschaft und fördert Frieden. Auf individueller Ebene führt auch das Anerkennungsprinzip zu rechtsstaatlichen und demokratischen Spannungslagen.*

V. *Typisierung*

(13) *Die Erstreckung dient dem unmittelbaren und raschen Schutz vitaler politischer und wirtschaftlicher Interessen ohne Einbußen bei der eigenen Position. Sie ist insgesamt ein einseitiges, machtbasiertes Instrument, das im Gesamtsystem zum Teil erhebliche Transaktionskosten verursacht.*

*Zum Schutz Schwacher und der Umwelt wird das Instrument der Erstreckung in der Regel nicht eingesetzt.*

*(14) Demgegenüber ist die Anerkennung ein kooperatives und verhandlungsgeleitetes Instrument und daher mit Abstrichen bei eigenen Positionen verbunden. Sie senkt Kosten für Wirtschaft und Staat und ist auf zunehmende (auch) wirtschaftliche Verflechtung gerichtet.*

*(15) Sowohl Erstreckung als auch Anerkennung führen zur Schwächung staatlicher Steuerung und befördern Harmonisierung. Im Rahmen der Anerkennung gewinnt der Zugriff auf Standardsetzer an Bedeutung. Auf individueller Ebene verursachen beide Instrumente demokratische und rechtsstaatliche Spannungslagen.*

## *VI. Reterritorialisierung*

*(16) Staaten treiben die Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht zwar einerseits voran, reagieren darauf andererseits aber mit „Abwehr“, „Gegenwehr“, „Unterwerfung“ und „Kooperation“. Daher ist die Entterritorialisierung häufig nur ein Zwischenstadium, dem entweder die Ablehnung des fremden Rechts oder eine Rechtsangleichung folgt. So wirkt die Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht als Motor für eine Reterritorialisierung.*

*(17) Dieser Motor stockt zum einen in Bezug auf TTIP unter anderem deshalb, weil der Abbau nichttarifärer Handelshemmnisse durch regulatorische Zusammenarbeit die Befürchtung nährt, letztlich zur Anerkennung nicht ausreichend Schutz bietender Standards gezwungen zu werden.*

*Der Motor stockt zum anderen innerhalb der EU. Als einer von mehreren Gründen für den Brexit gilt ebenfalls der nicht nur zunehmende, sondern auch zunehmend kritisch gesehene nationale Steuerungsverlust in politisch sensiblen Bereichen.*

*(18) Da wirtschaftliche Integration ein Mindestmaß an wechselseitigem Vertrauen voraussetzt, ist die Einhegung fortschreitender Entterritorialisierung durch einen flankierenden, transparent erarbeiteten, aber auch gleichförmig durchgesetzten und erst dadurch wirklich vertrauensbildenden rechtlichen Rahmen unverzichtbar.*

*Innerhalb der EU ist die künftige Tragfähigkeit einer über das rein Wirtschaftliche hinausgehenden Integration durch Recht im Sinne des funktionalen Integrationsansatzes in grundsätzlicher Weise angesprochen.*

*(19) TTIP und Brexit bedeuten Zäsuren für die Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht. Nach dem Scheitern der „Reterritorialisierung nach oben“ im Fall von TTIP und der erfolgten „Reterritorialisierung nach unten“ im Fall des Brexit sind die Entwicklungen nach allen Seiten offen.*

Vierter Beratungsgegenstand:

## **Entterritorialisierung im Kommunikationsrecht**

Referat von *Matthias Cornils*, Mainz\*

### Inhalt

	Seite
I. „Cyberspace“: Raum in rechtlicher Ordnung . . . . .	391
1. Entterritorialisierung der Kommunikation: Deutungsvielfalt und begriffliche Vergewisserung . . . . .	395
2. Das Recht der Kommunikation . . . . .	401
II. Rechtsbindung transterritorialer Kommunikation . . . . .	403
1. Kommunikationssteuerung: Governance-Modi . . . . .	403
2. Internationale Kooperation im Kommunikationsrecht . . . . .	406
a) Fernmeldeunion . . . . .	407
b) Cybercrimekonventionen . . . . .	411
3. Transnationale Standardsetzung: „Multistakeholderism“ und <i>lex informatica</i> . . . . .	413
4. „Reterritorialisierung“: Behauptung staatlicher/unionaler Kontrollansprüche mit extraterritorialer Wirkung . . . . .	416
a) Jurisdiktion . . . . .	417
b) Intermediärhaftung . . . . .	423
III. Internetregulierung: Relationen . . . . .	427
1. Governance-Modus und Regulierungsgegenstand . . . . .	427
2. Kommunikationsermöglichung und Schutz vor Kommunikation . . . . .	432
IV. Rechtliche Schranken territorialer Internet-Jurisdiktion? . . . . .	434

### **I. „Cyberspace“: Raum in rechtlicher Ordnung**

Die Demokratische Volksrepublik Korea hat 24 Millionen Einwohner, darunter über eine Million Soldaten, Interkontinentalraketen und die Atom-bombe. Nordkorea hat auch einen staatlichen Rundfunksender, seit einigen Jahren Mobilfunktelefone – und eine country code Top-Level-Domain

---

\* Ich danke *Elke Gurlit* und *Nils Grosche* für hilfreiche Gespräche und wertvollen Rat.

(„kp“), mit allerdings nur 28 Webseiten<sup>1</sup> – (unter .de sind es mehr als 16 Millionen<sup>2</sup>). Ja, es gibt – neben einem Intranet – auch das Internet in Nordkorea, wenn auch nur über eine – ohne weiteres abschaltbare – Verbindung nach China. Aber: Außer einer kleinen Elite kommt niemand hinein, die Mobiltelefone sind für das Internet und auch für Auslandsgespräche deaktiviert.<sup>3</sup>

Wir sehen: „Entterritorialisierung“ ist relativ. Auch 25 Jahre nach Einführung des World Wide Web<sup>4</sup> gibt es ein Leben ohne Internet. Das Internet ist kein Schicksal, sondern Entscheidung, individuell und politisch.<sup>5</sup> Und: Kommunikation hängt bei aller möglichen Entgrenzung immer noch ab von Kabeln, Speichern, Sendern und Empfängern.

Entterritorialisierung der Kommunikation ist auch in der Sache nicht neu. Die Wahrnehmung des Bedeutungsverlusts von Raum und Distanz hat schon die großen kommunikationstechnologischen Entwicklungsschübe der Vergangenheit begleitet,<sup>6</sup> also etwa die Einrichtung fester Postkurse

<sup>1</sup> <<http://www.northkoreatech.org/2016/09/21/north-koreas-dns-files-reveal-internet-websites/>>.

<sup>2</sup> Die Statistik der Registrierungsstelle für die deutsche ccTLD .de *DENIC eG* weist für 2015 14.783.545 in Deutschland registrierte und 1.114.358 ausländische de.domains aus, <<https://www.denic.de/wissen/statistiken/jahresauswertungen/2015-jahresauswertung/>>.

<sup>3</sup> <[http://www.koreatimes.co.kr/www/news/nation/2012/07/120\\_116129.html](http://www.koreatimes.co.kr/www/news/nation/2012/07/120_116129.html)>. Auch für Touristen oder andere Besucher sind Facebook, Twitter und Instagram gesperrt (s. <<https://www.theguardian.com/world/2015/jun/23/north-korea-blocks-photosharing-app>>). Drahtlose Netzwerke in Botschaften sind verboten worden, offenbar weil Einheimische diese seltene Gelegenheit genutzt hatten, sich mit der Außenwelt zu verbinden (s. <<http://www.northkoreatech.org/2014/09/09/north-korea-bans-wifi-at-embassies/>>).

<sup>4</sup> 1983 gilt – mit der Umstellung des früheren ARPANET auf das bis heute gebräuchliche IP-Protokoll – als das Geburtsjahr des Internet. Über ein im Wesentlichen binnenamerikanisches Universitätenetzwerk hinaus gewachsen und dann innerhalb weniger Jahre exponentiell gewachsen ist das Netz allerdings erst ein Jahrzehnt später, seit der Einführung des benutzerfreundlichen Hypertextdienstes WWW; näher dazu *Milton L. Mueller* *Ruling the Root. Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, 2002, 73 ff. Innerhalb mithin erst gut zwanzig Jahren hat sich die Internetkommunikation explosionsartig entwickelt; sie ist in so gut wie alle Lebensbereiche eingedrungen, beherrscht in den meisten Gesellschaften Amerikas, Europas, Asiens das soziale Leben jüngerer Kohorten und prägt derzeit die Industrieproduktion der Zukunft um (Industrie 4.0), *Monopolkommission* Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik. Herausforderung digitale Märkte, 2015, insb. Rn. 569 ff.; zur digitalen Revolution *Manuel Castells* *Das Informationszeitalter*, Bd. 1: *Der Aufstieg der Netzwerkgesellschaft*, 2001.

<sup>5</sup> Es ist auch kein „common good“ im völkerrechtlichen Sinne, *Julia Voegeli* *Die Regulierung des Domainnamensystems durch die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)*, 2006, 230 ff.

<sup>6</sup> *Markus Schroer* in: Jörg Döring/Tristan Thielmann (Hrsg.) *Spatial Turn. Das Raumparadigma in den Kultur- und Sozialwissenschaften*, 2. Aufl. 2009, 125 (127): „Sie [die These

in Europa durch die Taxis'sche Reichspost ab 1505,<sup>7</sup> die Etablierung der elektronischen Telegraphie in der Mitte des 19. Jahrhunderts<sup>8</sup> und die Einführung des Rundfunks seit 1920.<sup>9</sup> Schon Samuel Morse<sup>10</sup> schien selbstverständlich, dass sein Telegraf die USA in „one neighborhood“ verwandeln werde.<sup>11</sup> Das ist der Rede vom Internet als „global village“ schon gar nicht so unähnlich – und bezeichnenderweise hat *Herbert Marshall McLuhan*

---

von der Entterritorialisierung] ist vielmehr steter Wegbegleiter eines jeden neuen Transport- oder Kommunikationsmediums.“

<sup>7</sup> Im Jahr 1505 – nur einige Jahrzehnte nach Erfindung des Buchdrucks – schloss Franz von Taxis mit Spanien den Postvertrag, Vorläufer des ein gutes Jahrhundert später von Kaiser Matthias an die Familie Taxis verliehenen erblichen Reichspostgeneralats: Beilehnung des Freiherrn Lamoral von Taxis mit dem Reichspostmeister-Amt v. 27. Juli 1615, in: Johann Jacob Schmauß (Begr.) *Corpus juris publici S.R. Imperii academicum*, Leipzig 1774, 716 ff. Seitdem gab es in Europa feste Postkurse, die etwa auf der Nord-Süd-Route Rom und Brüssel über 1685 km miteinander verbanden, eine für den Briefverkehr in Europa höchst bedeutsame institutionelle Neuerung. Aus der Governance-Perspektive ist die Thurn-und-Taxis'sche Reichspost ein frühes transnationales Projekt – das allerdings mit dem Aufkommen der Reichsstände sehr bald in die Konkurrenz mit territorialen Einzelposten geriet. Im 19. Jh. müssen die internationalen Postvereine, insb. der Weltpostverein von 1874, erst wieder aus der kleinteiligen Fragmentierung staatlicher Postsysteme herausführen; *Gunnar Folke Schuppert* *Wege in die moderne Welt. Globalisierung von Staatlichkeit als Kommunikationsgeschichte*, 2015, 49 ff.

<sup>8</sup> Über Jahrtausende war der Kuriendienst zu Pferde die schnellste Nachrichtenverbindung über größere Entfernungen. Das änderte sich ab der Mitte des 19. Jh. revolutionär. Die Telegraphie mit ihren nun möglichen interkontinentalen Echtzeit-Verbindungen – schon 1858 wurde das erste Transatlantik-Unterwasserkabel verlegt – ist unbestritten die wichtigste kommunikationstechnologische Errungenschaft seit der Erfindung des Buchdrucks gewesen. Auch in seinen soziokulturellen Auswirkungen – und bei den Machtfragen um die Herrschaft über das Kabel – finden sich beim „victorianischen Internet“ schon erstaunliche Parallelen zum digitalen Netzwerk unserer Tage, *Schuppert* (Fn. 7), 58 ff.

<sup>9</sup> 1920 ist die schon aus den 1890er Jahren stammende Erfindung des Hör-Rundfunks durch *Marconi* so weit ausgereift, dass die ersten öffentlichen Radiosendungen in den USA, wenig später auch in Europa stattfinden. Der Rundfunk mit seiner großen Reichweite und Wirkmächtigkeit hat die massenmediale Kommunikation in den folgenden Jahrzehnten tiefgreifend geprägt und angesichts der sofort zutage tretenden Einfluss- und Instrumentalisierungspotentiale schon in den 1920er Jahren staatliche Kontrollansprüche auf den Plan gerufen (s. zur Entwicklung in der Weimarer Zeit *Winfried B. Lerg* in: Hans Bausch [Hrsg.] *Rundfunk in Deutschland*, Bd. I, 1980). Auf diese Erfahrungen reagiert das Rundfunkrecht nach dem Zweiten Weltkrieg mit anspruchsvollen institutionellen Arrangements zur Sicherung von Staatsfreiheit und Meinungsvielfalt im Hörfunk und nun auch Fernsehen; Überblicksdarstellung bei *Martin Bullinger* *HStR* VII, 2009, § 163 Rn. 97 ff.

<sup>10</sup> 1844 versickte *Samuel Morse* auf der aus Kongressmitteln finanzierten Strecke Boston–Washington das erste elektronische Telegramm. „Das Ticken des Morseapparates wurde binnen kurzem zum Symbol einer neuen Zeit“, *Hansjoachim Höhne* *Die Geschichte der Nachricht und ihrer Verbreiter. Report über Nachrichtenagenturen*, 1977, 29 (zit. nach *Schuppert* [Fn. 7], 59).

<sup>11</sup> Zitat bei *Schroer* (Fn. 6), 127.

diese Wendung ja bereits 1962 geprägt<sup>12</sup>, gemünzt damals auf das Zeitalter elektronischer Kommunikation als Nachfolger des „Gutenberg-Zeitalters“. Und auch für weltweite Regulierung liefert das Kommunikationsrecht mit dem Weltpost- und dem Telegraphenverein die ältesten Beispiele. Ressourcenzuordnung, Standardisierung durch internationale Verträge und Organisationen sind im Bereich technisch entwickelter Kommunikation rechtstat-sächliche Normalität seit 150 Jahren.<sup>13</sup>

Gleichwohl: Selbstverständlich verbindet sich der Gedanke der Entterritorialisierung für uns Heutige zuallererst mit dem Internet. In dieser uns binnen kürzester Zeit selbstverständlich gewordenen Vernetzung haben sich über (fast) alle Grenzen hinweg ganz neue<sup>14</sup> „kommunikative Figurationen“, „deterritorialisierte Kommunikationsgemeinschaften“ (*Andreas Hepp*)<sup>15</sup> und weltumspannende „assemblages“ (*Saskia Sassen*)<sup>16</sup> herausgebildet – entlang gemeinsamer Sachinteressen: Religion, Beruf, Forschung, Freizeitgestaltung, kulturelle oder sexuelle Vorlieben usw. Kommunikations- und kulturwissenschaftliche Forschungen sowie andere Disziplinen untersuchen vielfältige Auswirkungen grenz-ignoranter Kommunikation<sup>17</sup> im globalen „Netzwerk der Netzwerke“.<sup>18</sup> Auch meine Betrachtungen werden sich so gut wie ausschließlich auf die Internetkommunikation und ihr Recht beziehen.

---

<sup>12</sup> *Herbert Marshal McLuhan* The Gutenberg Galaxy, 1962; dt. Fassung: Die Gutenberg-Galaxis, 1968, 47.

<sup>13</sup> Im Telegrafie- und wenig später Fernmeldewesen ist die internationale Koordination eine schon aus technischen Gründen (Schutz der Integrität der Funksignale) unausweichliche Notwendigkeit, *Karl-Heinz Ladeur* DÖV 2012, 369 (369): Der 1865 gegründete Internationale Telegraphenverein, Vorläufer der Internationalen Fernmeldeunion, ist noch vor der Union Postale Universelle (UPU) die älteste internationale Organisation überhaupt (vom nichtstaatlichen Internationalen Roten Kreuz abgesehen), dazu *Simone Fari* The Formative Years of the Telegraph Union, 2015.

<sup>14</sup> *Friedrich Kroetz* in: Ronald Hitzler/Anne Honer/Michaela Pfadenhauer (Hrsg.) Post-traditionale Gemeinschaften, 2008, 151 (157): „neue Qualität“.

<sup>15</sup> *Andreas Hepp* in: Hitzler/Honer/Pfadenhauer (Fn. 14), 132 ff.

<sup>16</sup> *Saskia Sassen* Territory, Authority, Rights, 2006, 323 ff.; systemtheoretisch ausformuliert: *Gunter Teubner* ZaöRV 2003, 1 (12): „weltweite Realisierung funktionaler Differenzierung“.

<sup>17</sup> S. nur *Clemens Apprich* Vernetzt. Zur Entstehung der Netzwerkgesellschaft, 2015; *Ingrid Volkmer* The Global Public Sphere. Public Communication in the Age of Reflective Interdependence, 2014.

<sup>18</sup> *Eli Noam*, Interconnecting the Network of Networks, 2001; sehr anschauliche Darstellung der Funktionsweise des Internet auf der Grundlage des TCP/IP-Protocol bei *David G. Post* In Search of Jefferson's Moose. Notes on the State of Cyberspace, 2009, 24 ff.



### 1. Entterritorialisierung der Kommunikation: Deutungsvielfalt und begriffliche Vergewisserung

Sie werden dies indes aus einer begrenzteren, institutionellen Perspektive tun. In den Blick genommen werden sollen die Möglichkeiten und Bedingungen rechtlicher Regulierung von Internetkommunikation. In dieser Perspektive gewinnt der Begriff der Ent- oder – synonym – Deterritorialisierung<sup>19</sup> etwas mehr Konturenschärfe – ohne darum schon eindeutig zu sein. Wir reden von entterritorialisiertem Kommunikationsrecht, weil und soweit dieses entterritorialisierte Kommunikationsvorgänge betrifft. Die rechtswissenschaftliche Betrachtung wird daher das Phänomen immer schon unter dem Gesichtspunkt seiner möglichen oder unmöglichen Steuerung ins Auge fassen. In der juristischen Wahrnehmung avanciert der durch die Entterritorialisierung wirklich oder vermeintlich bedingte Kontrollverlust zum Leitmotiv.<sup>20</sup>

Was macht aus dieser Sicht die deterritoriale Qualität der Internetkommunikation aus?

Jedenfalls, soviel scheint sicher, ist sie nicht gleichbedeutend mit einer Überwindung des Raumparadigmas: Beschreibt „Cyberspace“<sup>21</sup> ohnehin keine der neuen Technologie als solchen eingeschriebene Topographie,<sup>22</sup> so sucht das Kunstwort auch für die mit ihm behauptete virtuelle Dimension nicht die Aufhebung der Kategorie Raum, nimmt sie im Gegenteil überdeutlich in Anspruch.<sup>23</sup>

Über die konstruierte Räumlichkeit der Cyberspace-Metaphorik<sup>24</sup> hinaus ist der Raum, in dem sich das Internet entfaltet,<sup>25</sup> jedoch auch physi-

<sup>19</sup> Thomas Hoeren NJW 2008, 2615 (2616).

<sup>20</sup> Saskia Sassen Losing Control? Sovereignty in the Age of Globalization, 1996; Martin Kment Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, 2010, 100.

<sup>21</sup> Franz C. Mayer NJW 1996, 1782.

<sup>22</sup> Niels Werber in: Döring/Thielmann (Fn. 6), 165 (181).

<sup>23</sup> Pascale Cancik Verwaltung, Raum, Verwaltungsraum – eine historische Annäherung, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.) Die Vermessung des virtuellen Raums. E-Volution des Rechts- und Verwaltungssystems III, 2012, 29 (31).

<sup>24</sup> Hubertus Niedermaier/Markus Schroer in: Alexandra Budke/Detlef Kanwischer/Andreas Pott (Hrsg.) Internetgeographien. Beobachtungen zum Verhältnis von Internet, Raum und Gesellschaft, 2004, 125 ff. Die Wortprägung „Cyberspace“ hat zwar durchaus Eingang auch in die Wissenschaftssprache gefunden (Holger Greve Access-Blocking – Grenzen staatlicher Gefahrenabwehr im Internet, 2012, 25), ist gleichwohl verbreitet als untechnisch abgelehnt und ohnehin kaum von John Postel und den anderen Internetpionieren selbst, vielmehr eher von den Internet-Enthusiasten in ihrem publizistischen Umfeld verwendet worden, Jack Goldsmith/Tim Wu Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World (2006), Taschenbuchausgabe 2008, 22 f.

<sup>25</sup> Für eine „geopolitisch informierte Soziologie“, die sich auf „Internetgeographien“ einlassen müsse, Niels Werber in: Budke/Kanwischer/Pott (Fn. 24), 23 (37), in Distanzierung vom a-räumlichen Kommunikationsbegriff der Systemtheorie.

kalische Realität: Nicht nur Rundfunksatelliten haben Ausleuchtzonen und Radiofrequenzen haben Reichweiten, auch das Internet besteht zunächst in einer Hardware-Infrastruktur von Kabeln, Funkverbindungen, Routern und Servern. Auch in der dezentralen Transport-Logik des Internet werden die Datenpakete lokalisierbar verschickt und reagiert die Infrastruktur zur Verbesserung der Transportgeschwindigkeit auf räumliche Distanzen.<sup>26</sup> Das Internet diversifiziert und pluralisiert räumliche Bezüge, aber es schafft sie nicht ab.<sup>27</sup>

Geht es also – zumindest juristisch gesehen – bei der Entterritorialisierung durch das Internet nicht nur um virtuelle Welten, besteht doch gleichwohl weiterer Klärungsbedarf: Unterscheidbar bleiben – in der gebotenen Vereinfachung – eine starke und schwache Lesart, dies eine Differenz, die auf grundsätzlich verschiedene Auffassungen in der Internet-Governance-Debatte verweist. *David Post* hat sie griffig als Kontroverse zwischen den Exceptionalists und den Unexceptionalists bezeichnet.<sup>28</sup>

Der Exzeptionalismus vertritt eine Sonderfallthese, die das globale Internet als von allen anderen Kommunikationsmedien kategorial verschieden ansieht, derart, dass es sich einer sinnvollen Steuerung durch territorial radiziertes Recht überhaupt entzieht. Nun weist Internetkommunikation gewiss Eigenschaften auf, die die Möglichkeiten rechtlicher Steuerung in besonderer Weise herausfordern:<sup>29</sup> Im Maß multipler Grenzüberschreitungen und in der ubiquitären<sup>30</sup> Verfügbarkeit der Kommunikate, in der Höchstgeschwindigkeit und Massenhaftigkeit der Überwindung globaler Distanzen, in der Volatilität und daher schwierigen Identifizierbarkeit und

<sup>26</sup> *Post* (Fn. 18), insb. 99 mit Fn. 10; zum „IP-Tracking“ durch Strafermittlungsbehörden *Benjamin Krause* *NSZ* 2016, 139.

<sup>27</sup> *Schroer* (Fn. 6), 131; *Cancik* (Fn. 23), 37 mit Fn. 34.

<sup>28</sup> *Post* (Fn. 18), 166 ff.

<sup>29</sup> Wenn der in Linz wohnhafte A über einen in den Niederlanden ansässigen Internet-Diensteanbieter eine Datei im world wide web postet, die von C auf ihrem Bildschirm in San Diego, Kalifornien, aufgerufen wird, nachdem sie ihren Weg über Großbritannien, Mexico in die USA genommen hat, kann dies offenkundig schwierige Jurisdiktionskonkurrenzen und Durchsetzungsprobleme aufwerfen – soweit es um die Verantwortlichkeit für – möglicherweise – urheberrechtswidrige, persönlichkeitsrechtsverletzende oder pornografisch-jugendgefährdende Bilder oder Texte in der Datei geht; der Fall ist einem Lehrbeispiel bei *Post* (Fn. 18), 16, nachgebildet; s. ferner – statt vieler – nur *Henry H. Perrot* *MMR-Beil.* 2000, 1 („Internet [...] is inherently global“); *Wolfgang Hoffmann-Riem* *AöR* 137 (2012), 509 (520); *Karl-Heinz Ladeur* *GLJ* 10 (2009), 1201 („completely different“), zur „Un-Territoriality von Daten“ *Jennifer Daskal* *The Yale Law Journal* 125 (2015), 326; zum Cloud-Computing *Thomas Nägele/Sven Jacobs* *ZUM* 2010, 281 (284 ff.).

<sup>30</sup> Näher *Volker Boehme-Nefler* *Unschärfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt*, 2008, 102 ff.; *ders.* in: *Hill/Schliesky* (Fn. 23), 237.

Haftbarmachung der Kommunikationsteilnehmer ist der paketvermittelte Datenverkehr auf der Basis des TCP/IP-Protokolls neu- und einzigartig.

Für den Nicht-Exzeptionalisten hindern diese Besonderheiten der Netzkommunikation indes keineswegs den Einsatz bekannter Regulierungsmuster. Das Internet ist danach kein staats- und schon gar kein rechtsfreier Raum, und es gibt weder Notwendigkeit noch Rechtfertigung, Normverstöße im Netz grundsätzlich anders zu behandeln als in anderen Kommunikationssystemen.<sup>31</sup>

Über die libertäre Variante der Sonderfallthese, die die tatsächliche Unmöglichkeit<sup>32</sup> heteronom-hoheitlicher Regulierung der Internetkommunikation behauptet hatte, ist die Zeit in der Tat längst hinweg gegangen.<sup>33</sup> Heute erscheint die separatistische Attitüde der frühen Cyberanarchisten<sup>34</sup> nur noch als historische Reminiszenz: Die Cyberspace-Euphorie der

---

<sup>31</sup> Wirkmächtig: *Jack Goldsmith* University of Chicago Law Rev. 65 (1998), 1199 ff.; interessante Beobachtung der Übertragung staatlicher Wirkungskreise auf den – nach den ccTLD territorialisierten – Cyberspace bei *Robert Uerpmann-Witzack* GLJ 11 (2010), 1245 (1256: „the Country Code Top Level Domain as Cyberterritory“), s. auch ebd. S. 1258: „Cyberspace does not defeat the principle of territorial jurisdiction. Rather, the principle adapts itself to the specific situation of the Internet.“

<sup>32</sup> *David R. Johnson/David G. Post* Stanford Law Rev. 48 (1996), 1367 (1372): „The volume of electronic communications crossing territorial boundaries is just too great in relation to the resources available to government authorities“; im Anschluss daran *Johnson Aaron Mefford* Indiana Journal of Global Legal Studies 5 (1997), 211 (222): „Cyberspace can and ought to be treated as a separate and discrete jurisdiction with its own rules and its own laws that reflects its unique character.“

<sup>33</sup> *Julia Voegeli-Wenzl* GRUR Int 2007, 807 (812): „cyber-romanticism at its worst“. Namentlich ist auch die Annahme eines auf die rechtlichen Regeln durchschlagenden technologischen Determinismus längst einer differenzierten Sicht gewichen, s. – immer schon – *Lawrence Lessig* Code is law (1999), dt. Übersetzung (Code und andere Gesetze des Cyberspace), 2001, 87 ff. („Die Regulierung des Codes“); deutlicher noch in der Überarbeitung „Code 2.0“, 2006, 31 ff., wenn nicht sogar wieder – sogar bei früheren Protagonisten der lex informatica (bemerkenswert: *Joel Reidenberg* Univ. of Pennsylv. Law Rev. 153 [2005], 1951 ff.) – in die Anerkennung eines nicht mehr technologisch angefochtenen Primats politischer Entscheidung oder rechtlicher Steuerung umgeschlagen.

<sup>34</sup> Ihren markantesten Ausdruck hat dieser in den 1990er Jahren noch stark vertretene libertäre oder auch „cyberanarchistische“ Standpunkt gewiss in der spektakulären, im pathetischen Sprachduktus dem Vorbild von 1776 nachgebildeten Declaration of the Independence of Cyberspace des *John Perry Barlow* von 1996 gefunden: „We have no elected government, nor are we likely to have one, so I address you with no greater authority than that with which liberty itself always speaks. I declare the global social space we are building to be naturally independent of the tyrannies you seek to impose on us. You have no moral right to rule us nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear. [...] We will create a civilization of the Mind in Cyberspace. May it be more humane and fair than the world your governments have made before.“; Volltext einsehbar auf der Website der Electronic Frontier Foundation, <<https://www.eff.org/de/cyberspace->

Gründerzeitjahre, die sogar den US Supreme Court angesteckt hatte,<sup>35</sup> ist geschwunden.<sup>36</sup> Insbesondere hat sich das alte Unmöglichkeitensargument – jedenfalls in seiner starken Fassung<sup>37</sup> – nicht halten lassen: Der berühmte Yahoo-Fall, in dem das Tribunal de Grande Instance de Paris das amerikanische Unternehmen dazu verurteilte, die öffentliche Zugänglichmachung von nach französischem Recht strafbaren Angeboten von Nazi-Memorabilien in Frankreich zu verhindern,<sup>38</sup> gilt als Fanal einer – am Ende erfolgreichen – Behauptung staatlicher Kontrollansprüche auch über Netzinhalte. Das war vor nun 16 Jahren. Der Yahoo-Fall steht symbolhaft für den Beginn der Reterritorialisierung des Netzes und seiner Regulierung.<sup>39</sup>

Heute prägen Geolokalisierungsdienste, Filter- und Sperrtechniken die Realität des Internet.<sup>40</sup> Zensur<sup>41</sup> und Zoning<sup>42</sup> haben aus dem globalen Internet ein Konglomerat substantiell verschiedener Internets – im Plural – wer-

---

independence>; *Apprich* (Fn. 17), 43 f. („Techno-Liberalismus jener Zeit“, „Kalifornische Ideologie“).

<sup>35</sup> *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 851 [1997]: „Taken together, these tools constitute a unique medium – known to its users as ‘cyberspace’ – located in no particular geographical location but available to anyone, anywhere in the world, with access to the Internet.“

<sup>36</sup> *Greve* (Fn. 24), 104.

<sup>37</sup> In einer schwächeren Variante – als Skepsis gegenüber der Eignung und vor allem dem Wirkungsgrad „tradiertter Konzepte rechtlicher Regulierung“ – lebt auch der Unmöglichkeitseinwand fort, *Hoffmann-Riem* AöR 137 (2012), 509 (543 und passim); *ders.* JZ 2012, 1081 (1083 ff.).

<sup>38</sup> Tribunal de Grande Instance de Paris, Ordonnance de Référé, 20. Nov. 2000 – La Ligue Contre le Racisme et l’Antisémitisme (L.I.C.R.A.) et l’association Union des Etudiants Juifs de France (U.E.J.F.) v. Yahoo Inc. et Yahoo France, <<http://juriscom.net/wp-content/documents/tgiparis20001120.pdf>>; dazu im Überblick *Matthias Arcari* in: Jörg Menzel/Tobias Pierlings/Jeanne Hoffmann (Hrsg.) *Völkerrechtsprechung*, 2005, 338 ff.; näher *Joel R. Reidenberg* *Jurimetrics* 42 (2001–2002), 261 ff.; *Goldsmith/Wu* (Fn. 24), 1 ff.

<sup>39</sup> *Thomas Hoeren* MMR 2007, 3.

<sup>40</sup> Sie werden sowohl in den personalisierten Dienstangeboten kommerzieller Unternehmen als auch von Staaten eingesetzt – keineswegs nur in der Volksrepublik China mit ihrer mit Hilfe amerikanischer Filtertechnik errichteten „Great Firewall“ und einem gezielt auf die Eignung für staatliche Kontrollzwecke ausgerichteten Ausbau der Netzinfrastruktur (s. *Derek E. Bambauer* *Duke Law Journal* 59 [2009], 377 ff.). Die Ortungsprogramme sind zwar nicht umgehungssicher, stehen vielmehr in einem permanenten „Rüstungs“-Wettlauf mit gegenläufigen Verschleierungstechnologien (*Hoeren* MMR 2007, 3 [6]; *ders.* NJW 2008, 2615 [2616 f.]). Für den Normalbetrieb der massenhaften Internetkommunikation arbeiten sie aber hinreichend genau – Geolokalisierung muss nicht perfekt sein, um wirksam zu sein (*Goldsmith/Wu* [Fn. 24], 62). Sie erlauben damit sehr wohl den regionalen Zuschnitt von Diensten, die eben nicht, einmal in das Netz entlassen, über alle politischen und kulturellen Grenzen hinweg weltweit zur Verfügung gestellt werden müssen; zur möglichen Bedeutung der Geolokalisierung im Zusammenhang der Jurisdiktionsbegründung *Ansgar Ohly* IIC 2016, 60, am Beispiel des Markenrechts (61: „[M]any deliberations about trade mark law on the Internet start from the assumption that online communication is inherently if not necessarily global in reach – which, in fact, it is not.“).

den lassen.<sup>43</sup> Das Web in China und Saudi-Arabien ist – auf den ersten Suchblick erkennbar – ein anderes als in Schweden oder Kanada; es ist hier nur noch in den die Zensur überstehenden Teilen world wide. Ist vor wenigen Jahren noch die revolutionäre Wirkmacht der Informationsdienste im Netz gefeiert worden, erscheinen heute dieselben Dienste nicht selten in einer ganz anderen Rolle, eher als systemstabilisierende Instrumente der Macht-sicherung, jedenfalls in den Händen geschickter Propagandaingenieure, die mit den Techniken gelenkter Information umzugehen wissen.<sup>44</sup>

Die angesichts dieser Entwicklung unter Druck und in die Minderheit<sup>45</sup> geratenen Exzeptionalisten haben dennoch das Feld nicht völlig geräumt. Sie argumentieren heute normativ.<sup>46</sup> Es könne nicht richtig sein, dass alle territorialen Mächte je für sich darüber bestimmten, was im globalen Internet rechtmäßigerweise kommuniziert werden dürfe.<sup>47</sup> Wenn Saudi-Arabien oder die Europäische Union über von US-amerikanischen Dienstanbietern zugänglich gemachte Inhalte im Netz zu urteilen hätten, unterwerfe dies die ubiquitäre Internetkommunikation den weltweit jeweils restriktivsten Schranken. Konkurrierende Jurisdiktionen einer Vielzahl von Staaten hebelten nicht nur die Gewährleistung der Meinungsfreiheit in Amerika aus, sondern die Idee der Internetfreiheit schlechthin.

Dieses normative Argument erfasst jedoch nicht die heutige Wirklichkeit regional desintegrierter Einfluss-sphären. Es hält ihr vielmehr mit einer gewissen Trotzigkeit jene Universalitätsidee des Netzwerks der vorkommerziellen Phase entgegen, der das Internet doch schon seit etwa 20 Jahren entwachsen ist. Gleichviel, ob man diese Idee einer global umfassenden und möglichst wenig regulierten Internetfreiheit auch heute noch für attrak-

---

<sup>41</sup> Instruktiv *Bambauer* Duke Law Journal 59 (2009), 377 (z.B. 380: „online censorship is sharply on the rise worldwide – in democratic states as well as in authoritarian ones“); ferner *Greve* (Fn. 24), 135 ff.; s. die Beiträge von *Jonathan Zittrain/John Palfrey* bzw. *Steven J. Murdoch/Ross Anderson* in: Ronald Deibert/John Palfrey/Rafal Rohozinski/Jonathan Zittrain (Hrsg.) *Access Denied. The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, 29 ff., 57 ff., ferner die regionen- und länderbezogenen Überblicke, ebd., 151 ff.

<sup>42</sup> *Hoeren* MMR 2007, 3 ff.; *Ansgar Ohly* ZUM 2015, 942 ff.; *Andreas Wiebe* ZUM 2015, 932 ff.; *Michael Winkelmüller/Hans-Wolfram Kessler* GewArch 2009, 181.

<sup>43</sup> *Bambauer* Duke Law Journal 59 (2009), 377 (381): „there is no longer one Internet.“

<sup>44</sup> Zum Einsatz sozialer Medien, von „Trollen“ und Chatbots zur Erreichung politischer Ziele *Adam Segal* *The Hacked World Order. How Nations Fight, Trade, Maneuver, and Manipulate in the Digital Age*, 2016, 175 ff.

<sup>45</sup> *Post* (Fn. 18), 166.

<sup>46</sup> *Greg Lastowka* *Virtual Justice. The New Laws of Online Worlds*, 2010, 88: „The most important claim of cyberspace exceptionalists [...] is not that law *will* change, but that it really *should* change.“ (Hervorh. im Original).

<sup>47</sup> *Race to the bottom*-Argument, *Post* (Fn. 18), 167 f.; dazu auch *Stefanie Schmahl* AVR 47 (2009), 284 (310).

tiv oder doch eher durch die dunklen Seiten des Netzes diskreditiert hält: Jedenfalls ist sie weit entfernt von der tatsächlichen Verfassung der Internetkommunikation im zweiten Jahrzehnt unseres Jahrhunderts.

Es zeichnet sich ab: Die Rede von der Entterritorialisierung ist von überschießender Suggestivität. Für die juristische Analyse empfiehlt sich ein realitätszugewandt-nüchternes Verständnis. Entterritorialisierung beschreibt zunächst den durch die Merkmale potentieller Ubiquität, Volatilität und Anonymität qualifizierten Charakter von Internetkommunikation. Diese ist nach ihrer technischen Grundanlage und in vielen ihrer Anwendungen transterritorial,<sup>48</sup> nicht aber deterritorial in einem wörtlichen Sinn.<sup>49</sup> Es geht nicht um die schlechthinnige Aufhebung territorialer Anknüpfungen, sondern um deren Streuung und Flüchtigkeit. Die Trias jener Qualitäten umreißt spezifische Möglichkeiten der Internetkommunikation, die das Problem des Kontrollverlusts maßgeblich verschärfen.

Dieser Kontrollverlust ereignet sich indes über die Probleme erschwerter Verantwortungszurechnung oder Rechtsdurchsetzung<sup>50</sup> hinaus auch noch auf einer höheren, die soziokulturellen Voraussetzungen demokratischer Staatlichkeit betreffenden Ebene. Transterritoriale Internetkommunikation – in sozialen Netzwerken, Videodiensten, Foren, Blogs, Webchats usw. – unterläuft die verfassungsnormativen Konzepte staatlicher Informationsvorsorge, wie sie in der deutschen Gewährleistungstheorie medialer Vielfaltssicherung zu hoher Reife,<sup>51</sup> Kritiker meinen: Überreife,<sup>52</sup> geführt worden ist. Der Verlust der – gegenwärtig immerhin noch behaupteten –

<sup>48</sup> *Hoffmann-Riem* AöR 137 (2012), 509 (517 f.): „dass die Kommunikationsräume des Internet ubiquitär und inhaltlich, geografisch und personell entgrenzt sind. Das Internet verstärkt die Transnationalisierung der Kommunikation.“

<sup>49</sup> Treffend *Schmahl* AVR 47 (2009), 284 (290 f.): „Daher ist das Netz also weder a-territorial noch extraterritorial. Im Gegenteil: Das wesentliche Problem des Cyberspace liegt nicht in seiner ‚De-Lokalisierung‘, sondern in seiner Ubiquität.“

<sup>50</sup> S. nur *Ulrich Sieber* Rechtstheorie 41 (2010), 151 (158 f.).

<sup>51</sup> BVerfGE 12, 205 – Deutschland-Fernsehen; 31, 314 – Mehrwertsteuer; 57, 295 – FRAG; 73, 118 – Niedersachsen; 74, 297 – Baden-Württemberg; 83, 238 – WDR; 87, 181 – Hessen 3; 90, 60 – Rundfunkgebühren; 92, 203 – Fernsehrichtlinie; 97, 228 – Kurzberichterstattung; 97, 298 – extra radio; 119, 181 – Rundfunkgebühren II; 121, 30 – Beteiligung von Parteien am Rundfunk; 136, 9 – ZDF; aus der Literatur nur: *Martin Stock* Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, 1985; *Helge Rossen-Stadtfeld* Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, 1988.

<sup>52</sup> Statt vieler *Martin Bullinger* AöR 108 (1983), 161 (186 ff.); *Christoph Degenhart* in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 643 ff. (Stand: 2004); *ders.* HGR IV, 2011, § 105 Rn. 14 ff.; *Christoph Engel* AfP 1994, 185; *Karl-Eberhard Hain* Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung, 1983; *Jürgen Kühling* in: Hubertus Gersdorf/Boris P. Paal (Hrsg.) Informations- und Medienrecht, 2014, GG Art. 5 Rn. 94 ff.

Leitmediumsrolle des linearen Rundfunks<sup>53</sup> dürfte nur eine Frage der Zeit sein; für die jüngeren Alterskohorten ist er bereits eingetreten.<sup>54</sup> Auch die gedruckte Presse verliert beängstigend Terrain.<sup>55</sup> Es droht die schwer rückgängig zu machende Ausdünnung journalistisch-intellektueller Kompetenz. Gehen wesentliche Anteile der Informationsfunktion von professionellen, medienrechtlich eingehegten Institutionen öffentlicher Meinungsbildung auf fragmentierte Intermediäre über, häufig mit geschlossenen, sich selbst bestätigenden Peer-Group-Identitäten,<sup>56</sup> erodiert möglicherweise die Verfassungsvoraussetzung einer offenen und informierten Meinungsbildung. Auch die Algorithmen der personalisierten Dienste – von Suchmaschinen bis Amazon –, die einen großen Teil der Bevölkerung in impermeable Filterblasen<sup>57</sup> und Informationskokons<sup>58</sup> einspinnen, scheinen dazu beizutragen. Freilich ist das eine eher kulturpessimistische, keineswegs allgemeine und auch hier so nicht geteilte<sup>59</sup> Sicht der Dinge. Es gibt in dieser nun schon routinierten Debatte immer auch die nicht minder plausible Gegenrede von der nie zuvor je dagewesenen Informationsvielfalt durch das Internet.<sup>60</sup>

## 2. Das Recht der Kommunikation

Aus alledem ergeben sich komplexe Herausforderungen an das Kommunikationsrecht – für seinen institutionellen Stellenwert, seine rechtspolitische Fortentwicklung sowie seine Dogmatisierung und Operationalisierung auf der Rechtsanwendungsebene. Was aber ist Kommunikationsrecht? Selbst noch in einem engeren Sinn schließt der Begriff in großer Spann-

---

<sup>53</sup> Der Umfang der Internetnutzung – nach Personen („onliner“, 2016 in Deutschland: 83, 8 %, davon 65 % tägliche Internetnutzer) und Dauer (2016: 128 Minuten tägl.) – nimmt stetig weiter zu; die Dauer der Fernsehnutzung liegt seit etwa fünf Jahren im Wesentlichen konstant bei knapp vier Stunden (!) tägl. (Zahlen aus ARD-ZDF-Online-Studie 2016 bzw. Arbeitsgemeinschaft Fernsehforschung).

<sup>54</sup> In der Altersgruppe der 14–29-Jährigen ist der Internetkonsum – spiegelverkehrt zur Gesamtbevölkerung – schon 2014 zeitlich doppelt so hoch wie der Fernsehkonsum; zur Migration in den nichtlinearen online-Bereich nur *Steven S. Wildman* in: Randolph J. May (Hrsg.) *New Directions in Communications Policy*, 2009, 137.

<sup>55</sup> Näher: *Matthias Cornils* in: Martin Löffler (Begr.) *Presserecht*, 6. Aufl. 2015, Einl., Rn. 142 ff.

<sup>56</sup> Differenzierter Blick auf die neuen – keineswegs immer rigoros abgeschotteten – Kollektive bei *Hoffmann-Riem* JZ 2012, 1081 (1081 f.).

<sup>57</sup> *Eli Pariser* *The Filter Bubble. What the Internet is hiding from You*, 2011.

<sup>58</sup> *Cass R. Sunstein* *Infotopia* (2006), dt. Ausgabe 2009, 19 ff.

<sup>59</sup> Näher *Matthias Cornils* *Kommunikation der Internetgesellschaft*, 2017, i.V.

<sup>60</sup> Scharfsinnige Darstellung der Ambivalenzen – bei insgesamt „optimistischer Sichtweise“ (266) – bei *Sunstein* (Fn. 58).

breite die rechtliche Ordnung infrastruktureller und institutioneller Umgebungen von Kommunikation ebenso ein wie inhaltliche Schranken zulässiger Äußerungen in Wort, Bild, Ton und anderen Zeichen. Apriorische Einschränkungen auf bestimmte Sektoren – Medienrecht, Persönlichkeitschutzrecht, Informations- und Datenschutzrecht<sup>61</sup> usw. – machen für die Entterritorialisierungsfrage wenig Sinn; das gilt namentlich auch für die Unterscheidung von öffentlichem oder privatem Kommunikationsrecht: Die Beobachtung von Governance-Strukturen transterritorialer Kommunikationen muss gerade auch die Formenvielfalt hoheitlicher, privatrechtlicher und hybrider Regelungssysteme insgesamt in den Blick nehmen. Um eine Fokussierung oder gar Beschränkung auf den – häufig sogar nachrangigen – Beitrag verwaltungsrechtlicher Regulierungsmuster geht es der hier eingenommenen institutionellen Perspektive nicht.<sup>62</sup>

Im Folgenden sollen einige besonders aussagekräftige Beispiele für die Funktion und den Stellenwert des Kommunikationsrechts als Steuerungsressource vorgestellt werden. Der Blickwinkel wird dafür auf drei Grundmodi rechtlicher Steuerung transterritorialer Kommunikationsprozesse eingestellt und es werden die gewählten Beispiele in der sich daraus ergebenden Ordnung erfasst.

Als Governance-Modi möchte ich unterscheiden: erstens die internationale Kooperation durch Verträge und internationale Organisationen,

---

<sup>61</sup> S. zum Privatsphäreschutz als zentralem Baustein der Kommunikationsregulierung zumal unter den Bedingungen der Digitalisierung („e-privacy“) *Christoph Gusy/Johannes Eichenhofer/Laura Schulte* JöR 64 (2016), 385.

<sup>62</sup> Für die übergeordneten Fragen einer Konkurrenz und Kollision territorialer Jurisdiktionen ist der je vorfindliche verwaltungsrechtliche oder aber privat- oder strafrechtliche Zuschnitt der in Rede stehenden nationalen oder supranational ausgeformten Schutzrechte von eher nachrangiger Bedeutung: Ob Rechtsordnungen für den Schutz vor kommunikativen Rechtsverletzungen sonderrechtlich befugte Behörden einrichten (so im öffentlichen Rundfunk- und Telemedien- oder im Datenschutzrecht) oder diesen Schutz allein Zivil- und Strafgerichten anvertrauen (so im Äußerungs-, Urheber- und heute auch Presserecht – letzteres eine ehemals polizeirechtliche Materie), ist ein gutes Stück weit kontingent. Gerade in freiheitlichen Ordnungen mit starker grundrechtlicher Gewährleistung der Meinungs-, Medien- und Informationsfreiheit ist die verwaltungs- und insbesondere ordnungsrechtliche Formatierung des Kommunikationsrechts heute eher in eine Ausnahmerolle verwiesen – dies auch ein Ergebnis des jahrhundertelangen Kampfes gegen Pressezensur und für die Pressefreiheit (*Cornils* [Fn. 55], Einl. Rn. 5 ff., 74 ff.). Fragen extraterritorialer Wirkungen des zivilen oder pönalen Äußerungsrechts oder des Urheberrechts haben für die Wirksamkeit territorialer Rechtsbehauptungen auch in der Internetkommunikation heute zentrale Bedeutung, können daher hier nicht vollständig ausgeblendet werden. Indes treffen wir jedenfalls auf der Ebene der völkerrechtlichen Anknüpfungsprinzipien auch hinter den internationalprivatrechtlichen Kollisionsnormen oder der Anwendbarkeit sachrechtlicher Normen des Privatrechts auf Sachverhalte mit Auslandsbezug wieder auf genuin öffentlich-rechtliche Rahmensetzungen.



zweitens die transnationale Regelerzeugung, insbesondere in Form territoriumübergreifender Standardsetzung und Streitschlichtung, drittens die territoriale Regulierung mit extraterritorialen Wirkungen.<sup>63</sup>

## II. Rechtsbindung transterritorialer Kommunikation

### 1. Kommunikationssteuerung: Governance-Modi

Offensichtlich müssen mit einer derartigen Einteilung Definitionsprobleme in Kauf genommen werden. Das betrifft namentlich den Typus transnationaler Regelung, der eher durch die Negativabgrenzung gegenüber staatlicher oder intergouvernementaler Vereinbarung bestimmt wird als durch eine eindeutige Physiognomie.<sup>64</sup> Transnationale Regulierung ist hier verstanden als Auffangbegriff, der zwar variierende Formen parastaatlicher Regelsetzung mit transterritorialer Verbindlichkeit verschiedenen Grades<sup>65</sup> umfasst, aber doch hinreichenden Selbstand<sup>66</sup> gegenüber völkerrechtlichen oder staatlicher Einflussphäre zurechenbaren Arrangements wahr<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Kategorien auch z. B. bei *Anne Peters* in: Philippe Mastronardi/Denis Taubert (Hrsg.) Staats- und Verfassungstheorie im Spannungsfeld der Disziplinen, 2006, 100; *Sieber* Rechtstheorie 41 (2010), 151 ff.

<sup>64</sup> Die Vorstellungswelten hinter dem Begriff des transnationalen Rechts sind divers – angefangen von der Frage, ob es überhaupt Recht jenseits des Staates geben kann, über die bekannte umfassende, überhaupt nur durch das Kriterium des grenzüberschreitenden Sachverhalts bestimmte Definition *Philipp Jessups* von 1956 (Transnational Law, 2), das deutlich schärfer konturierte, dezidiert auf autonom-privatrechtliche Rechtserzeugung nach dem Bild der neuen *lex mercatoria* beschränkte Verständnis der systemtheoretisch imprägnierten Zivilisten (insb. *Gunter Teubner* RJ 1996, 255) bis hin zu einem Begriff der Transnationalisierung nur mehr als Prozess, Methode oder Analyserahmen (*Peer Zumbansen* in: *Graf-Peter Calliess* Transnationales Recht, 2014, 557; *ders.* Transnational Legal Theory 1 [2010], 141 ff.), guter Überblick bei *Graf-Peter Calliess/Andreas Maurer* in: *Calliess* (diese Fn.), 1.

<sup>65</sup> Zum soft-law-Charakter transnationaler Standards als *proprium* und Vorzug dieser Normklasse *Oliver Lepsius* in: Christoph Möllers/Andreas Voßkuhle/Christian Walter (Hrsg.) Internationales Verwaltungsrecht, 2007, 345.

<sup>66</sup> Bleibt der genetische Code transnationaler Rechtserzeugung schillernd, nämlich ein bewegliches Gefüge heterogener akteurs-, verfahrens- und normqualitätsbezogener Merkmale (s. das Drei-Faktoren-Schema [„actors/norms/processes“] von *Peer Zumbansen* *Lochner Disembedded: The Anxieties of Law in a Global Context*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 20 [2013], 1: elektronische Version: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2174017](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2174017)>, 21 ff.), so sollen hier daher doch nur solche Institutionen oder Prozesse als transnationale in Betracht gezogen werden, die sich hinreichend klar von konventionellen Mechanismen des Völkerrechts, staatlicher oder supranationaler Regelsetzung abgrenzen lassen: Kennzeichnend für transnationale Arrangements in diesem engeren Sinn ist also neben der überterritorial-funktionalen Ausrichtung des Regelungsanspruchs vor

Zum zweiten ist die Trias mit Vereinfachungen verbunden, die die in der Wirklichkeit häufig deutlich komplexeren Arrangements nur grob und mit

---

allein die Beteiligung nichtstaatlicher Akteure, von Unternehmen, Experten und Interessenvertretungen der „Zivilgesellschaft“.

<sup>67</sup> Nicht ohne Vorbehalte dem transnationalen Paradigma zurechenbar erscheinen von dem gewählten Standpunkt aus grenzüberschreitende Behördennetzwerke, die im Rahmen der Debatte um das internationale (oder: globale) Verwaltungsrecht (s. nur die Referate von *Claus Dieter Classen* und *Giovanni Biaggini* [Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft] auf der 67. Staatsrechtslehrertagung 2007 in Freiburg i.Br., VVDStRL 67 [2008], 365 ff. bzw. 413 ff.; *Christian Tietje* Internationalisiertes Verwaltungshandeln 2001, besonders zur Entterritorialisierung des Verwaltungsrechts: 174 ff.) vor einigen Jahren starke Aufmerksamkeit gefunden haben, *Sabino Cassese* New York University Journal of International Law and Politics 37 (2005), 663 ff.; *Benedict Kingsbury/Nico Krisch/Richard B. Stewart* Law and Contemporary Problems 68 (2005), 15 ff.; *Christoph Möllers* ZaöRV 65 (2005), 351 ff.; *Karl-Heinz Ladeur* Transnational Legal Theory 3 (2012), 243; *ders.* DÖV 2012, 369. Unter diesen Erscheinungsformen disaggregierter und sodann regional oder weltweit vernetzter Staatlichkeit (*Anne-Marie Slaughter* A New World Order, 2004) tritt für das Kommunikationsrecht besonders das Netzwerk der Europäischen Regulierungsbehörden für Telekommunikation hervor. Hervorgegangen aus in der Tat informellen Kontakten auf Direktorenebene hat die frühere Independent Regulators Group jedoch inzwischen eine unionsrechtliche Institutionalisierung erfahren, und zwar „top down“, durch Adoption in den neu geformtem europäischen Rechtsrahmen, aber darüber hinaus auch verbunden mit einer signifikanten Umgestaltung. Wohl schon seit 2002 (Beschl. 2002/627/EG der Kommission v. 29.7.2002 zur Einrichtung der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 200/388 v. 30.7.2002; *Möllers* ZaöRV 65 [2005], 351 [365: „Die ursprünglich interadministrativ entstandene ERG wurde dadurch vergemeinschaftet.“]), jedenfalls aber mit der abermaligen institutionellen Aufwertung im Zuge der Überarbeitung des Rechtsrahmens 2009 (Verordnung [EG] Nr. 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation [GEREK] und des Büros, ABl. L 337/1 v. 18.12.2009) ist die nun in „Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation“ (GEREK) umgetaufte Kooperationsstruktur zu einer unionsrechtlich verfassten Einrichtung des europäischen Verwaltungsverbundes für die Telekommunikationsregulierung – wenn auch ohne Rechtspersönlichkeit und Agenturstatus (*Stephan H. Korehnke/Frederic Ufer* Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 12 Rn. 4) – mit supranationalen wichtigen Koordinierungs- und Konkretisierungsbefugnissen avanciert (s. z.B. die neuen GEREK-Leitlinien für die Umsetzung der Europäischen Regeln zur Netzneutralität vom August 2016, erlassen auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 3 VO [EU] 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung [EU] Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union, ABl. L 310/1 v. 26.11.2015). Die mitgliedstaatlichen Telekommunikationsgesetze verpflichten entsprechend den europarechtlichen Vorgaben die Regulierungsbehörden zur Mitarbeit in GEREK (§ 123a D-TEG) und insbesondere detailliert auf ihre Aufgaben bei der Durchführung der gesetzlich vorgeschriebenen Konsultations- und Konsolidierungsverfahren (Art. 7,

erheblichen Verlusten erfassen: Dies betrifft Mischformen – etwa die Einbindung privater oder jedenfalls nicht staatlicher Akteure in den Entscheidungsprozess auch von internationalen Organisationen,<sup>68</sup> hybride (öffentlich-private) Strukturen und Wechselbezüglichkeiten.<sup>69</sup> Hinzu kommen Ambivalenzen: Regionale Zusammenarbeit ist zugleich überterritorial – im Hinblick auf die beteiligten Staaten – und territorial – im Verhältnis nach

---

7a Rahmen-RL, Art. 3 Abs. 1 lit. a GEREK-VO; §§ 12 f. D-TKG). Sie bestimmen zudem auch das Tätigwerden der Behörden im internationalen Maßstab, ermächtigen also zur Mitwirkung in den europäischen Standardisierungsgremien (Spectrum Policy Committee der EU, CEPT mit dem Ausschuss für elektronische Kommunikation [ECC], ETSI, s. *Hubert Schöttner* in: Beck'scher TKG-Kommentar, ebd., § 140 Rn. 4) sowie in den Sektoren der Fernmeldeunion für Funk und Telekommunikation (§ 140 D-TKG), dazu auch *Eberhard Schmidt-Aßmann* Der Staat 45 (2006), 315 (330): gubernative Kompetenzen, ausgeübt in transnationalen Behördennetzwerken. So bemerkenswert die hochentwickelte Qualität des Zusammenwirkens der mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden in GEREK ist, auch für die Herausbildung unionsweit-transterritorial harmonisierter Rechtsmaßstäbe in der Telekommunikation, so wenig kann bei GEREK doch insofern auf dem heutigen Stand der Institutionalisierung von einer nicht-staatlichen oder gar zivilgesellschaftlich-privaten Rechtsquelle die Rede sein. GEREK und die darin zusammengeschlossenen Behörden leiten ihre Existenz und Gestalt allein von gesetzlichen Errichtungsstatuten her; sie werden hoheitlich nach Maßgabe supranationaler und staatlicher Ermächtigungen und Verpflichtungen tätig. GEREK und neuerdings auch die dem telekommunikationsrechtlichen Vorbild nachempfundene Errichtung der „Gruppe europäischer Regulierungsstellen für audiovisuelle Mediendienste“ (ERGA) im Bereich der Rundfunk- und Telemedienregulierung (Beschl. der Kommission v. 3.2.2014 zur Einsetzung der Gruppe europäischer Regulierungsstellen für audiovisuelle Mediendienste, C[2014] 462 final; ERGA hat danach den Status eines abhängigen Beratungsgremiums der Kommission [Art. 1 des Beschlusses], die Arbeitsprogramm und -ablauf der Gruppe weitgehend bestimmt. Im Vorschlag der Kommission zur Änderung der AVMD-RL v. 25.5.2016, COM[2016] 287 final, wird eine weitere Stärkung von ERGA angestrebt, s. Art. 30a und Erwägungsgrund 36 des Entwurfs sowie S. 13 der Begründung E-AVMD-RL) stehen daher – wie wohl auch einige andere der vielfach diskutierten Ausprägungen grenzüberschreitend-interbehördlicher oder sogar interjustizieller Netzwerke – keineswegs für einen eigentlich dritten, transnationalen Weg, veranschaulichen vielmehr die mittlerweile mehr und mehr genutzten Möglichkeiten, elaborierte Gestaltungsformen interadministrativer Wissensaggregation, zudem unter Beteiligung der relevanten Marktteilnehmer und sonstigen Akteure, auch im Rahmen staatlicher oder koordiniert-internationaler Verwaltungstätigkeit wie in der EU zu organisieren.

<sup>68</sup> Beispiele: Mitwirkung von nichtstaatlichen „Stakeholdern“ (Unternehmen und Verbände) in den Sektoren der ITU, Art. 3 ITU-Const.; Art. 19 ITU-Conv., Vertretung der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in den Organen der ILO, dazu *Peters* (Fn. 63), 109.

<sup>69</sup> Beispiele sind die (häufige) Abhängigkeit funktional-transnational gesetzter Regeln oder Entscheidungen von staatlicher Anerkennung und Durchsetzung, die staatliche (oder internationale) Aufsicht über private Regelsetzung (regulierte Selbstregulierung), s. nur *Peters* (Fn. 63), 107 ff.; oder die Vorbereitung intergouvernementaler Übereinkünfte durch Verständigungen in transnationalen Netzwerken, s. *Kal Raustiala* The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law, Virginia Journal of International Law Association 43 (2002), 1.

außen, zum Rest der Welt. Markantes Beispiel dafür ist die Europäische Union: Aus der Außenperspektive erscheint sie auch in kommunikationsrechtlichen Fragen als quasistaatliche Superstruktur, die Rechtsanwendungsansprüche territorial bündelt und zu erheblicher Durchsetzungskraft führt. In der Binnensicht ist die Errichtung unionsweit geltender kommunikationsrechtlicher Standards hingegen ein wichtiger Fall der Überwindung kleinteiliger Fragmentierung.<sup>70</sup> Um „Entterritorialisierung“ in einem buchstäblichen Sinn geht es dabei jedoch so oder so nicht, insofern auch das unionale oder kraft Unionsrechts koordinierte Kommunikationsrecht gebietsbezogen adressiert, mithin innerhalb des geografisch abgesteckten europäischen Grundrechts- und Verwaltungsraums zur Anwendung gelangt.

## 2. Internationale Kooperation im Kommunikationsrecht

Internationale Kooperation ist – wenig überraschend – die nächstliegende Strategie zur Bewältigung der Herausforderungen, die sich aus grenzüberschreitender Kommunikation ergeben. Ihre Bedeutung im Spektrum kommunikationsrechtlicher Regelungsgegenstände ist bereichsbezogen unterschiedlich: Ein universelles Weltrecht der Kommunikation ist nicht in Sicht.<sup>71</sup> Regionale völkerrechtsvertragliche Verdichtungen finden sich namentlich in den Menschenrechtsübereinkommen.<sup>72</sup> Die EMRK<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> Insoweit kommen sowohl die Mechanismen einer Harmonisierung oder einer zentralen Vollregelung – so jetzt z.B. mit der Datenschutzgrundverordnung – als auch der kollisionsrechtsähnlichen (indessen nicht im strengen Sinn kollisionsrechtlichen, EuGH, 25.10.2011, verb. Rs. C-509/09 u. C-161/10 – edate Advertising GmbH, Rn. 61 ff.) Lösung über die Anerkennung jeweils nur eines mitgliedstaatlichen Rechtsmaßstabes (so das Herkunftslandprinzip bei kommerzieller Internetkommunikation, Art. 3 e-commerce RL 2000/31/EG, das Sendestaatsprinzip im Rundfunkrecht [Art. 3 Abs. 1 RL 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, dazu z.B. EuGH, 10.9.1996, Rs. C-222/94] und für das Urheberrecht bei der europäischen Satellitensendung [RL 93/83/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, dazu z.B. EuGH, 14.7.2005, Rs. C-192/04 – Lagardère, *Thomas Dreier* in: ders./Schulze, *UrhG*, 5. Aufl. 2015, § 20a Rn. 3 ff.]) vor.

<sup>71</sup> *Bernd Holznagel/Raymund Werle* Zeitschrift für Rechtssoziologie 23 (2002), 3 (17 f.).

<sup>72</sup> S. die im Rahmen des Europarats sowie der Organisation amerikanischer Staaten errichteten Konventionen (insb. EMRK und AMRK; zu letzterer s. *Johannes Seidl* Meinungsfreiheit in der Rechtsprechungspraxis des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2014); die universelle Verbürgung der Kommunikationsfreiheit in Art. 19 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte hat demgegenüber keine vergleichbare Bedeutung erlangt, während die Beurteilungen anderer UN-Gremien in ihrer Umstrittenheit wohl sogar eher die rechtskulturellen Divergenzen in der Frage der Kommunikationsfreiheit bestätigt als einen globalen Konsens zum Ausdruck gebracht haben,

hat mit der Rechtsprechung ihres Gerichtshofs bekanntlich in der Gewährleistungs- und Schrankendogmatik der Kommunikationsfreiheit eine starke Konsolidierungsleistung bei der Herausbildung eines grundrechtlichen *ordre commun* erbracht<sup>74</sup> – die sich allerdings eher auf die einzuhaltenden Standards rechtsstaatlicher Argumentation durch die Gerichte und weniger auf das Abwägungsergebnis im Einzelfall bezieht.<sup>75</sup> Das internationale Urheberrecht hat mit den wichtigen Konventionen im Rahmen der WIPO und der WTO<sup>76</sup> eine beachtliche Verdichtung und auch weltumspannende Reichweite erreicht, ohne aber die Zersplitterung in nationale Urheberrechte überwinden zu können.<sup>77</sup>

### a) *Fernmeldeunion*

Unter den völkerrechtlichen Institutionen bietet insbesondere die Internationale Fernmeldeunion ein gutes Beispiel für die Notwendigkeit,<sup>78</sup> aber

---

s. etwa den Fachausschuss der UN-Rassendiskriminierungskonvention im Fall Sarrazin, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 26.2.2013, CERD 48/2010, dazu *Mehrdad Payandeh* JZ 2013, 980; s. auch die fragwürdige, mittlerweile wieder aufgegebenen Resolutionspraxis des UN-Menschenrechtsrates „Combating defamation of Religions“ (seit CommHR Res. 1999/82, 30.4.1999, UN Doc. E/CN.4/1999/167, 280 f.), dazu *Barbara Rox* Schutz religiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat?, 2012, 313 ff.; *Matthias Cornils* AfP 2013, 199 (200 f. m.w.N.).

<sup>73</sup> Der EGMR wahrt Zurückhaltung bei der extraterritorialen Anwendungserstreckung der EMRK-Rechte, Beschl. v. 12.12.2001, Nr. 52207/99 – Banković, Rn. 59 ff.; umfassend dazu *Andreas Papp* Extraterritoriale Schutzpflichten, 2013, 57 ff.; zur Frage der territorialen Reichweite der Grundrechte des Grundgesetzes *Mehrdad Payandeh* DVBl 2016, 1073.

<sup>74</sup> EGMR, 24.6.2004, NJW 2004, 2547 – von Hannover/Deutschland I; s. im Anschluss BGHZ 171, 275; BVerfGE 120, 180 – Caroline von Monaco IV; näher *Matthias Cornils* in: Hubertus Gersdorf/Boris P. Paal (Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, Art. 10 EMRK Rn. 4 ff. (Stand: 5/2016).

<sup>75</sup> EGMR, 7.2.2012, Nr. 40660/08 und 60641/08 – von Hannover/Deutschland II, Z. 124 ff.; EGMR, 19.9.2013, Nr. 8772/10 – von Hannover/Deutschland III, Z. 57 f.; ferner EGMR, NJW 2014, 3291 – Lillo-Stenberg/Norwegen.

<sup>76</sup> S. insb. die bis heute fünffach revidierte Berner Übereinkunft von 1886, das WTO-Abkommen on trade related aspects of intellectual property rights: TRIPS v. 1995 und den WIPO-Urheberrechtsvertrag von 1996, der derzeit 92 Ratifikationen erreicht hat und über den schon in der Berner Übereinkunft verankerten Grundsatz der Inländerbehandlung und die bisher vereinbarten Mindestrechte hinaus auch einige urheberrechtlich normierungsbedürftige Aspekte digitaler Verwertung regelt. Das internationale Urheberrecht ist wiederum Grundlage des mediatisierenden unionsrechtlichen Richtlinienrahmens für die nach wie vor dezentralen mitgliedstaatlichen Urheberrechtsordnungen, s. insb. RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L 167 v. 22.6.2001, 10.

<sup>77</sup> *Manfred Rehbinder/Alexander Peukert* Urheberrecht, 17. Aufl. 2015, Rn. 1342.

<sup>78</sup> *Jens Hinricher* ZaöRV 2004, 489 (495): „[C]o-operation is vital and unavoidable“.

auch historisch-politische Bedingtheit und thematische Begrenztheit völkerrechtlicher Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Kommunikation. Sie ist eine klassische Regierungsorganisation,<sup>79</sup> die sich der Achtung und Wahrung staatlicher Souveränität als oberster Maxime verpflichtet weiß,<sup>80</sup> auch wenn in ihr sowohl die fachlichen Dienststellen der nationalen Telekommunikationsverwaltungen (etwa: Regulierungsbehörden)<sup>81</sup> als auch private Akteure – Unternehmen und Verbände – mitwirken.<sup>82</sup> Ihr Tätigkeitsfeld ist weitgehend auf fachlich-technische Aufgaben – Telekommunikationsstandards<sup>83</sup> und Frequenzordnung<sup>84</sup> – beschränkt.<sup>85</sup> In der Internetregulierung

<sup>79</sup> Zu Aufbau und Aufgaben *Francis Lyall International Communications* 2001, 127 ff.

<sup>80</sup> Vgl. Präambel der Konstitution der ITU: „While fully recognizing the sovereign right of each State to regulate its telecommunication...“. Einerseits das Territorialitätsprinzip, andererseits der Grundsatz der kooperativen Bereitstellung internationaler Fernmeldedienste unter Ausschluss von Wettbewerb – der ja immer tendenziell subversive Kraft entwickeln kann, auch gegenüber den Grenzbehauptungen staatlicher Kommunikationsgebiete – bilden seit jeher die Leitprinzipien des internationalen Fernmelderechts, *Andreas Tegge Die Internationale Fernmeldeunion*, 1994, 32. Auftrag und Tätigkeit der Fernmeldeunion standen über ein Jahrhundert lang – bis zur Privatisierung der Telekommunikationsdienste und -netze in vielen Ländern der Welt seit den 1980er Jahren – in enger Wechselwirkung mit den nationalen, überwiegend staatlichen Monopolen für das Post- und Fernmeldewesen: Internationale Dienste konnten nur durch die nationalen Telekommunikationsverwaltungen, nicht in unmittelbarem Durchgriff auf die ausländischen Märkte angeboten werden. „Die nationale und die internationale Ordnung der Telekommunikation stabilisierten sich [so] wechselseitig.“ (*Tegge* [diese Fn.], 35).

<sup>81</sup> Art. 17 Abs. 3 lit. a) ITU-Const.; s. aus deutscher Sicht § 140 TKG; *Tietje* (Fn. 67), 438: „administrative Ausrichtung des Sektors ITU-T“.

<sup>82</sup> Art. 3 ITU-Const.; Art. 19 ITU-Conv.; s. auch § 8 TKG: betr. anerkannte Betriebsunternehmen mit internationalem Status.

<sup>83</sup> Art. 17 ff., 33 ff. ITU-Const.

<sup>84</sup> Art. 12 ff., 44 ff. ITU-Const. In ihrer ressourcenallozierenden Aufgabe – Zuweisung von Frequenzbändern an bestimmte Funkdienste, Nutzungszuteilung, Vergabe von Satellitenplätzen – ist die Fernmeldeunion immer noch von zentraler Bedeutung für die störungsfreie drahtlose Telekommunikation; diese Vorgaben werden auch in den geltenden Telekommunikationsgesetzen in Österreich, der Schweiz und Deutschland für die staatliche Frequenzplanung (Frequenzzuweisungsplan durch die Frequenzverordnung, § 53 D-TKG) und das Anmeldeverfahren für Satellitensysteme (§ 56 D-TKG) zugrunde gelegt; umfassend *Christian Henrich-Franke Globale Regulierungsproblematiken in historischer Perspektive. Der Fall des Funkfrequenzspektrums 1945–1988*, 2006.

<sup>85</sup> Die Basisdokumente der Fernmeldeunion enthalten sich fast gänzlich politisch-programmatischer Aussagen, und wenn dies, wie bei der Anerkennung des Fernmeldegeheimnisses in Art. 37 der Konstitution, doch einmal geschieht, so entschärft die Bestimmung diese Gewährleistung gleich wieder dadurch, dass sie sie in die Hände der Mitgliedstaaten – nach Maßgabe von deren nationalem Recht – überantwortet, s. ITU-Const., Art 37 Secrecy of Telecommunications: (1) Member States agree to take all possible measures, compatible with the system of telecommunication used, with a view to ensuring the secrecy of international correspondence. (2) Nevertheless, they reserve the right to communicate

hat sie allerdings kaum Fuß fassen können. Fruchtlos blieben alle Versuche, Zugriff auf die Internet-Governance im engeren Sinn, also die den Datentransport betreffende institutionelle Steuerungsarchitektur des Netzes, zu erlangen.<sup>86</sup> Der Fernmeldeunion und damit der in ihr versammelten Staatengemeinschaft diesen Zugriff zu verwehren, war und ist seit über 20 Jahren erklärtes Ziel wechselnder US-Administrationen.<sup>87</sup>

Mit dem Ausbruch des „digitalen kalten Krieges“<sup>88</sup> zwischen dem westlichen Lager und den Schwellen- und Entwicklungsländern auf der Weltkonferenz 2012 hat die Organisation eine weitere Schwächung hinnehmen müssen.<sup>89</sup> Das in den USA, ebenso auch in Berlin, Bern und Wien, gepflegte Misstrauen gegenüber einer internationalen Übernahme der Internetregulierung führte hier zur symbolkräftigen Spaltung der Mitgliedstaaten bei der Abstimmung über die neuen Telekommunikationsregeln.<sup>90</sup>

---

such correspondence to the competent authorities in order to ensure the application of their national laws or the execution of international conventions to which they are parties. Durchweg „unpolitisch“ ist freilich auch die Tätigkeit der Fernmeldeunion nicht, wie namentlich der Dauerkonflikt um die „Ätherfreiheit“ (hinsichtlich des Kurzwellenrundfunks) sowie die Auseinandersetzungen um das Konzept der Zuteilung von Satellitenplätzen gezeigt haben, *Tegge* (Fn. 80) 41, 55.

<sup>86</sup> Für die ITU-Perspektive, die auf Übernahme der ICANN-Funktionen drängt, z.B. *Lyall* (Fn. 79), 190; *Richard Hill* in: Roxana Radu/Jean-Marie Chenou/Rolf H. Weber (Hrsg.) *The Evolution of Global Internet Governance*, 2014, 79.

<sup>87</sup> S. aktuell *National Telecommunications and Information Administration*, Fact Sheet vom 14.9.2016: „The U.S. Government opposes United Nations control of the Internet. The transition plan does not replace NTIA’s role with a government-led or intergovernmental solution. Corporate governance experts found the prospects for a takeover of ICANN to be extremely remote. ICANN is in no way akin to the United Nations.“; <<http://www.ntia.doc.gov/other-publication/2016/fact-sheet-iana-stewardship-transition-explained>>.

<sup>88</sup> Kritisch *Milton Mueller* *Are we in a Digital Cold War?*, Vortrag 17.5.2013, GigaNet workshop „The Global Governance of the Internet: Intergovernmentalism, Multistakeholderism and Networks“, Graduate Institute, Genf, <<http://www.internetgovernance.org/wordpress/wp-content/uploads/DigitalColdWar31.pdf>>.

<sup>89</sup> Dazu *Jean-Marie Chenou/Roxana Radu* in: Radu/Chenou/Weber (Fn. 86), 11 ff.

<sup>90</sup> Stein des Anstoßes waren vor allem unscharfe Formulierungen in der neuen Vollzugsordnung Telekom zur Netzsicherheit (ITR 2012 [Dubai] Art. 5a: „Security and robustness of networks Member States shall individually and collectively endeavour to ensure the security and robustness of international telecommunication networks in order to achieve effective use thereof and avoidance of technical harm thereto, as well as the harmonious development of international telecommunication services offered to the public.“) und zur Spam-Bekämpfung (ITR 2012 [Dubai] Art. 5b: „Unsolicited bulk electronic communications Member States should endeavour to take necessary measures to prevent the propagation of unsolicited bulk electronic communications and minimize its impact on international telecommunication services. Member States are encouraged to cooperate in that sense.“), die – so das ablehnende Lager – ein Einfallstor für ungerechtfertigte Einschränkungen der Kommunikationsfreiheit im Netz hätten bieten können; vgl. Pressemitteilung des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie vom 14.12.2012: „Dennoch bleiben

Insgesamt wird in der Literatur – wohl zutreffend – ein relativer Bedeutungsverlust der Fernmeldeunion diagnostiziert.<sup>91</sup>

---

im endgültig vorgelegten und so zur Beschlussfassung gestellten ITR-Text Unschärfen, etwa im Bereich Security und Bekämpfung von Spam, Risiken staatlicher Eingriffe in das Internet. Deshalb hat Deutschland ebenso wie die EU-Länder, die USA und andere die ITRs nicht unterzeichnet“.

<sup>91</sup> *Holznapel/Werle* Zeitschrift für Rechtssoziologie 23 (2002), 3 (87); *Hubert Schöttner* in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 67), § 8 Rn. 7; *Jan Walden*, in: ders. (Hrsg.) *Telecommunications Law and Regulation*, 4. Aufl. 2013, 751 (769). In eine gravierende, die Philosophie der Organisation berührende Krise ist die Fernmeldeunion mit der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte in den USA, Europa und Japan seit Ende der 1980er Jahre geraten: Diese Entwicklung stellte, so lautet jedenfalls ein in der Literatur verbreitet anzutreffendes Narrativ (*Michèle Rioux/Nicolas Adam/Biel Company Pérez* in: Radu/Chenou/Weber [Fn. 86], 37 [44 ff.]; *Tegge* [Fn. 80], 63 ff.), die traditionell staatenorientierte Idee der nur mehr kooperativen Vernetzung je für sich territorial abgeschotteter Hoheitsräume in Frage – damit aber auch schlechthin die institutionelle Eignung der ITU für die Bewältigung der gewandelten Koordinationsaufgaben für die weltweite Kommunikation im Digitalzeitalter. Die Entlassung zunächst der Telekommunikationsdienste und später auch der Netze in den privatwirtschaftlichen, über bisher verschlossene Grenzen drängenden Wettbewerb und der korrespondierende Rückzug des Staates aus der verwaltungsmäßigen Erbringung von Post- und Telefonieleistungen auf eine gemeinwohlsichernde Gewährleistungsverantwortung ließ global agierende Telekommunikationskonzerne entstehen, deren Tätigkeit sich nicht mehr in das Korsett regierungsvermittelter, zwischenstaatlicher Arrangements zwängen ließ. Enorm beschleunigte technologische Innovationsschübe im Digitalzeitalter erzeugten zudem einen gewaltigen Bedarf an zusätzlicher Standardsetzung hinsichtlich neuer, vielfältiger drahtgebundener, drahtloser und nun auch paketvermittelter Telekommunikationsdienste. Beide Impulse zusammen haben dazu geführt, dass die ITU in der Standardisierungsaufgabe längst keine Alleinstellung mehr inne hat, vielmehr andere, auch institutionell offener gebaute Foren, Firmenkonsortien und regionale Standardisierungsorganisationen wie das europäische ETSI (dazu *Joseph Straus* GRUR Int 2011, 469) an ihre Seite getreten sind. Die in ihrer Anlage konservativ-staatenbezogene Fachorganisation ITU ist zudem – darin liegt eine weitere, gleichsam horizontale Herausforderung – auch noch in den Sog der dynamischeren Entwicklung des Welthandelsrechts geraten (ähnlich wie die WIPO durch TRIPS): Das General Agreement on Trade in Services (GATS) von 1995 mit seinen Prinzipien der Meistbegünstigung und Inländerbehandlung erfasst auch Telekommunikationsdienste. Insbesondere die im sog. Referenzpapier von 1998, einem Inhalt des vierten Protokolls zum GATS, festgehaltenen Grundsätze für Basistelekommunikationsdienste haben das moderne Telekommunikationsregulierungsrecht maßgeblich geprägt. Genannt seien hier nur das elementare Gebot der Nichtdiskriminierung bei der Netzzusammenschaltung oder das Konzept asymmetrischer Regulierung marktmächtiger Unternehmen. Sie haben damit für die materielle Ausgestaltung des wettbewerbsorientierten TK-Rechts seit der Liberalisierung größere Bedeutung erlangt als die Prinzipien der ITU, *Walden* [diese Fn.], 751 (793).

Mit den institutionellen Reformen seit 1992 – Schaffung der drei Sektoren, behutsame Aufwertung der nichtstaatlichen Sektorenmitglieder, Beschleunigung von Verfahren, Verlagerung von Regelungsinhalten auf die Ebene der flexibleren Empfehlungen, Verstärkung der Zusammenarbeit mit anderen Einrichtungen – hat die Fernmeldeunion auf die Verände-



## b) Cybercrimekonventionen

Den Eindruck gewisser, aber eben doch beschränkter Fortschritte völkerrechtsvertraglicher Kooperation vermitteln – bei einem ganz anderen Regelungsgegenstand – die in den letzten fünfzehn Jahren abgeschlossenen Cybercrime-Abkommen.

Das noch vor einigen Jahren beklagte düstere Bild eines Versagens der Staaten<sup>92</sup> gegenüber dem Problem der Internetkriminalität<sup>93</sup> hat sich immerhin etwas aufgehellt: Das im Rahmen des Europarats aufgelegte Budapester Übereinkommen über Computerkriminalität aus dem Jahr 2001 kann nach schleppendem Beginn heute 55 Ratifikationen verzeichnen.<sup>94</sup> Versammeln sich unter der Budapester Konvention die entwickelten demokratischen

---

rung der regulierungserheblichen Umfeldbedingungen zu reagieren versucht, s. dazu *Lyall* (Fn. 79), 121 ff.; *Alfons A. E. Noll* MMR 1999, 465 und MMR 2000, 270.

<sup>92</sup> *Goldsmith/Wu* (Fn. 24), 167.

<sup>93</sup> Die damit gemeinten Phänomene umfassen vielfältige und verschiedene Aktivitäten, verklammert durch die Eigenschaften, dass sie durch die digitale Informationstechnologie ermöglicht oder begünstigt werden und als strafwürdig erachtete Güterverletzungen bewirken, von Betrugsdelikten über Urheberrechtsverletzungen und Pornografie, über verbotenes Whistleblowing von Staatsgeheimnissen bis hin zu wirtschaftlicher oder militärischer Spionage und privaten oder staatlichen Hackerangriffen auf sensible Infrastruktur (zum Schädigungspotential von Cyber-Angriffen *Kim L. Mehrbrey/Marcus Schreibauer* MMR 2016, 75 f.; zur Cybersicherheit ferner *Klaus Beucher/Julia Utzerath* MMR 2013, 263; *Sandro Gaycken/Michael Karger* MMR 2011, 3). Wirtschaftlich liegt das Geschäftsvolumen kommerzieller Internetkriminalität nach heutiger Schätzung mindestens auf dem Niveau des internationalen Drogenhandels, ziemlich sicher aber mit darüber hinaus wachsender Tendenz, *Nicola Dalla Guarda* *Transnational Legal Theory* 6 (2015), 211 (214).

<sup>94</sup> Eine Verfassungsbeschwerde gegen das deutsche Zustimmungsgesetz hat das BVerfG mit Beschl. v. 21. Juni 2016 als unzulässig zurückgewiesen, 2 BvR 637/09, juris. Weist die Budapester Konvention, aufbauend auf gemeinsamen menschenrechtlichen Grundauffassungen und einer gewachsenen Tradition zwischenstaatlicher Rechtshilfeabkommen, eine relativ größere Regelungstiefe auf als die anderen Abkommen, so bleibt es doch auch hier bei einer konventionell völkerrechtlichen Bindung ohne Delegation von Befugnissen oder gar supranationale Entscheidungsstrukturen. Insbesondere hinsichtlich der bei grenzüberschreitender Internetkriminalität so wichtigen transterritorialen Rechtsdurchsetzung behilft sich die Justizpraxis angesichts der Unzulänglichkeiten formeller Rechtshilfe damit, auf im Inland greifbare Intermediäre der Kommunikation zuzugreifen, also namentlich Internet-Provider – oder sie nimmt Zuflucht zu informellen Kontakten und Informationsquellen, UNODC, *Comprehensive Study on Cybercrime*, 2013; *Dalla Guarda* *Transnational Legal Theory* 6 (2015), 238 f.; s. aber zu ersten Fortschritten (Art. 29 und 32 Cybercrime-Conv.) hinsichtlich des transnationalen Zugriffs auf Computerdaten (etwa beim Cloud-Computing) *Wolfgang Bär* *ZIS* 2011, 53.

Staaten, so sind in der Folgezeit fünf weitere regionale Abkommen in Afrika<sup>95</sup> und Asien<sup>96</sup> abgeschlossen worden.

Die Partikularität der Abkommen reflektiert tiefgreifende Gegensätze entlang geopolitischer Bruchlinien und kultureller Dissense. So beschreibt die Übereinkunft der Shanghai Organisation, an der maßgeblich die Volksrepublik China und Russland beteiligt sind, als eine der Hauptgefahren für die Internetsicherheit die Verbreitung von Informationen, die schädlich sind entweder für das „gesellschaftliche, politische und wirtschaftliche System“ oder für die „geistige, moralische und kulturelle Sphäre anderer Staaten“.<sup>97</sup> Diese und andere<sup>98</sup> Formulierungen untrüglich „russisch-chinesischer“ Prägung stehen seit jeher für aus Sicht der westlichen Staaten inakzeptable autoritäre Kontrollansprüche<sup>99</sup> und verschließen daher Möglichkeiten einer globalen Einigung auf übereinstimmende Leitlinien für Cybercrime und Internetsicherheit.

---

<sup>95</sup> Cybercrime-Richtlinie der Wirtschaftsgemeinschaft westafrikanischer Staaten (ECOWAS), <<https://ccdcoe.org/sites/default/files/documents/ECOWAS-110819-FightingCybercrime.pdf>>; Konvention der Afrikanischen Union on Cyberspace Security and Protection of Personal Data, <[http://pages.au.int/sites/default/files/en\\_AU%20Convention%20on%20CyberSecurity%20Pers%20Data%20Protec%20AUCyC%20adopted%20Malabo.pdf](http://pages.au.int/sites/default/files/en_AU%20Convention%20on%20CyberSecurity%20Pers%20Data%20Protec%20AUCyC%20adopted%20Malabo.pdf)>; Arabische Konvention über die Bekämpfung von IT-Straftaten der Liga arabischer Staaten von 2010, <[http://itlaw.wikia.com/wiki/Arab\\_Convention\\_on\\_Combating\\_Information\\_Technology\\_Offences](http://itlaw.wikia.com/wiki/Arab_Convention_on_Combating_Information_Technology_Offences)>.

<sup>96</sup> Übereinkunft der Staaten des Commonwealth of Independent States über die Zusammenarbeit bei der Bekämpfung von Straftaten mit Bezug zu Computerinformationen, <[http://itlaw.wikia.com/wiki/Agreement\\_on\\_Cooperation\\_Among\\_the\\_States\\_Members\\_of\\_the\\_Commonwealth\\_of\\_Independent\\_States\\_in\\_Combating\\_Offences\\_Relating\\_to\\_Computer\\_Information](http://itlaw.wikia.com/wiki/Agreement_on_Cooperation_Among_the_States_Members_of_the_Commonwealth_of_Independent_States_in_Combating_Offences_Relating_to_Computer_Information)>; Übereinkunft über Zusammenarbeit auf dem Feld der Internationalen Informationssicherheit v. 16.6.2009 (in Kraft getreten 2011) der Shanghai Organisation für Zusammenarbeit, dazu *Dalla Guarda* Transnational Legal Theory 6 (2015), 223 ff.

<sup>97</sup> Art. 2 Nr. 5 i.V.m. Annex 2 Nr. 5 Übereinkunft der Shanghai-Organisation.

<sup>98</sup> S. die Definition von „Informationskrieg“ in Annex 1 der Übereinkunft: „Konfrontation zweier oder mehrerer Staaten, die darauf gerichtet ist, politische, wirtschaftliche und soziale Systeme zu unterminieren oder massenpsychologische Gehirnwäsche zu betreiben, um Gesellschaft und Staat zu destabilisieren“. Vorstöße Russlands und der SCO, ihrem Konzept der Cybersicherheit 2010 und 2011 in der UN-Vollversammlung universelle Reichweite verleihen zu lassen, scheiterte daher vorhersehbar an der Ablehnung durch die USA, Kanada und Europa; s. ferner *Keir Giles* Russia's Public Stance on Cyberspace Issues, 4th International Conference on Cyber Conflict 2012, 63 ff.

<sup>99</sup> Vergleichbares gilt auf der Ebene der inhaltlichen Internetdelikte auch für die Konvention der Liga Arabischer Staaten, die – angesichts ihres kulturell-religiösen Ambientes wenig überraschend – von den Vertragsstaaten die Pönalisierung der Herstellung und des Vertriebs jedweder Art von pornographischem Material verlangt (Art. 12 LAS-Conv.), desgleichen die Strafbarkeit der Verbreitung von religiösem Fanatismus und religiöser Abweichung sowie des Angriffs auf Religion und Glauben (Art. 15 LAS-Conv.).

### 3. Transnationale Standardsetzung: „Multistakeholderism“ und *lex informatica*

In einer globalisierten Welt, deren steigende Nachfrage nach transterritorialen Regeln durch Regierungsvereinbarungen nicht annähernd gedeckt wird, stoßen transnationale Regelerzeugungsarrangements seit längerem auf große Aufmerksamkeit und auf vielleicht noch größere Hoffnungen. Die Attraktivität des Konzepts transnationalen Rechts speist sich aus der „Machtlosigkeit des territorial gebundenen nationalstaatlichen Rechts“ und der „Kraftlosigkeit des Völkerrechts“, so unlängst *Graf-Peter Calliess* und *Andreas Maurer*.<sup>100</sup>

Das institutionelle Internetrecht liefert mit der Internet Corporation for Assigned Names and Numbers sogar eines der wenigen Paradebeispiele transnationaler Regulierung.<sup>101</sup> ICANN bildet zusammen mit den für die Protokolle und Standards zuständigen Einrichtungen<sup>102</sup> das Zentrum der Internet-Governance im engeren Sinn. ICANN, eine 1998 gegründete private, nicht kommerzielle Gesellschaft kalifornischen Rechts, verwaltet die Domainnamen oberster Stufe und vergibt die IP-Adressblöcke an die Registrierungsstellen.<sup>103</sup> Diese für die Auflösung der Domainnamen in IP-Adressen essentielle sogenannte IANA-Funktion<sup>104</sup> ist ICANN durch mehrfach erneuerten Vertrag mit dem US-Handelsministerium übertragen worden.

---

<sup>100</sup> *Calliess/Maurer* (Fn. 64), I (4); ähnlich schon *Teubner*, *ZaöRV* 2003, 1 (18); *Dieter Grimm* FS Peter Badura, 2004, 145 (161 f.).

<sup>101</sup> *Paul Schiff Berman* *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 2009, 225 (233); *Jochen Bernstorff* in: C. Joerges/I.-J. Sand/G. Teubner (Hrsg.) *Transnational Governance and Constitutionalism*, 2004, 257 (2588); *Matthias Ruffert* in: Möllers/Voßkuhle/Walter (Hrsg.) (Fn. 65), 395 (417); *Sieber* *Rechtstheorie* 41 (2010), 151 (165); *Lars Viellechner* *Transnationalisierung des Rechts*, 2013, 109 ff., 127 ff., 138 ff.; *ders.* *Der Staat* 51 (2012), 559 (563); *ders.* *ZaöRV* 2015, 231 (247).

<sup>102</sup> Dazu gehören vor allem die Internet Engineering Taskforce (IETF), das Internet Architecture Board und das World Wide Web Consortium (W3C), die heute mit ICANN in kunstvoll-komplizierter Weise organisatorisch verbunden sind (s. dazu *Post* [Fn. 18], 136 ff., 220). Die genannten Einrichtungen lassen sich – durchaus anders als ICANN (*Vöegeli-Wenzl* *GRUR Int* 2007, 807 [812]) – in ihrer technokratischen, bedingungslos beteiligungsoffenen und von der Entscheidungslogik der Quasi-Einstimmigkeit („rough consensus“) geprägten Struktur tatsächlich als typische Exponenten transnationaler Standardsetzung begreifen, wie sie auch aus anderen Bereichen hochspezialisierter fachlicher Normung geläufig ist, s. zu den Verfahren *Patrick Mayer* *K&R* 2000, 13.

<sup>103</sup> Näher zur Funktionsweise des DNS *Mueller* (Fn. 4), 31 ff.

<sup>104</sup> IANA, *The IANA Functions. An Introduction to the Internet Assigned Numbers Authority (IANA) Functions*, <<http://www.iana.org/about/informational-booklet.pdf>>; *Mueller* (Fn. 4), 93 f.

ICANN ist zum Symbol des die Staatengemeinschaft spaltenden Grundsatzstreits um die Internet-Governance<sup>105</sup> – ihre gegenständliche Reichweite ebenso wie ihre institutionelle Anlage – geworden.<sup>106</sup> Die Vorbehalte sind nie verstummt, wenngleich inzwischen schwächer geworden.<sup>107</sup> Der Mehrheit der Staaten erscheint dieses Konstrukt als Anomalie und Verstoß gegen den Grundsatz der Staatengleichheit.<sup>108</sup> Der angeblich nicht-staatliche, global beteiligungsoffene und also transnationale Charakter von ICANN<sup>109</sup> ist danach nur Fassade, hinter der sich ein nicht akzeptabler Hegemonieanspruch der USA und eng verwoben damit massive Interessen der US-amerikanischen Internetindustrie verbergen.<sup>110</sup> Hinzu kommt der Einwand mangelnder Legitimation und Verantwortlichkeit<sup>111</sup> – zumal sich

<sup>105</sup> Vielfältige Betrachtungen dazu in Eric Brouesseau/Meryem Marzouki/Cécile Méadel (Hrsg.) *Governance, Regulations and Powers on the Internet*, 2012.

<sup>106</sup> *Chenou/Radu* (Fn. 89), 3 (7); *Wolfgang Kleinwächter* vorgänge 2012, 54 ff.; *Milton Mueller* *Network and States: The Global Politics of Internet Governance*, 2010; s. auch die Beiträge *dess.* unter <<http://www.internetgovernance.org/people/milton-mueller/>>; *Klaus W. Grewlich* K&R 2006, 156; *Voegeli-Wenzl* GRUR Int 2007, 807 ff.; *Marcus Franda* *Governing the Internet*, 2001, 43 ff.

<sup>107</sup> Zu den Verbesserungen der „Multistakeholder“-Struktur etwa *Kleinwächter* vorgänge 2012, 54 (62 ff.).

<sup>108</sup> *Rioux/Adam/Company Pérez* (Fn. 91), 37 (39); hier mit dem Verweis auf die Haltung Brasiliens beim WSIS II-Gipfel 2005: „Lack of Legitimacy [...] Only one nation decides in behalf of us all“.

<sup>109</sup> ICANN beschreibt die Philosophie seiner Tätigkeit als „Bottom up, Consensus driven, Multi-Stakeholder-Model“, <<https://www.icann.org/resources/pages/welcome-2012-02-25-en>>.

<sup>110</sup> *Hill* (Fn. 86), 79 (81): „US government has never relinquished its role as the ultimate authority for the management of critical Internet resources“; *Gerald Spindler* in: *Calliess* (Fn. 64), 193 (199). Jedenfalls für die bisherige Institution (also vor der gerade erst stattgefundenen Entlassung in die Autonomie) ist in der Tat unübersehbar: Die in ICANN errichtete Multi-Stakeholder-Entscheidungsstruktur, in der sich um das zentrale Board ein Kranz von Unterstützungs- und Beratungsorganisationen, -räten und Arbeitsgruppen rankt, verdankt sich staatlichem Anstoß, staatlicher Delegation und beharrlichem staatlichem Widerstand gegen eine Internationalisierung der Aufsichtsfunktion, *Richard Collins* *Three Myths of Internet Governance*, 2009, 63 ff.; *Anne-Claire Jamart* in: *Radu/Chenou/Weber* (Fn. 86), 57 ff. Gegen den „Mythos“ politisch-staatlicher Einflussnahme auf das Internet über das Domainnamensystem demgegenüber *Wolfgang Kleinwächter* *Medienheft Dossier* 24 v. 14.11.2005, 29 ff.; gegen eine Internationalisierung auch *Voegeli* (Fn. 5), 245 ff.

<sup>111</sup> S. zu diesem – hier nicht vertieft behandelten – Problemkreis in Bezug auf ICANN *Avri Doria* in: *Radu/Chenou/Weber* (Fn. 86), 115 (121 ff.); zu den gleichsam „im Schatten“ liegenden erheblichen Vermachtungsrisiken und Legitimationsproblemen aufgrund der Einflussmöglichkeiten Privater auf die Netzinfrastruktur s. *Francesca Musiani/Derrick L. Coghurn/Laura DeNardis/Nanette S. Levinson* (Hrsg.) *The Turn to Infrastructure in Internet Governance*, 2016; übergreifend zur Legitimationsdebatte bei transnationaler Standardsetzung die Beiträge im zweiten Teil („The legitimacy and accountability of actors and standards“) von *Anne Peters/Lucy Koechlin/Till Förster/Gretta Fenner Zinkernagel* (Hrsg.)

die propagierte offene und pluralistische Beteiligung der Internet-Community als prekär, wenn nicht überhaupt als Schimäre erwiesen hat.<sup>112</sup> Wohl auch in Reaktion auf den durch die NSA-Affäre eingetretenen Kreditverlust<sup>113</sup> hat sich die Obama-Administration in diesem Jahr bereitgefunden, ICANN aus der vertraglichen Bindung an das Ministerium zu entlassen und die IANA-Funktion so auch materiell annähernd<sup>114</sup> vollständig zu privatisieren.<sup>115</sup> Vor wenigen Tagen, am 30. September 2016, ist der Vertrag nun tatsächlich ohne abermalige Verlängerung ausgelaufen und ICANN somit formal unabhängig geworden.

Eher ernüchternde Ergebnisse haben inzwischen auch genauere Untersuchungen des an ICANN angeschlossenen autonomen Streitschlichtungssystems für immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten über Domainnamen (Uniform Domain Name Dispute-Resolution Policy: UDRP) zutage gefördert.<sup>116</sup> UDRP gilt zumal aus europäischer Sicht als eigentlicher Kern der *lex informatica*,<sup>117</sup> dies ein in Anlehnung an die wirtschaftsrechtliche *lex mercatoria*<sup>118</sup> ersonnenes<sup>119</sup> klangvolles Etikett für den behaupteten wesensmäßig selbstregulativen Charakter der Internet Governance. Indes: UDRP ist kaum eine geeignete Grundlage für weitreichende Vorstellungen einer transnationalen *lex informatica*.<sup>120</sup> Dagegen spricht schon der thematisch

---

Non-State Actors as Standard Setters, 2009, 213 ff.; ferner *Nico Krisch* Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law, 2010, 263 ff.

<sup>112</sup> *Bernstorff* (Fn. 101), 257 (274 ff.); *Hans-Georg Dederer* AVR 47 (2009), 367 (382 ff.); *Volker M. Haug* JZ 2011, 1053 ff.; *Mueller* (Fn. 4), 212 ff. (216: „ICANN consistently deviates from the bottom-up consensus model“); *Uerpmann-Witzack* AVR 47 (2009), 261 (282); zu den Hintergründen der Konstitution von ICANN *Daniel J. Paré* Internet Governance in Transition, 2003, 127 ff., 166 ff.

<sup>113</sup> *Segal* (Fn. 44), 219 ff.

<sup>114</sup> Ausnahme: Die Kontrolle über die für das US-Militär und die US-Regierung reservierten top level domains verbleibt bei der Regierung.

<sup>115</sup> National Telecommunications and Information Administration, Pressemitteilung v. 9.6.2016, <<http://www.ntia.doc.gov/press-release/2016/iana-stewardship-transition-proposal-meets-criteria-complete-privatization>>; dazu auch *Wolfgang Kleinwächter* in: *Telepolis* v. 20.1.2015, <<http://www.heise.de/tp/artikel/43/43887/1.html>>; *ders.* in: *Telepolis* v. 17.1.2016, <<https://www.heise.de/tp/artikel/47/47139/1.html>>.

<sup>116</sup> *Nils Christian Ipsen* Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, 2009, 104 ff.

<sup>117</sup> Oder auch: „*lex electronica*“, *Teubner ZaöRV* 2003, 1 (19 ff.).

<sup>118</sup> *Armin v. Bogdandy/Sergio Dellavalle* TLT 4 (2012), 59 ff.; *Ipsen* (Fn. 116), 65 ff., dieser insb. auch zu den wenig belastbaren historischen und gegenwärtig-tatsächlichen Grundlagen für die Annahme einer paradigmatischen transnationalen *lex mercatoria*.

<sup>119</sup> *Mefford* Indiana Journal of Global Legal Studies 5 (1997), 211; *Joel Reidenberg* Texas Law Review 76 (1998), 553.

<sup>120</sup> UDRP ist nicht „bottom up“, etwa durch die betroffenen Verkehrskreise, entwickelt worden, sondern ist völkerrechtlicher Abstammung – aus der WIPO, also einer internationalen Organisation. Auch das wichtigste Entscheidungspanel ist bei der WIPO installiert.

höchst begrenzte Zuständigkeitsbereich dieser Spezial-Schiedsgerichtsbarkeit für die Entscheidung der Fälle sogenannten Cybersquatting, also der rechtswidrigen Eintragung von markenrechtlich registrierten Domainnamen.<sup>121</sup> Und materiell-rechtlich reflektieren die Regeln für die Streitentscheidung auch nur den kleinsten gemeinsamen Nenner aller nationalen Markenrechte.<sup>122</sup>

#### 4. „Reterritorialisierung“: Behauptung staatlicher/unionaler Kontrollansprüche mit extraterritorialer Wirkung

*Jack Goldsmith* und *Tim Wu* haben in einer vielbeachteten Schrift<sup>123</sup> schon vor Jahren dargelegt, dass die Staaten einflussreiche Steuerungsakteure auch mit Blick auf das Internet geblieben sind – ja dass der Raum ihrer Möglichkeiten sogar technikbedingt eher wieder zu- als abnimmt.<sup>124</sup> Bestätigt wird diese Diagnose vor allem durch die Dichte, Frequenz und Entwicklung staatlicher Rechtsprechung in Internetfällen, teilweise unterstützt durch eine extraterritoriale Jurisdiktion legitimierende Gesetzgebung.<sup>125</sup> Zu beobachten ist eine bemerkenswerte, seit Jahren voranschrei-

---

Ohnehin ist die Streitschlichtung nicht exklusiv und kann namentlich der Markenrechtsinhaber auch die staatliche Gerichtsbarkeit anrufen, zu allem näher *Ipsen* (Fn. 116), 121 ff.; *Moritz Renner* Zwingendes transnationales Recht. Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates, 2010, 169 ff.; *Uerpmann-Witzack* AVR 47 (2009), 261 (279 ff.); *Tobias Strömer* K&R 2000, 587.

<sup>121</sup> *Josef Drexl* MünchKomm BGB, Bd. 11, Internationales Immaterialgüterrecht, 6. Aufl. 2015, VIII. Grenzüberschreitende und Multistate-Verstöße, Rn. 340: „bleibt die Vorbildfunktion des UDRP für andere Fälle von Internet-Streitigkeiten beschränkt“.

<sup>122</sup> Die *lex informatica* aggregiert der Sache nach nur staatliches Recht, erzeugt hingegen keine neuen, einer überstaatlichen Logik entspringenden Maßstäbe. Der UDRP-Mechanismus hat seine Funktion darin, die Durchsetzbarkeit des staatlichen Rechts zu erhöhen durch Transformation von staatlichem Recht in ein Regelwerk, welches als Vertragsbedingung einheitlich für alle Internetnutzer verbindlich ist und eine besondere Zuständigkeit begründet. UDRP ist ein Beispiel für eine institutionelle Bewältigung des Problems der Durchsetzung von *staatlichem* Recht im Internet, nicht weniger, aber eben auch nicht mehr, *Ipsen* (Fn. 116), 128.

<sup>123</sup> *Goldsmith/Wu* (Fn. 24).

<sup>124</sup> *Reidenberg* Univ. of Pennsylv. Law Rev. 153 (2005), 1951. Die Geschichte vom vollständigen Kontrollverlust der Staaten, von der strukturellen Unfähigkeit territorial radizierter Hoheitsgewalt, transterritoriale Kommunikation im Netz mit ihren Rechtsmaßstäben zu traktieren und diese Maßstäbe zur Geltung zu bringen, hat sich als einer der Mythen aus der Gründerzeit des Internet erwiesen, *Collins* Three Myths (Fn. 110), 72: „Although Internet governance is undoubtedly complicated by the Internet’s international character, contentions such as Castells’ (1996) – influential though they have been – that the traffic carried by the Internet is largely outside national regulation are surely overstated. Here is another Internet myth.“

<sup>125</sup> *Spindler* (Fn. 110), 193 (218 ff.: „Renationalisierung“).

tende Erweiterung und Verfeinerung des juristischen Repertoires auf den Ebenen des Zuständigkeits- und Kollisionsrechts ebenso wie auf derjenigen des Sachrechts. Dazu nur einige Anmerkungen:

a) *Jurisdiktion*

Sowohl im Prozess<sup>126</sup> als auch im Kollisionsrecht<sup>127</sup> werden die jurisdiktionsbegründenden Anknüpfungen in Internet-Multi-State-Fällen<sup>128</sup> von der Rechtsprechung großzügig interpretiert. Einschränkungen mit Blick auf die extraterritorialen Wirkungen der eigenen Jurisdiktion finden allenfalls auf der sachrechtlichen Ebene statt, also bei der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit der Verletzung,<sup>129</sup> vor allem aber bei den Rechtsfolgen. Deren Wirkungen müssen nach Möglichkeit auf das Territorium des Forumstaates,

---

<sup>126</sup> Besondere Gerichtsstände über den allgemeinen Beklagtengerichtsstand hinaus sind für die Rechtsverfolgung von erheblicher Bedeutung, gerade auch in Internetsachen (*Rufius Pichler* Internationale Zuständigkeit im Zeitalter globaler Vernetzung, 2008), in denen der für eine Rechtsverletzung verantwortlich gemachte Kommunikator oder Dienstanbieter seinen Sitz im Ausland hat. Die Gerichte in Europa haben die im Internationalen Zivilverfahrensrecht umstrittene Frage der Bejahung des Erfolgsortgerichtsstands für Klagen wegen Persönlichkeitsverletzungen durch Internetveröffentlichungen großzügig entschieden. Der EuGH fordert für die „normale“ Erfolgsortzuständigkeit, weitergehend noch als der BGH (BGHZ 184, 313 – New York Times, Rn. 16 ff.; s. auch BGHZ 191, 219 – Blog-Eintrag, Rn. 10 ff.; BGHZ 197, 213 – Autocomplete-Funktion, Rn. 7: Erforderlich ist, dass die Wahrscheinlichkeit einer Kenntnisnahme von der beanstandeten Meldung im Inland nach den Umständen über das Maß hinausgeht, das sich schon aus der bloßen Abrufbarkeit ergibt und sich die Persönlichkeitsbeeinträchtigung auch aus einer solchen inländischen Kenntnisnahme ergeben kann), überhaupt keine über die Zugänglichkeit der Seite hinausgehenden Kriterien, EuGH, 25.10.2011, verb. Rs. C-509/09 u. C-161/10 – edate Advertising GmbH; für Printmedien schon EuGH, 7.3.1995, Rs. C-68/93 – Shevill u.a.; s. auch – zum Urheberrecht – EuGH, 3.10.2013, Rs. C-170/12 – Pinckney; *Paul Torremans* in: ders. (Hrsg.) *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property*, 2014, S. 381 ff. Zudem hat der Gerichtshof im edate Advertising-Urteil dem Kläger einen weiteren qualifizierten Erfolgsort-Gerichtsstand des Lebensmittelpunkts (des Klägers) zuerkannt, in dem nicht nur der jeweils in dem Staat erlittene Schaden geltend gemacht werden kann (sog. Mosaikprinzip), sondern der europaweit erlittene Gesamtschaden, EuGH, verb. Rs. C-509/09 u. C-161/10 (diese Fn.), Rn. 37 ff.; dazu *Burkhard Hess* JZ 2012, 189; *Bartosz Sufecki* K&R 2015, 305; s. auch das auf die Vorabentscheidung hin ergangene Urteil des BGH v. 8.5.2012, NJW 2012, 2197 ff.; instruktiv *Wulf-Henning Roth* IPRax 2013, 215.

<sup>127</sup> Gute Darstellung vor allem mit Blick auf das Urheberrecht bei *Drexel* (Fn. 121).

<sup>128</sup> Umfassend *Uta Kohl* Jurisdiction and the Internet. Regulatory Competence over Online Activity, 2007.

<sup>129</sup> S. für das Markenrecht (Internetdomainname) BGH NJW 2005, 1435 – HOTEL MARITIME, Rn. 22, 24: sachrechtliche Einschränkung des (deutschen) markenrechtlichen Unterlassungsanspruchs durch die Anforderung eines hinreichenden, wirtschaftlich relevanten Inlandsbezugs.

dessen Recht zur Anwendung gebracht wird, beschränkt werden – was bei Unterlassungsansprüchen gegen die öffentliche Zugänglichmachung von Kommunikaten im Internet allerdings Schwierigkeiten aufwirft.<sup>130</sup>

Im Internetstrafrecht verfolgt der BGH (für Strafsachen) seit dem Urteil Töben aus dem Jahr 2000<sup>131</sup> eine denkbar – und wohl bedenklich – weite Interpretation der Erfolgsortanknüpfung in § 3 i.V.m. § 9 StGB. Auch im Äußerungs- und Urheberrecht liegt die kollisionsrechtliche Schwelle der Anwendbarkeit des je berufenen staatlichen Rechts mit der Anknüpfung an den Erfolgsort (§ 40 Abs. 1 Satz 2 EGBGB) bzw. mit dem Schutzlandprinzip (Art. 8 Abs. 1 ROM-II-VO) tief. Rechtsprechung und überwiegende Literatur bejahen mit der Empfangslandtheorie<sup>132</sup> auch die sachrechtliche Lokalisierung der Urheberrechtsverletzung im Abrufstaat,<sup>133</sup> so wie auch bei grenzüberschreitendem terrestrischem und Satellitenrundfunk.<sup>134</sup>

<sup>130</sup> Gefahr faktischer Übergriffigkeit auf das gesamte Netz, während bei Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen eher eine Begrenzung wegen der territorial parzellierbaren Schäden möglich ist („Mosaiktheorie“), BGHZ 131, 332 (335); *Abbo Junker* MünchKommBGB, 6. Aufl. 2015, EGBGB Art. 40 Rn. 32 f.; s. auch BGHZ 152, 317 – Sender Felsberg: Beurteilung einer von Deutschland (Saarland) nach Frankreich terrestrisch ausgestrahlten und für das französische Sendegebiet bestimmten Rundfunksendung nach deutschem Urheberrecht (§ 20 UrhG), aber ggf. Anrechnung von nach französischem Recht durch französische Gerichte zugesprochenen Vergütungsansprüchen (Rn. 29).

<sup>131</sup> BGHSt 46, 212: Holocaust-Leugnung in einer australischen Internetveröffentlichung strafbar als Inlandstat nach § 130 StGB; krit. etwa *Marco Gercke* in: Gerald Spindler/Fabian Schuster (Hrsg.) *Recht der elektronischen Medien*, 3. Aufl. 2015, StGB § 9 Rn. 4; s. auch *Michael Busching* MMR 2015, 295; relativierend, mit noch nicht letzthin geklärter Reichweite, neuerdings BGH NSTZ 2015, 81 (82).

<sup>132</sup> Anders immerhin das Schweizerische Bundesgericht, 12.1.2010, BGE 136 III 232; dazu *Sven-Uwe Neumaier* ZUM 2011, 36.

<sup>133</sup> S. *Frank Beckstein* Einschränkungen des Schutzlandprinzips, 2010, 351: „Verbreitet gehen Staaten dazu über, nicht nur das Einstellen von Daten in das Netz, sondern auch die Abrufbarkeit der Daten als verletzungsrelevanten Sachverhalt zu behandeln, um Schutzlücken zu vermeiden.“

<sup>134</sup> Nicht entschieden, weil nicht entscheidungsrelevant, aber doch erkennbare Neigung zur Anerkennung des Empfangsland- (oder auch: „Bogsch“-)Prinzips für die terrestrische grenzüberschreitende Fernsehendung (d.h. außerhalb des Anwendungsbereichs der Kabel-Satelliten-RL 93/83/EWG) in BGHZ 152, 317 – Sender Felsberg, Rn. 19; innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie (d.h. für die europäische Satellitensendung) gilt (nur) das Sendelandprinzip; umfassend *Sven-Uwe Neumaier* Grenzüberschreitender Rundfunk im internationalen Urheberrecht, 2003; *Jan Nicolaus Ullrich* Urheberrecht und Satellitenrundfunk, 2009. Für den Binnenraum der EU sind indes Tendenzen zu einer weiteren (über den Regelungsgehalt der RL 93/83/EWG hinausgehenden) Überwindung des urheberrechtlichen Territorialitätsprinzips zu verzeichnen, s. zur Diskussion um eine Ausweitung des Sendelandprinzips und ein Verbot des „Geoblockings“ *Renate Dörr* ZUM 2015, 954; *Ohly* ZUM 2015, 942 ff.; *Gerald Spindler* CR 2016, 73; *Malte Stieper* GRUR 2015, 1145; *Wiebe* ZUM 2015, 932, und die Beiträge von *Mark D. Cole* und *Christian Sommer* in: *pro-media* 7/2016, 14 ff.; ferner zu grundfreiheitsrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Gren-



Dies führt bei ubiquitären Zugänglichmachungen im Internet zur prekären Anwendbarkeit einer Vielzahl verschiedener nationaler Urheberrechte.<sup>135</sup> Alternativentwürfe, die für die Anwendung nur eines vorrangig heranzuziehenden Urheberrechts in den Internetfällen plädieren,<sup>136</sup> haben sich gleichwohl nicht durchsetzen können, weil kein konsensfähiges Kriterium für die Bestimmung der je maßgeblichen Rechtsordnung in Sicht ist.<sup>137</sup> So bleibt der Leitgedanke territorialer Anknüpfung in den je betroffenen Empfangsländern bis auf weiteres wohl ohne realistische Alternative.<sup>138</sup>

Kraftvoll wird die territoriale Rechtsbehauptung im Internet derzeit im europäischen Datenschutzrecht gestärkt: In den Urteilen Google<sup>139</sup> und Weltimmo<sup>140</sup> hat der EuGH das nach der Datenschutzrichtlinie<sup>141</sup> anwendbarkeitsbegründende<sup>142</sup> Merkmal der Niederlassung denkbar weit ausge-

---

zen der Vergabe territorialer Exklusivlizenzen EuGH, 4.10.2011, verb. Rs. C-403/08, C-429/08 – Football Association Premier League, Murphy, dazu *Johannes Kreile* ZUM 2012, 177; *Matthias Leistner* JZ 2011, 1140; *Johannes Ranke/Alexander Roßnagel* MMR 2012, 152; *Christoph Vedder* ZUM 2012, 190.

<sup>135</sup> S. die Beiträge in *Stefan Leible/Ansgar Ohly* (Hrsg.) *Intellectual Property and Private International Law*, 2009; *Sophie Neumann* in: *Torremans* (Fn. 126), 497.

<sup>136</sup> *Graeme B. Dinwoodie* *Conflicts and International Copyright Litigation: The Role of international Norms*, in: *Jürgen Basedow/Josef Drexl/Annette Kur/Axel Metzger* (Hrsg.) *Intellectual Property in the Conflict of Laws*, 2005, S. 195 (205 ff.); *ders.* *William & Mary Law Rev.* 51 (2009/10), 711; *ders./Rochelle C. Dreyfuss/Annette Kur* *International Law and Politics* 42 (2009), 201, mit dem Plädoyer für eine Ergänzung der – unzureichenden – Lösungen des Internationalen Privatrechts um „substantive international norms“ (235); Art. 3: 603 (ubiquitous infringement) der CLIP Principles; s. *European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property* (Hrsg.) *Conflict of Laws in Intellectual Property. The CLIP Principles and Commentary*, 2013, 314 ff.; differenzierter Ansatz bei *Beckstein* (Fn. 133), 287 ff.

<sup>137</sup> Dazu *Drexl* (Fn. 121) Rn. 273 ff., 312 ff.

<sup>138</sup> *Drexl* (Fn. 121), Rn. 281: „Insgesamt bleibt es auch im Internet, das die Territorialität der Verwertung aufhebt, bei der Vorstellung der Territorialität des Immaterialgüterrechts. Darin liegt kein Anachronismus, sondern der berechtigte Versuch, die Preisgabe des eigenen Regelungsinteresses im Internet-Zeitalter zu verhindern.“

<sup>139</sup> EuGH, 13.5.2014, Rs. C-131/12 – Google Spain; zustimmend *Jürgen Kühling* *EuZW* 2014, 527 ff.

<sup>140</sup> EuGH, 1.10.2015, Rs. C-230/14 – Weltimmo.

<sup>141</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG Nr. L 281 v. 23.11.1995, 31 ff.

<sup>142</sup> Art. 4 Abs. 1 lit a) Datenschutzrichtlinie; ob es sich dabei um eine kollisionsrechtliche Vorschrift handelt (so *Kai v. Lewinski* in: *Herbert Auernhammer*, BDSG, 4. Aufl. 2014, § 1 BDSG Rn. 45) oder (wohl näherliegend) um eine sachrechtliche Regelung des Anwendungsbereichs kann hier dahinstehen, daher erst recht auch die Grundsatzkontroverse um die Möglichkeit eines öffentlichen Kollisionsrechts in Parallele zum Internationalen Privatrecht, umfassend – und ablehnend – dazu *Christoph Ohler* *Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 2005, 15 ff.; zur Anwendbarkeit deutschen Datenschutzrechts *Florian Jotzo* MMR 2009, 232; *Paul Voigt* ZD 2014, 15.

legt.<sup>143</sup> Die in eineinhalb Jahren an die Stelle der Richtlinie tretende Datenschutz-Grundverordnung<sup>144</sup> hat den Anwendungsbereich noch um zwei neue Anknüpfungen erweitert, die ganz ohne physischen Vermittlungshebel in der Union auskommen.<sup>145</sup> So kommt es für die künftige Marktortanknüpfung<sup>146</sup> nur darauf an, dass die datenverarbeitende Stelle im Ausland die Absicht hat, sich an die betroffenen Personen in der Union zu wenden.<sup>147</sup>

<sup>143</sup> Danach (EuGH, 13.5.2014, Rs. C-131/12 – Google Spain, Rn. 52 ff.) hängt die Anwendbarkeit des Rechts eines Mitgliedstaats nicht davon ab, dass die in Rede stehende Datenverarbeitung – wozu auch die Tätigkeit einer Suchmaschine gehört – eines in einem anderen Staat ansässigen Verarbeiters gerade durch eine Niederlassung in jenem Mitgliedstaat erfolgt. Vielmehr kann die Datenverarbeitung als solche auch ausschließlich in dem anderen Staat (etwa dem Sitzstaat des Verarbeiters) stattfinden und vermittelt die Niederlassung gleichwohl eine tragfähige Anknüpfung für die Anwendbarkeit des Rechts des Staates der Niederlassung, wenn diese nur untrennbar mit der extraterritorialen Datenverarbeitung verbunden ist, so nach Ansicht des EuGH bei dem mit der Vermarktung der Werbung in der Suchmaschine befassten spanischen Tochterunternehmen im Verhältnis zur Suchmaschine selbst. Und eine Niederlassung – nach dem einschlägigen Erwägungsgrund der Richtlinie immerhin eine „feste Einrichtung“, mittels derer eine Tätigkeit „effektiv und tatsächlich“ ausgeübt wird (Erwägungsgrund Nr. 19 der Datenschutzrichtlinie) – soll, so das Weltimmo-Urteil, schon anzunehmen sein, wenn eine einzige natürliche Person als Vertreter des Verarbeiters in dem fraglichen Land Geschäftsgespräche mit den Kunden des Internetdienstes führt (EuGH, 1.10.2015, Rs. C-230/14 – Weltimmo, Rn. 33); dazu *Ingemar Kartheuser/ Florian Schmitt* ZD 2016, 155.

<sup>144</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. EU Nr. L 119 v. 4.5.2016, I.

<sup>145</sup> Art. 3 Abs. 2 DGVO: „Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht a) betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten, unabhängig davon, ob von diesen betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist; b) das Verhalten betroffener Personen zu beobachten, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt“; s. dazu *Peter Schantz* NJW 2016, 1841 (1842 f.); *Jürgen Kühling/Mario Martini* EuZW 2016, 448 (450: Einführung des Marktortsprinzips „wohl gewichtigste materielle Änderung“).

<sup>146</sup> Art. 3 Abs. 2 lit a) DGVO; schon das „elastische Konzept der Niederlassung“ in der jüngsten EuGH-Rechtsprechung (EuGH, 1.10.2015, Rs. C-230/14 – Weltimmo, Rn. 29 – im Anschluss an den Generalanwalt) läuft indes annähernd auf ein Marktortprinzip hinaus, *Johannes Caspar* DuD 2015, 589 (590); *Jürgen Kühling* EuZW 2015, 527 ff.; *Moritz Karg* ZD 2015, 584.

<sup>147</sup> Die bloße Zugänglichkeit der Website reicht hingegen nicht aus; vielmehr kommt es, wie im Verbraucherschutzrecht, auf Indizien an, die ein Ausgerichtetsein des Dienstes auf den Personenkreis in der Union anzeigen; Erwägungsgrund Nr. 23 DGVO; *Gerald Spindler* GRUR-Beil. 2014, 101 (107); aus der einschlägigen Rechtsprechung zum Ausrichtungsgerrichtsstand in Verbrauchersachen (Art. 15 [heute: Art. 17] Abs. 1 lit. c EuGVVO) s. EuGH, 7.12.2010, Rs. C-585/08 und C-144/09 – Pammer u. Hotel Alpenhof, Rn. 64 ff.

Bei kommerziellen Diensten ist dieses Ausrichtungskriterium kaum eine ernsthafte Hürde.

Die Profilierung der unionalen Datenschutzpolitik<sup>148</sup> in den letzten Jahren lässt sich recht nur begreifen, wenn ihre strategische Bedeutung für die Behauptung europäischer Interessen in der globalen Arena erkannt wird. Es geht nicht nur um die Förderung des Binnenmarkts,<sup>149</sup> sondern, darauf deutet alles hin, auch um eine europäische Mobilisierung nach außen. Das europäische Persönlichkeitsschutzkonzept muss zunächst konsequent nach innen, auch gegen ausbrechende Egoismen einzelner Mitgliedstaaten, konsolidiert werden.<sup>150</sup> Sind die europäischen Reihen geschlossen, hat die Union ein politisches und wirtschaftliches Gewicht, das auch den amerikanischen Internetkonzernen gegenüber in Stellung gebracht werden kann.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> Vor allem in der Rechtsprechung des Gerichtshofs, die im Begriff ist, in bisher beispielloser Weise die Potentiale der europäischen Grundrechtsschicht für diesen Sachbereich auszuschöpfen und in einer zentralisierend wirkenden Auslegung der Datenschutzrichtlinie umzusetzen, s. aus der umfangreichen Literatur nur *Jürgen Kühling/Johanna Heberlein NVwZ* 2016, 7; *Matthias Cornils* Der grundrechtliche Rahmen für ein (trans-)nationales Datenschutzrecht im digitalen Zeitalter, in: Institut für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln (Hrsg.) *Datenschutz im digitalen Zeitalter – global, europäisch, national*, 2015, 11. Die materiell-rechtlichen Änderungen in der DSGVO im Vergleich mit der bisherigen Datenschutzrichtlinie scheinen hingegen eher überschaubar.

<sup>149</sup> Der angestrebte Aufbau einer eigenständigen europäischen, weltweit oder auch nur regional konkurrenzfähigen Internetindustrie durch die Binnenmarktpolitik ist bisher weitgehend erfolglos geblieben, „Europa ist schlicht zum Absatzmarkt für amerikanische Suchmaschinen, Verkaufsplattformen und soziale Netzwerke geworden“, *Holznel MMR* 2014, 18 (22).

<sup>150</sup> Daher die nur schmale mitgliedstaatliche Spielräume zulassende Rigidität der grundrechtlichen Regelableitungen durch den EuGH seit dem Urteil ASNEF (EuGH, 24.11.2011, Rs. C-468/10 u. C-469/10 – ASNEF, Rn. 24 ff.), der, wenn auch vielfach durchbrochene (*Kühling/Martini* EuZW 2016, 448 [449]: „faktisch ein atypischer Hybrid aus Verordnung und Richtlinie“) Verordnungsmodus anstelle der Richtlinie (*Benedikt Buchner* DuD 2016, 155 [156]; *Gerald Spindler* DB 2016, 937) und die in der Verordnung vorgesehene disziplinierende Verbundstruktur der mitgliedstaatlichen Datenschutzbehörden (Art. 55 ff. DSGVO; *Kühling/Martini* EuZW 2016, 448 [452]: „Die Zeiten nationaler Datenschutz-Fürstentümer sollen auch verfahrensrechtlich der Vergangenheit angehören.“); zu den – inzwischen noch deutlicher gewordenen – zentralisierenden Auswirkungen auf den Grundrechtsschutz *Hoffmann-Riem* JZ 2012, 1081 (1085 ff.).

<sup>151</sup> Diese Art EU-territorialer Formulierung und transatlantischer, ja globaler Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes europäischer Lesart kann durchaus erfolgreich sein – das ist schon vor Jahren im Fall des – an der Europäischen Kommission gescheiterten – „dot-NET Passport“ von Microsoft (1999) sichtbar geworden, *Goldsmith/Wu* (Fn. 24), 173 f. Die Internet-Unternehmen sind aus wirtschaftlichen Gründen häufig nicht in der Lage, verschiedene, auf je unterschiedliche Datenschutzanforderungen in unterschiedlichen Märkten zugeschnittene Produkte anzubieten, müssen sich stattdessen den strengsten Vorgaben unter ihren Absatzmärkten beugen, s. auch *Schantz* NJW 2016, 1841 (1842): „Die DS-GVO könnte durch die Ausdehnung ihres Anwendungsbereichs letztlich einen globalen Standard

In US-amerikanischer Wahrnehmung diktiert Europa schon heute weltweit den Standard des Persönlichkeitsschutzes,<sup>152</sup> und zwar in einer Gestalt, die mit der Meinungsfreiheit der US-Verfassung durchaus nicht kompatibel ist.<sup>153</sup> Wo Schwachstellen auftreten, etwa bei der nicht hinreichend gegen US-Geheimdienstzugriffe versichernden safe-harbor-Praxis hinsichtlich der Übermittlung personenbezogener Daten in die USA, springt der Gerichtshof in die Bresche.<sup>154</sup> Von dem EU-U.S.-Privacy-Shield,<sup>155</sup> dem Nachfolger der safe-harbor-Absprache, anerkannt durch die Kommission im Juli diesen Jahres, hat der einflussreiche organisierte Datenschutz in Europa sogleich verkündet, dass auch diese Regelung – mangels durchgreifender Verbesserungen – der vom EuGH im Schrems-Urteil aufgestellten Bedingung eines gleichwertigen Datenschutzes im Zielland<sup>156</sup> nicht genüge.<sup>157</sup> Wie auch immer man dazu in der Sache steht: Jedenfalls sind von territorialen Rechtsordnungen aus formulierte Schutzgarantien auch bei Inter-

---

für die Datenverarbeitung im Internet setzen“; s. auch *Hoffmann-Riem* AöR 137 (2012), 509 (538 ff.): „Gegenmachtpotentiale“.

<sup>152</sup> *Goldsmith/Wu* (Fn. 24), 174: „For many purposes, the European Union is today the effective sovereign of global privacy law.“; *Peter Brown* CRi 2014, 161 (164); s. auch *Krystyina Kowalik-Bánczyk/Oreste Pollicino* GLJ 17 (2016), 315 (337): „strong European influence on this process“).

<sup>153</sup> *Brown* CRi 2014, 161 ff.; *Bernd Holznagel/Sarah Hartmann* MMR 2016, 228 (228).

<sup>154</sup> Die für die transatlantische Internetkommunikation, namentlich die Nutzung sozialer Netzwerkdienste oder von Speicherdiensten (s. dazu *Thorsten Hennrich* Cloud-Computing – Herausforderungen an den Rechtsrahmen für Datenschutz, 2016; *Florian Jotzo* Der Schutz personenbezogener Daten in der Cloud, 2013) überaus wichtige Freigabeentscheidung der Kommission gem. Art. 25 Abs. 6 Datenschutzrichtlinie, mit der den USA ein angemessenes Schutzniveau bescheinigt worden ist, hat der EuGH mit seinem Urteil v. 6.10.2015, Rs. C-362/14 – Schrems, für ungültig erklärt; dazu *Georg Borges* NJW 2015, 3617. Die Feststellung nach Art. 25 Abs. 6 DRL ist funktional durch die anderen in der Richtlinie (nun Verordnung) eröffneten Legitimationsmöglichkeiten einer Datenübermittlung kaum ersetzbar, *Jens Ambrock* NZA 2015, 1493 ff.

<sup>155</sup> Entscheidung der Kommission v. 12.7.2016 gem. der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angemessenheit des durch den EU-U.S.-Privacy Shield gewährleisteten Schutzes, C(2016) 4176 final.

<sup>156</sup> EuGH, 6.10.2015, Rs. C-362/14 – Schrems, Rn. 73: „ist der Ausdruck ‚angemessenes Schutzniveau‘ jedoch so zu verstehen, dass verlangt wird, dass das Drittland aufgrund seiner innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder internationaler Verpflichtungen tatsächlich ein Schutzniveau der Freiheiten und Grundrechte gewährleistet, das dem in der Union aufgrund der Richtlinie 95/46 im Licht der Charta garantierten Niveau der Sache nach gleichwertig ist.“ Diese Bedingung ist nun auch in die Neufassung der die Datenübermittlung betreffenden Regeln in der Datenschutzgrundverordnung eingeflossen, Art. 44 ff. DSGVO.

<sup>157</sup> Statement of the Article 29 Working Party on the Opinion on the EU-U.S.-Privacy Shield v. 13.4.2016, <[http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/press-material/press-release/art29\\_press\\_material/2016/press\\_release\\_shield\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/press-material/press-release/art29_press_material/2016/press_release_shield_en.pdf)>; s. auch *Timon Grau/Thomas Granetzny* NZA 2016, 405 (406).

netkommunikationen offenbar möglich und sie haben – bei allen nicht zu übersehenden Wirkungsschwächen und problematischen extraterritorialen Folgewirkungen –, sehr wohl Durchsetzungschancen, vor allem wenn Größenvorteile ausgespielt werden können.

### b) *Intermediärhaftung*

Bereitet die Rechtsverfolgung gegen nicht sicher lokalisierbare oder nicht haftbar zu machende Kommunikatoren Schwierigkeiten, so ist der Zugriff auf besser greifbare Kommunikationsmittler eine nahe liegende Ausweichstrategie. Das verklammerte unional-mitgliedstaatliche Kommunikationsrecht hat auch diesen Ansatz in den letzten Jahren signifikant weiterentwickelt. Sein Herzstück ist die (Wieder-)Ausweitung<sup>158</sup> haftungsrechtlicher Zurechnungsgrundsätze, mit denen die Intermediäre (hier in einem weiten Sinn verstanden) in die Verantwortung genommen werden können.

Für das Äußerungs-<sup>159</sup> und Urheberrecht<sup>160</sup> hat der Bundesgerichtshof die verschuldensunabhängige Störerhaftung für fremde Inhalte in den letzten Jahren immer weiter ausgebaut.<sup>161</sup> Sie ist mittlerweile zu einem hauptsächlichen Sanktionsinstrument für Internetsachverhalte avanciert.<sup>162</sup> Sie

---

<sup>158</sup> Allerdings handelt es sich auch um eine Korrekturbewegung mit Stoßrichtung gegen die weitgehenden Haftungsfreistellungen durch die e-commerce-Richtlinie (Art. 12–15 RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8. Juni 2000 über bestimmte Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. L 178, S. 1); *Bernd Holznapel* MMR 2014, 18 (20); s. auch umfassend *Anne-Sophie Hollenders* Mittelbare Verantwortlichkeit von Internetintermediären im Netz, 2012.

<sup>159</sup> BGHZ 191, 219 – Blog-Eintrag; BGH AfP 2012, 264 – RSS-Feeds; NJW 2016, 2106 – jameda.de II.

<sup>160</sup> BGHZ 194, 339 – Alone in the Dark; BGH ZUM 2013, 874 – File-Hosting-Dienst (rapidshare), ZUM-RD 2013, 514.

<sup>161</sup> Die Gerichte haben insoweit mittlerweile die Anforderungen an die Erfüllung der haftungsausschließenden Prüf- und Reaktionspflichten („notice and take down“) recht detailliert ausgeformt. Wirksam – aber auch mit Blick auf Grund und Folgen der Haftung nicht unumstritten – ist insofern die Begründung einer in der Sache proaktiven Verantwortlichkeit des Diensteanbieters für alle gleichartigen Rechtsverletzungen, wenn nur einmal die Prüfpflicht durch Meldung eines konkreten Verletzungsfalls aktiviert ist; BGH GRUR 2011, 1038 Rn. 39 – Stiftsparfüm; BGHZ 194, 339, Rn. 29 ff. – Alone in the Dark; *Thomas Hoeren* MMR 2013, 188. Diese Judikatur begründet eine breitenwirksame Haftung und reagiert daher durchaus sachadäquat auf das internetspezifische Problem massenhafter Verletzung etwa von Urheberrechten – auferlegt aber den Diensten, namentlich den Sharehostern mit ihrem allerdings häufig zweifelhaften Geschäftsmodell, erheblichen Überwachungsaufwand mit hohen Kosten.

<sup>162</sup> *Karl Nikolaus Peifer* AfP 2014, 18 ff.; s. auch *Thomas Dreier/Matthias Leistner* GRUR 2013, 881 ff.; *Christian Czychowski/Jan B. Nordemann* GRUR-Beil. 2014, 3 ff.

greift bei nicht gesicherten privaten WLAN-Anschlüssen<sup>163</sup>, vor allem aber bei Host-Providern, und wohl auch – noch nicht rechtskräftig entschieden – bei der Videoplattform Youtube.<sup>164</sup>

Zweifel an der Unionsrechtskompatibilität der weit gefassten Providerhaftung haben mit der jüngsten EuGH-Rechtsprechung an Rückhalt verloren:<sup>165</sup> Der Gerichtshof selbst im Jahr 2014<sup>166</sup> – und in der Folge der Österreichische Oberste Gerichtshof<sup>167</sup> sowie der BGH<sup>168</sup> – haben die Verantwortlichkeit auch auf Zugangsprovider erstreckt.<sup>169</sup> Damit erlebt nun auch die Internetsperre, um die es in ihrer öffentlich-rechtlichen Ausprägung in Deutschland<sup>170</sup> seit der schnellen Wiederaufhebung des Zugangsschwerungsgesetzes 2011 ruhig geworden war („Löschen statt Sperren“),<sup>171</sup>

<sup>163</sup> BGH GRUR 2010, 633 – Sommer unseres Lebens; BGHZ 200, 76 – BearShare.

<sup>164</sup> OLG Hamburg, ZUM-RD 2016, 83, Rn. 157 ff. – Youtube; gegen eine deliktische Haftung von youtube als Täter oder Teilnehmer – bei offengelassener Störerhaftung (Rn. 74) – OLG München, ZUM 2016, 447.

<sup>165</sup> Der BGH sieht sich ohnehin im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, BGHZ 191, 219 – Blog-Eintrag, Rn. 24, mit Verweis auf EuGH, 12.7.2011, Rs. C-324/09 – L’Oreal/ebay; grundrechtliche Rückendeckung erfährt die Providerhaftung auch durch die Rechtsprechung des EGMR (GK), 16.6.2015, Nr. 64569/09 – DELFI AS/Estland II, GRUR Int. 2016, 81; nicht relativiert durch Urt. v. 2.2.2016, Nr. 22947/13 – Magyar Tartalom-szolgáltatók Egyesülete, dazu Anm. *David Ziegelmayer* K&R 2016, 228.

<sup>166</sup> EuGH, 27. 3 2014, Rs. C-314/12 – UPC Telekabel.

<sup>167</sup> ÖOGH ZUM-RD 2015, 419 (beschränkt auf ein „Erfolgsverbot“).

<sup>168</sup> BGHZ 208, 82 – Goldesel; *Ralf Weisser/Claus Färber* BB 2016, 776.

<sup>169</sup> Aus der Verantwortlichkeit des Access-Providers folgt die Verpflichtung, den Zugang zu Webseiten mit urheberrechtsverletzenden Film- bzw. Musikangeboten zu sperren, wenn auch nur unter der Bedingung grundrechtlicher Zumutbarkeit, die eine Abwägung der betroffenen Grundrechte – Unternehmerfreiheit des Providers, Eigentum des Urhebers oder sonst Schutzberechtigten, Informationsfreiheit und informationelle Selbstbestimmung (soweit ihre personenbezogenen Daten für die IP- oder URL-Sperre erfasst werden) der Nutzer – voraussetzt. Mit den in der Literatur geäußerten Bedenken gegen die grundrechtsinvasiven Internetsperren (*Dieter Frey/Matthias Rudolph/Jan Oster* MMR-Beil. 2012, 1 ff.; *Gerald Spindler* GRUR 2014, 826 ff.) haben sich EuGH und BGH wohl auseinandergesetzt, sie aber nicht für durchschlagend gehalten, s. dazu – in diesem Sinn – auch schon *Wolfgang Durner* ZUM 2010, 833; *Matthias Leistner/Karina Grisse* GRUR 2015, 19, 105. Immerhin hat der BGH aus dem im Vergleich mit einem Inhalte- oder Hostprovider strukturell gewichtigeren grundrechtlichen Schutzinteresse des nur die technische Durchleitung ermöglichenden Accessproviders auf einen Grundsatz der Subsidiarität von dessen Haftung geschlossen: Die Haftung des Zugangsvermittlers kommt nur, aber eben immerhin zum Tragen, wenn weder gegen den Webseitenbetreiber noch gegen den Host-Dienst effektiver Rechtsschutz erlangt werden kann, insbesondere weil er im Ausland ansässig ist und dort keine Ansprüche durchgesetzt werden können, BGHZ 208, 82, Rn. 81 ff.

<sup>170</sup> Vgl. § 59 Abs. 3, 4 RStV, § 20 Abs. 4 JMStV; *Thorsten Held*, in: Beck’scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 59 Rn. 86.

<sup>171</sup> S. dazu *Greve* (Fn. 24), 179 ff.; OVG NRW NJW 2003, 2183; VG Düsseldorf ZUM-RD 2012, 362; *Eva Billmeier* Die Düsseldorfer Sperrverfügung, 2007.

eine Renaissance in zivilrechtlicher Gestalt,<sup>172</sup> wenn auch möglicherweise vorerst nur für das Urheberrecht.<sup>173</sup> Auch hier ist wieder offensichtlich: Die nun anerkannte Subsidiär-Haftung des jurisdiktionell greifbaren inländischen Access-Providers reagiert spezifisch auf das Entterritialisierungsproblem, sie ist ein weiterer Baustein in der justiziellen Strategie von EuGH und mitgliedstaatlichen Gerichten zur Ertüchtigung des territorialen Schutzrechts gegen transterritoriale Urheberrechtsverletzungen.<sup>174</sup>

Die Inanspruchnahme der Intermediäre kann, will sie konsequent bleiben, auch vor den öffentlichen WLANs – in Cafés, Hotels oder Bahnhöfen – nicht Halt machen. Der EuGH hat das in dem vor wenigen Wochen ergangenen Urteil *McFadden* bestätigt<sup>175</sup> – und damit das auf Haftungsfreistellung zielende Konzept der jüngsten Telemediengesetz-Novelle des deutschen Gesetzgebers<sup>176</sup> durchkreuzt: Anbieter ungeschützter WLANs haften auf Unterlassung, sehr wohl einschließlich der Abmahn- und Gerichtskosten.<sup>177</sup> Mit Passwörtern in deutschen Cafés wird man wohl weiter leben müssen.

Auch die im Google-Urteil des EuGH vom Mai 2014 begründete Verantwortlichkeit der Suchmaschinenbetreiber (vulgo: Recht auf Vergessen)<sup>178</sup> hat bereits die äußerungsrechtliche Rechtsprechung der deutschen Zivilgerichte erreicht.<sup>179</sup>

---

<sup>172</sup> Krit. *Oliver Süme* MMR 2016, V f.

<sup>173</sup> So *Gerald Spindler* GRUR 2016, 451 (460).

<sup>174</sup> BGHZ 208, 82, Rn. 49: „Der Umstand, dass die Betreiber [von Webseiten mit illegalen Inhalten] durch häufigen Wechsel des Host-Providers oder Verlagerung des Serverstandorts in Länder, in denen eine effektive gerichtliche Verfolgung erschwert ist, der Rechtsverfolgung zu entgehen versuchen könnten, stärkt vielmehr die Notwendigkeit, durch Sperrverlangen auf der Ebene des Access-Providers den Ausweichversuchen der Webseitenbetreiber zu begegnen.“

<sup>175</sup> EuGH, 15.9.2016, Rs. C-4884/14 – Tobias *McFadden*, Rn. 78 f.

<sup>176</sup> Einfügung eines § 8 Abs. 3 in das Telemediengesetz durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes v. 21. Juli 2016, BGBl. I S. 1766; s. zur rechtspolitischen Motivlage Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drs. 18/6745, BT-Drs. 18/8645; *Gerald Spindler* CR 2016, 48 ff., *ders.* NJW 2016, 2449 ff.

<sup>177</sup> Nur für die erste Abmahnung kommt eine Kostenpflicht mangels zu diesem Zeitpunkt bereits begründeter Verantwortlichkeit noch nicht in Betracht, *Spindler* NJW 2016, 2449 (2451).

<sup>178</sup> EuGH, 13.5.2014, Rs. C-131/12 – Google Spain; gute Zusammenfassung der (überzeugenden) Einwände: *Johannes Masing* Verfassungsblog v. 14.8.2014 <<http://verfassungsblog.de/ribverfg-masing-vorlaeufige-einschaetzung-der-google-entscheidung-des-eugh/>>.

<sup>179</sup> LG Heidelberg K&R 2015, 277; LG Hamburg NJW 2015, 796; Google ist nun Störer auch im zivilrechtlichen Sinn (§ 1004 BGB); dazu eingehend nun *Benedikt Grunenberg* Suchmaschinen als Rundfunk. Die Haftung für Suchergebnisse nach Maßgabe der Rundfunkfreiheit, Diss. Mainz 2017, i.E.

Das öffentliche Recht bleibt von der Expansionstendenz nicht unberührt. Ob und inwiefern bisher nicht erfasste internetgestützte Dienste in die Medien- oder Telekommunikationsaufsicht einbezogen werden sollen, ist seit Jahren ein rechtspolitisches Hauptthema der einschlägigen Fachdiskurse;<sup>180</sup> im Telekommunikationsrecht, hier auch schon in der Rechtsprechung,<sup>181</sup> steht die Pflichtigkeit webbasierter (sogenannter over-the-top-)Dienste<sup>182</sup> im Mittelpunkt.

Der Vorschlag der Europäischen Kommission zur Revision der Audiovisuelle-Mediendienste-Richtlinie vom Mai diesen Jahres sieht vor, dass künftig auch Anbieter von Videoplattformen in die medienrechtliche Aufsicht einbezogen werden müssen; thematisch geht es hier allerdings nur um den Jugendschutz und den Schutz vor Hassrede.<sup>183</sup> Weitergehende Bestrebungen nach einer Erstreckung der rundfunkrechtlichen Informationsvorsorge auf Internetintermediäre und Plattformen – durch Zugangsregulierung, Auffindbarkeits- und Aufmerksamkeitsmanagement sowie Medi-

<sup>180</sup> S. auch die Arbeit der seit 2015 tagenden Bund-Länder-Kommission Medienkonvergenz, <[https://www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/BKM/2016/2016-06-14-medienkonvergenz-bericht-blk.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2016/2016-06-14-medienkonvergenz-bericht-blk.pdf?__blob=publicationFile&v=3)>; in der primär wirtschaftspolitisch ausgerichteten Zielsetzung der europäischen Medien- und Kommunikationspolitik schwingen freilich auch Deregulierungsvorstellungen mit erheblichem Stellenwert mit, s. *Holzner* MMR 2014, 18.

<sup>181</sup> VG Köln MMR 2016, 141 – g-mail; Hintergrund ist auch hier eine EuGH-Entscheidung, 30.4.2014, Rs. C-475/12 – UPC DTH.

<sup>182</sup> Dabei geht es um über das offene Internet zur Verfügung gestellte Anwendungen, die damit in Konkurrenz zu herkömmlichen Telekommunikationsdiensten treten, also z.B. Webmail-, Instant-Messaging- oder Voice/Video-Dienste, s. auch Mitteilung der Kommission zu Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt v. 25.5.2016, COM(2016) 288 final, 6 ff.; näher *Andreas Grünwald/Christoph Nüßing* MMR 2016, 91; s. zur räumlichen Anwendbarkeit des mitgliedstaatlichen Telekommunikationsrechts *Ingemar Kartheuser/Christoph Ritzer* CR 2012, 774 ff.; für die telekommunikationsrechtliche Aufsichtsunterworfenheit der Anbieter (etwa für e-mail-Dienste) kommt es darauf an, dass ein Angebot im Inland stattfindet (auch von im Ausland belegenen Servern aus), § 110 TKG, *Jens Eckhard* in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 67), § 110 Rn. 94.

<sup>183</sup> Art. 28a des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten v. 25.5.20016, COM(2016) 287 final. Der Entwurf dehnt diese Verantwortlichkeit ausdrücklich auch auf Anbieter mit Sitz in einem Drittstaat aus, sofern das Unternehmen eine Niederlassung in einem Mitgliedstaat hat, Erwägungsgrund 32, Art. 28b des Kommissionsvorschlags. Vor dem Hintergrund des weiten Niederlassungsbegriffs der Google-Rechtsprechung des EuGH zum Datenschutz läuft dies nun auch für die medienrechtliche Regulierung der Videoplattformen auf ein Quasimarktprinzip mit Stoßrichtung gegen außereuropäische Anbieter hinaus.



enkonzentrationskontrolle<sup>184</sup> – sind trotz jahrelanger Debatten bisher über Vorschläge nicht hinausgekommen. Sie sind auch in der deutschen Medienpolitik umstritten, erst recht in der Wissenschaft.<sup>185</sup> Dass die Konvergenz der Medien wirklich dazu führen sollte, nun auch meinungsbildungsrelevante Internetdienste der Logik des überkommenen Rundfunkrechts und seinen – wenn auch modifizierten – Instrumenten hoheitlicher Vielfaltspflege zu unterwerfen, stößt doch auf erhebliche Vorbehalte.

### III. Internetregulierung: Relationen

#### 1. Governance-Modus und Regulierungsgegenstand

Der kursorische Überblick über die Antworten des internationalen, transnationalen und staatlichen Rechts auf die Herausforderungen transterritorialer Internetkommunikation hat Zusammenhänge zwischen dem je gewählten institutionellen Design und dem Inhalt der Regulierung hervortreten lassen:

Internationale Kooperation spielt danach für die Internetkommunikation eine doch eher beschränkte Rolle. Zur Inhalteregulierung trägt das Völkerrecht, abgesehen vom geistigen Eigentum, wesentlich nur in den Einflusszonen der regionalen Abkommen bei. Angesichts tiefgreifender Differenzen im Verständnis der Meinungs- und Medienfreiheit erscheinen die Chancen für weitergehende Einigungen auf globaler Ebene begrenzt. Aber auch bei der technischen Standardisierung und der Verkehrssteuerung hat sich die Internetregulierung außerhalb völkerrechtlicher Institutionen entwickelt und behauptet, ein „take over“ durch die Fernmeldeunion ist in weite Ferne gerückt.

---

<sup>184</sup> S. den Bericht der Bund-Länder-Kommission Medienkonvergenz v. Juni 2016, insbesondere die Ergebnisse der Arbeitsgruppen Plattformregulierung und Intermediäre <[https://www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/BKM/2016/06-14-medienkonvergenz-bericht-blk.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2016/06-14-medienkonvergenz-bericht-blk.pdf?__blob=publicationFile&v=3)>.

<sup>185</sup> S. dazu *Bullinger* (Fn. 9), § 163 Rn. 118 ff.; *Winfried Kluth/Wolfgang Schulz* Konvergenz und regulatorische Folgen, Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder, 2014; *Monopolkommission* Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik. Herausforderung digitale Märkte, insb. Rn. 552 ff.; *Claudio Franzius* JZ 2016, 650; *Jörg Gundel* BayVB1 2015, 617; *Christoph Möllers/Lara Zwifelhoffer* MMR 2015, 161; s. auch *Matthias Cornils* Kommunikation der Internetgesellschaft, 2017, in Vorbereitung; *Martin Mengden* Automatisierte Informationsauswahl im Internet – Regulierungsbedarf oder -gebot?, Diss. Mainz 2017, erscheint demnächst; zu Reformüberlegungen hinsichtlich der Medienkonzentrationskontrolle (§ 26 RStV) *Matthias Cornils* in: Ralf Hohlfeld/Ralf Müller-Terpitz (Hrsg.) Medienkonzentrationskontrolle – Quo vadis?, 2011, 25; *Alexander Natt* Meinungsmacht in einer konvergenten Medienwelt, 2016, insb. 89 ff.; *Ralf Müller-Terpitz* Zeitschrift für Geistiges Eigentum 3 (2016), 329.

Die Standardisierungsarbeit für Telekommunikation und Internet findet zu einem erheblichen Teil durch private Einrichtungen statt, die mit ihrer beteiligungsoffenen Multi-Stakeholder-Struktur dem transnationalen Muster entsprechen oder nahekommen. Für diesen technisch-operationellen Aufgabenbereich<sup>186</sup> scheint das expertokratische Design in der Tat gut geeignet; die Arbeit von ICANN und den Standardisierungsstellen<sup>187</sup> gilt als erfolgreich.<sup>188</sup> Es gibt aber keine Anzeichen dafür, dass sich transnationale Regelsetzung im Kommunikationsrecht über dieses Aufgabenfeld hinaus ausdehnen könnte.

Allenfalls bei den schon eingeführten sowie rechtspolitisch darüber hinaus erwogenen<sup>189</sup> Ansätzen einer Ko-Regulierung<sup>190</sup> beim Jugendschutz<sup>191</sup>

<sup>186</sup> Allerdings darf – wie bei der Frequenzregulierung durch die ITU – die mit der operationellen Tätigkeit notwendig verbundene, über bloße Technikfragen weit hinausreichende politische Dimension dieser Aufgaben nicht verkannt werden; dies gilt naheliegender Weise für die Ressourcenverwaltung im DNS (*Voegeli* [Fn. 5], 105 ff.) – nur so lässt sich die Intensität der ICANN-Debatte erklären, aber, wenn auch weniger offensichtlich, auch für „code“-Entscheidungen der Standardisierungseinrichtungen, s. mit dem Beispiel der weitreichenden Implikationen der Umstellung auf das IPv6-Protokoll *Post* (Fn. 18), 129 ff.

<sup>187</sup> *Voegeli* (Fn. 5), 105; IETF mit ihrer Leitmaxime „we believe in rough consensus and running code“ als Paradebeispiel für die gut funktionierende Selbstregulierung im Internet.

<sup>188</sup> *Rolf H. Weber* in: *Radu/Chenou/Weber* (Fn. 86), 95 (100): „smoothly running system“.

<sup>189</sup> Im Vorschlag der Kommission zur Änderung der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste vom 25.5.2016 wird der Ausbau des Instruments der Selbstregulierung empfohlen, nun über den Jugendschutz hinaus auch hinsichtlich der Bekämpfung von Hassreden und für die Werberegulierung, Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, COM(2016) 2877 final, Begr., S. 6, 14, Erwägungsgrund 7, 30, Art. 4 Abs. 7, Art. 6a Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, 4, Art. 12 Abs. 3, 7. Insbesondere gilt dies für die nach dem Entwurf neu in die medienrechtliche Verantwortung genommenen Videoplattformen. Diese Strategie beruft sich auf die angenommene Überlegenheit von beteiligungsoffenen, unternehmerische Verantwortung aktivierenden Entscheidungsprozessen, s. die von der „Community of Best Practice“ im Rahmen der EU-Kommission – DG Connect – verabschiedeten „Grundsätze für bessere Selbst- und Koregulierung“, <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/CoP%20-%20Principles%20for%20better%20self-%20and%20co-regulation.pdf>>.

<sup>190</sup> Europarechtlicher Sprachgebrauch für „regulierte Selbstregulierung“, zur Kategorie im unionsrechtspolitischen Kontext *Gerald Spindler/Christian Thorun* MMR-Beil. 6/2016.

<sup>191</sup> Seit längerem im Medienrecht eingeführtes Referenzbeispiel regulierter Selbstregulierung sind die anerkannten privaten Selbstkontrollenrichtungen des Jugendmedienschutzes, namentlich also die Freiwilligen Selbstkontrollen des Fernsehens (FSF), der Multimediaanbieter (FSM) und neuerdings der Filmwirtschaft für den Online-Bereich (FSK-online und USK-online), § 19 JMStV: Einrichtungen der freiwilligen Selbstkontrolle, akkreditiert bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 19 Abs. 3 durch die Kommission für Jugendmedienschutz als Organ der je zuständigen Landesmedienanstalt, § 19 Abs. 4 JMStV; näher

und bei der Bekämpfung von Hassrede<sup>192</sup> sind gewisse Parallelen erkennbar,<sup>193</sup> etwa in ihrer – nicht unproblematischen – Privatisierungstendenz.<sup>194</sup>

---

*Karl-Heinz Ladeur* ZUM 2002, 859; *Inken Witt* Regulierte Selbstregulierung am Beispiel des Jugendmedienschutzstaatsvertrages, 2008. Für die Alterskennzeichnung nach dem Bundes-JuSchG sind auf der Grundlage des § 14 Abs. 6 JuSchG tätig die FSK und USK.

<sup>192</sup> Die medienrechtliche Selbstregulierung wächst in jüngster Zeit über den etablierten, indes thematisch abgegrenzten und rechtlich dicht geordneten Einsatzfall des Jugendmedienschutzes hinaus. Die Idee einer engen Kooperation mit den Internetdiensteanbietern – zumal mit den großen US-amerikanischen IT-Unternehmen – und den sogenannten zivilgesellschaftlichen Organisationen hat Konjunktur; die Ko-Regulierung soll zu einem wesentlich bedeutenderen Faktor aufgewertet werden, und zwar in Kernbereichen des Individualrechtsgüterschutzes, namentlich vor Persönlichkeitsverletzungen durch strafbare Hassrede im Netz. Dabei tritt nun – mit der hauptsächlich angestrebten Einbindung und Verpflichtung der US-Konzerne – erkennbar auch stärker die Zielsetzung hervor, das durch deren globale Angebote aufgeworfene Deterritorialisierungsproblem in den Griff zu bekommen oder jedenfalls einzuhegen, s. *Spindler/Thorun* MMR-Beil. 6/2016, 6 f. Auf deutscher Ebene ist hier die auf Einladung des Bundesjustizministeriums Ende 2015 eingerichtete Arbeitsgruppe (Task Force) „Umgang mit rechtswidrigen Hassbotschaften im Internet“ zu nennen. Facebook, Google, Twitter und Instagram haben sich in einem „Ergebnispapier“ auf Best-Practice-Regeln verpflichtet, insbesondere darauf, rechtswidrige Inhalte – für den Geltungsbereich der betroffenen Rechtsordnung (also Deutschlands) – unverzüglich nach Inkennzeichnung, d.h. regelmäßig in weniger als 24 Stunden, zu prüfen und zu entfernen, <[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/12152015\\_TaskForceErgebnispapier.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/12152015_TaskForceErgebnispapier.pdf?__blob=publicationFile&v=2)>. Die EU-Kommission hat im Mai diesen Jahres mit den IT-Unternehmen einen Verhaltenskodex mit im Wesentlichen gleichen Verpflichtungen vereinbart, vgl. MMR-Aktuell 2016, 378637; <[http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate\\_speech\\_code\\_of\\_conduct\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate_speech_code_of_conduct_en.pdf)>.

<sup>193</sup> Die Verbindung mit dem Modus transnationaler Rechtserzeugung liegt auf der Hand. Letztere lässt sich überhaupt als ein durch die Eigenschaft der Überterritorialität ihres funktionalen Wirkungskreises qualifizierter Unterfall von Selbstregulierung verstehen. Die Logik der aus staatlich-hierarchischen Legitimationszusammenhängen und Begrenzungen ausgekoppelten funktional ausgerichteten Regulierung durch diejenigen, die es besonders angeht, begründet die Attraktivität derartiger Strukturen für die Verarbeitung grenzüberschreitender oder entgrenzter Sachprobleme. Allerdings ist auch selbstverständlich, dass nicht alle Selbstregulierung immer schon einen überterritorialen, transnationalen Bezug hat, es sich dabei vielmehr um eine allgemeine institutionelle Kategorie handelt, die viel länger schon auch mit nur territorialem Wirkungskreis – als Instrument innerstaatlicher Verwaltung – vorkommt; s. auch *Schmidt-Aßmann* Der Staat 45 (2006), 315 (325).

<sup>194</sup> Es muss das Risiko ins Auge gefasst werden, dass diese Verhaltenskodizes und Selbstverpflichtungen möglicherweise nur um den Preis einer erheblichen Einbuße an hoheitlicher Bestimmungsmacht über die zur Anwendung gebrachten Maßstäbe erkaufte werden können. Facebook und Google befinden – einmal zur Löschung rechtswidriger Inhalte aufgefordert – eben selbst im Wesentlichen autonom, welche Tweets oder Forumsbeiträge sie für löschungsbedürftig halten. Die im Google-Urteil des EuGH (Fn. 139) auf datenschutzrechtlicher Grundlage eingeforderte Selbstzensur von Suchmaschinen avanciert zu einem bevorzugten Schutzinstrument europäischer Internetpolitik auch diesseits rechtlich eindeutig definierter Haftungstatbestände. Die alte, immer schon gegen das Konzept der Selbstregulierung vorgebrachte Kritik der Privatisierung des Rechts wird im aktuellen

In der Tat: In dem Maß, in dem hier hoheitliche Regulierung der Selbstregulierung ausfällt oder praktisch wirkungslos bleibt, bedeutet diese eine Delegation der Verantwortung für Schutzeingriffe in die Kommunikation auf die global agierenden Internetunternehmen; sie zeichnet sich bei den mit den Unternehmen vereinbarten Verhaltenskodizes auch bereits ab. Als im echten Sinn transnationale Struktur kann diese Art der Inpflichtnahme aber doch kaum gelten, schon wegen ihrer hoheitlichen Veranlassung und territorialen Begrenztheit.<sup>195</sup>

Auch die Annahme, der Modus transnationaler Regelsetzung und Entscheidung sei den völkerrechtlichen Entscheidungsprozessen strukturell überlegen, findet im Kommunikationsrecht keinen stabilen Halt.<sup>196</sup> ICANN

---

Schrifttum bereits mit Blick auf die hier diagnostizierte Funktionsübernahme durch Intermediäre aufgenommen und in den Vorwurf einer Re-Privatisierung der Kommunikationsordnung ausformuliert, *Albert Ingold* Die Privatisierung der Kommunikationsordnung in sozialen Netzwerken, im Erscheinen, Typoskript v. Verf. überlassen.

<sup>195</sup> Für die etablierten Strukturen der Selbstkontrolle im Jugendmedienschutz ist das ohnehin eindeutig: Bei ihnen handelt es sich nicht um ein auf die Bewältigung transterritorialer Kommunikation angelegtes Design, sondern um eine aus anderen Gründen entwickelte institutionelle Lösung – insbesondere wegen der verfassungsrechtlich gebotenen Zurückhaltung des Staates in Fragen inhaltlicher Beurteilung von Kunst, BVerfGE 89, 130 (150) – Mutzenbacher; *Johannes Kreile/Martin Diesbach* ZUM 2002, 849 (854); *Matthias Cornils* Ausgestaltungsgesetzesvorbehalt und staatsfreie Normsetzung im Rundfunkrecht, 2011, S. 125 ff. Zwar erstreckt sich die Prüftätigkeit der jugendschutzrechtlichen Selbstkontrolleinrichtungen auch auf zur Veröffentlichung im Inland vorgesehene audiovisuelle Werke aus dem Ausland. Aber das Mandat der privaten Prüfeinrichtungen ist durch die Maßstäbe des staatlichen Jugendmedienschutzrechts eingefasst und umfasst daher doch nur eine recht eng begrenzte Konkretisierungsbefugnis (*Wolfgang Schulz/Thorsten Held* in: Werner Hahn/Reinhard Binder [Hrsg.] Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 29) im Rahmen des gesetzlich zuerkannten Beurteilungsspielraums, § 20 Abs. 5 Satz 2 JMStV; dazu BayVGH AfP 2012, 91, Rn. 25. Gesetzlich vorgesehen, hoheitlich akkreditiert und hinsichtlich der Sendezeitregulierung (§§ 8 f. JMStV) sogar beliebig (*Marc Liesching* in: BeckOK JMStV, 14. Aufl. 2015, § 19 Rn. 2), materiell gebunden durch staatliche Rechtsmaßstäbe und unterworfen unter medienpolizeiliche Aufsicht (*Helge Rossen-Stadtfeld* ZUM 2008, 457) erscheinen sie, die sie zwar Selbstregulierung, aber eben regulierte Selbstregulierung sind, doch eher als instrumentelle Anreicherung eines in der Grundanlage territorial-staatlichen ordnungsverwaltungsrechtlichen Regimes.

Auch die Hassrede-Verhaltenskodizes verfolgen ersichtlich das Ziel, die Durchsetzung rechtlicher Bindungen, etwa staatlicher Verbotsnormen im Hinblick auf internettypische Normen der Persönlichkeitsverletzung (Cyberbullying oder -harassment), auch gegen gezielt nur schwer greifbare globale Angebote zu verbessern, indem den regelmäßig US-amerikanischen Anbietern die Übernahme von Selbstverantwortung – oder doch jedenfalls das Bekenntnis dazu – abverlangt wird. In dieser Zielsetzung handelt es sich aber keineswegs um ein transnationales Projekt, sondern nur um eine informelle Variante extraterritorialer Geltungsbehauptung eigener Rechtsvorstellungen durch europäische Staaten oder die Union.

<sup>196</sup> Das Kommunikationsrecht bestätigt – was an sich kaum überraschen kann –, dass auch transnational strukturierte Verfahren (bei der technischen Normung oder auch im

ist ein historisch bedingter, institutioneller Sonderfall, der, von den meisten Staaten allenfalls hingenommen, aber nicht wirklich akzeptiert,<sup>197</sup> keineswegs zum Nukleus einer sich weiterentwickelnden transnationalen *lex informatica* geworden ist. Transnationale Gestaltungen sind auch dem Konsensprinzip mindestens so sehr – sowohl in ihrer internen Entscheidungs-rationalität („rough consensus“) als auch in ihrer Abhängigkeit von staatlicher Unterstützung, Anerkennung oder zumindest Duldung – unterworfen als internationale Organisationen.<sup>198</sup> Sie sind daher jedenfalls nicht weniger voraussetzungsreich; im Kommunikationsrecht scheinen beide Modi im fachlich-operationellen Bereich – von der tendenziell höheren Politiknähe und Politisierung von Regierungsorganisationen einmal abgesehen – weitgehend funktional austauschbar.

Die Inhalteregulierung von Medien und Kommunikation, auch im Internet, bleibt schließlich, wie auch die Kontrolle der physischen Infrastruktur – Telekommunikationsnetze –, im Wesentlichen eine Domäne der Staaten oder Staatenkonglomerate.

---

Domainnamensystem) ohne staatliche Unterstützung, zumindest Billigung, häufig sogar Initiative nicht auskommen. Die Spekulation, das Internet in heutiger Architektur und Funktionalität habe sich überhaupt nur in einem transnationalen Ambiente entwickeln können, hätte dies hingegen niemals in einem international-rechtlichen Rahmen, etwa der Fernmeldeunion, tun können (*Post* [Fn. 18], 139 f.), steht auf schwachen Füßen. Dagegen spricht schon der Umstand, dass das damalige internetechnologische Spitzenpersonal (John Postel, Internet Society, Internet Architecture Board, IETF usw.) 1997 selbst die Umformung des Domainnamensystems in einen international ausgestalteten Organisationsrahmen unter maßgeblicher Beteiligung der ITU plante – eine Revolte (*Mueller* [Fn. 4], 158: „gTLL-MoU-partisans“), die dann von der US-amerikanischen Regierung vereitelt und mit der Initiative zur Gründung von ICANN beantwortet wurde, s. zu den „domain name wars“ dieser Phase *Goldsmith/Wu* (Fn. 24) 36 ff.; *Mueller* (Fn. 4), 141 ff.; *Paré* (Fn. 112), 7 ff.

<sup>197</sup> Von ICANN ist, wie skizziert, schon umstritten, ob es sich dabei überhaupt um eine transnationale Organisation, wenn auch hybrider Gestalt, handelt oder nicht doch eher um eine Einrichtung US-amerikanisch regulierter Selbstregulierung oder überhaupt um eine Erscheinungsform amerikanischer Staatsgewalt, *Dederer AVR* 47 (2009), 367 (382).

<sup>198</sup> Immerhin ist nicht auszuschließen, das sich in sektoralen Nischen transnationaler Standardsetzung, gleichsam im Schatten internationaler Auseinandersetzung, weiter gespannte Spielräume für funktionell ausgerichtete, mehr oder weniger konsensuale Regelung behaupten können (s. zu solchen Überlegungen *Ladeur DÖV* 2012, 369 [372 f.] mit einer allerdings recht robusten, in Richtung von Mehrheitsentscheidungen gehenden Vorstellung des „rough consensus“, von der zweifelhaft scheint, ob sie der Entscheidungspraxis der Internet-Gremien wirklich entspricht, s. zur IETF *Post* [Fn. 18], 137: „a very large majority of those who care must agree, with no substantial or significant disagreement“). Und ausgeschlossen ist eben umgekehrt auch nicht, dass solche fachlich-autonomen Regelsetzungsmechanismen in ebensogut klug konzipierte Strukturen internationaler Organisationen eingebettet werden könnten.

## 2. *Kommunikationsermöglichung und Schutz vor Kommunikation*

Ein ähnliches Bild ergibt sich im Spiegel der Unterscheidung der Ermöglichungs- von der Schutzfunktion des Rechts.

Die internationalen ebenso wie die transnationalen Regimes im Kommunikationsrecht – von der Frequenzregulierung bis zum Domainnamensystem – befassen sich zu einem wesentlichen Teil mit notwendigen Voraussetzungen transterritorialer Kommunikation. Diese bedarf in ihren anspruchsvolleren Formen einer staatenübergreifenden positiven Ordnung. Dass die inländische Kommunikation Anschluss an das Ausland und die Welt halten kann, entspricht der Leistungserwartung an moderne Staatlichkeit schon im 19. Jahrhundert und ist – in heutigen Begriffen – selbstverständlicher Teil der Infrastrukturgewährleistung fast aller Staaten. Diese Gewährleistung verlangt nach einer Ermöglichungspolitik, gerichtet auf völkerrechtliche Kooperation oder transnationale Regelsetzung. Kommunikative Abriegelung ist demgegenüber ein zwar vorstellbares und vorkommendes – Nordkorea –, aber doch selten praktiziertes Konzept, das freilich alle Probleme deterritorialisierter Kommunikation sozusagen im Ansatz erledigt.

Anderes gilt für die Schutzfunktion des Rechts: Die Internetkommunikation fordert mit ihren neuartigen und potenzierten Risiken für Individual- und Kollektivrechtsgüter – Menschenwürde und Persönlichkeitsrechte, Jugendschutz, geistiges Eigentum, sozialer Friede – den Schutzauftrag des Rechts heraus. Sie strapaziert allerdings zugleich die Eignung herkömmlicher Schutzmechanismen des Zivil-, Ordnungs- und Strafrechts für die Verarbeitung dieser Risiken. Daraus resultiert jedoch offensichtlich, anders als bei der Ermöglichung, kein vergleichbar unwiderstehlicher Kooperationsdruck: Ein Trend zur Inter- oder Transnationalisierung des Rechtsgüterschutzes ist im Kommunikationsrecht nicht nachweisbar. Die Schutzfunktion wird weiterhin im Wesentlichen von den Staaten behauptet und wahrgenommen, das dafür eingesetzte jurisdiktionelle Instrumentarium internetadäquat angepasst und angereichert.

Aufs Ganze gesehen sind kommunikationsrechtliche Schutzgewährleistungen mithin deutlich fragmentierter und disparater als Regelungen zur Ermöglichung transterritorialer Kommunikation, die eher auf internationaler Vereinbarung oder – bei der Internetgovernance und den technischen Standards – transnationaler Normierung beruhen.<sup>199</sup> Transterritori-

---

<sup>199</sup> S. auch die Unterscheidung von Bereichen der „Koordinierung“, die eher offen sind für inter- oder transnationale Mechanismen (einschließlich der Ermöglichung grenzüberschreitenden Handelns) und der – vor allem auf die Kommunikationsinhalte und daran anknüpfende Schutzgüter bezogene – „Regulierung“ bei *Holznapel/Werle* Zeitschrift für Rechtssoziologie 23 (2002), 3 (4 ff., 12 ff.).

ale Ermöglichung durch internationales Recht und territorial fragmentierte Schutzrechte fallen auseinander und sind nicht aufeinander abgestimmt.

Jedoch zeigt gerade das Internet, dass dieses scheinbare Missverhältnis für die Staaten interessante Potentiale birgt: Aus der variablen Kombinierbarkeit international oder transnational arrangierter Kommunikationsermöglichung mit mehr oder weniger gehaltvollen territorialen Schutzvorbehalten, vom chinesischen Zensurmodell<sup>200</sup> bis zu Konzeptionen weitgehender, aber auch nicht schrankenloser Internetfreiheit,<sup>201</sup> ergeben sich Gestaltungschancen, deren Attraktivität offenbar die erheblichen Kos-

---

<sup>200</sup> Ein Konzept, das den Anschluss an das Welt-Internet mit weitreichender territorialer Inhaltezensur verbindet, sucht und fördert einerseits, vor allem um der wirtschaftlichen Vorteile und Entwicklungschancen willen, die Teilnahme an der weltweiten Kommunikation im Netz: Es ist kein Zufall, dass sich die Volksrepublik China seit einigen Jahren mit dem „smoothly running system“ des ICANN- und IETF-Internet amerikanischer Bauart und Provenienz mehr oder weniger arrangiert zu haben scheint und offenbar keine Sezessionsabsichten mehr verfolgt, *Gianluigi Negro* in: Radu/Chenou/Weber (Fn. 86), 141. Es reserviert sich aber andererseits aus territorialem Souveränitätsanspruch unbedingte und mit größtem technischen, institutionellen und finanziellen Aufwand wahrgenommene Kontrolle über die innerhalb des Territoriums stattfindenden Kommunikationen. Eine solche ex- und intensive Schutzpolitik strebt danach, als destabilisierend angesehene Information auszuschalten, schränkt damit indes den Raum des kommunikativ Möglichen gezielt und erheblich ein, auch wenn das staatliche „online social management“ wie in China durchaus an Leistungsgrenzen stößt, *Thomas Hart/Bernd Holznagel* MMR 2013, 491 ff. Das im Ergebnis der Filterung und des internetpolizeilichen Verfolgungsdrucks nur zugängliche Internet à la Carte in der permanenten Spannung zwischen technologisch-ökonomischer Fortschrittsorientierung und politischer Kontrolle ist aber jedenfalls kein offenes Internet; s. auch *Milton L. Mueller* China and Global Internet Governance, in: Ronald Deibert/John Palfrey/Rafal Rohozinski/Jonathan Zittrain (Hrsg.) Access Contested. Security, Identity and Resistance in Asian Cyberspace, 2012, 177.

<sup>201</sup> Auch der Schutzanspruch freiheitlicher Staaten verzichtet, wie gezeigt, nicht auf Kontrollpunkte, in denen nach territorialem Rechtsmaßstab unzulässige Inhalte im Internet aufgehalten und ausgeschaltet werden. Und doch besteht gegenüber dem Zensurmodell ein nicht nur gradueller, sondern auch qualitativer Unterschied: Das grundrechtsgeprägte Konzept offener Kommunikation unter ordre-public-Vorbehalt schließt in sein Ermöglichungsziel gerade auch die prima facie ungehinderte, freie, daher unzensurierte, grenzenlose Kommunikation ein, mithin gerade auch die Zugänglichkeit transnationaler Dienste auf der Anwendungsebene. Die möglichkeitsbeschränkenden Rückwirkungen staatlicher Schutzeingriffe sind schon aus Grundrechtsgründen – Art. 10 EMRK, Art. 5 GG gewährleisteten Kommunikationsfreiheit auch grenzüberschreitend – klein zu halten, müssen die Prinzipien der Meinungsneutralität (Art. 5 Abs. 2 GG) und Verhältnismäßigkeit wahren und dürfen schon gar nicht zu einer systematischen Verformung des Informationsangebots im Internet führen – in territorial abgesteckten Teilräumen oder sogar und noch schlimmer über eine erzwungene extraterritoriale Anpassung der Inhalte im weltweiten Netz. Allerdings begrenzen diese rechtsstaatlichen Begrenzungen zwar das Problem mehrfacher und divergierender territorialer Inhaltsbestimmungsansprüche gegenüber dem einen, globalen Internet, heben es aber natürlich nicht auf.

ten fragmentierter Jurisdiktionen überwiegt. Die Aufgabenteilung zwischen internationaler oder transnationaler Koordinierung und der weiterhin territorialen Inhalteregulierung erscheint so gesehen nicht dysfunktional, sondern interessengemäß. Das könnte auch ihre tatsächliche Stabilität erklären. Die Internet Governance ist, wie sie ist, weil die Staaten als die maßgeblichen Akteure sie offenbar so wollen oder zumindest für die beste erreichbare Option halten.

#### IV. Rechtliche Schranken territorialer Internet-Jurisdiktion?

Bedeutet dies aber, dass die Schattenseiten der ungezügelter Jurisdiktionskonkurrenz<sup>202</sup> einfach hinzunehmen sind und die Idee des freien, grenzenlosen Internet, tatsächlich in den Würgegriff einer Vielzahl miteinander unvereinbarer territorialer Rechtsbehauptungen geraten und daran auf Dauer möglicherweise zugrunde gehen muss?

Entspannend wirken kann hier eine Kultur und Dogmatik staatlicher Selbstbeschränkung in den Jurisdiktionsfragen: Kommunikationsbeschränkungen im Internet – zum Schutz von Urheberrechten, der informationellen Selbstbestimmung oder vor NS-Propaganda – sollten zunächst einmal begriffen werden als internes Problem einer klugen Balance, die sensibilisiert ist für die transterritoriale Dimension von Kommunikation. Dass Inhalte aus anderen Ländern sich nicht immer an die Rechtsregeln der eigenen Jurisdiktionszone halten, kann gerade darum ein über den eigenen rechtskulturellen Tellerrand hinausreichendes schutzwürdiges Informationsinteresse begründen. Sympathie wird daher häufig eine Interpretation der Zuständigkeits-, Kollisions- und Sachrechtsnormen verdienen, die der verfassungsrechtlich gebotenen Ermöglichung freier und eben auch globaler Kommunikation hohen Rang einräumt und entsprechende Zurückhaltung walten lässt.

Allein Mäßigungsappelle ersetzen keine rechtliche Bindung und stoßen ja auch immer wieder auf wenig Verständnis. Beispielhaft dafür mag der transatlantische Konfrontationskurs im Datenschutzrecht stehen, in dem von Selbstbeschränkung wenig zu spüren ist.<sup>203</sup> Das wirft die Frage

---

<sup>202</sup> *Milton Mueller* What's really at stake in the Microsoft v. USA decision, 15.7.2016: „It leads to a jurisdictional war of all against all.“; <<http://www.internetgovernance.org/2016/07/15/whats-really-at-stake-in-the-microsoft-v-usa-decision/>>.

<sup>203</sup> So verlangen etwa die Datenschutzbeauftragten, die Unterlassungsverpflichtung nach der Google-Entscheidung des EuGH müsse sich auch auf die Suchergebnisse des weltweiten Dienstes (google.com) und nicht nur auf den länderspezifischen Suchdienst des Landes, dessen Schutzrecht angerufen wird (z.B.: google.de), beziehen; ähnliche Forderungen waren schon im Yahoo-Fall vor 16 Jahren erhoben worden. Das Ansinnen ist auf berechtig-



auf, ob sich aus der völkerrechtlichen Anknüpfungslehre oder aus verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht doch engere Grenzen der *jurisdiction to prescribe* herleiten lassen, in die sich die staatliche Internetregulierung fügen muss. Das Internetvölkerrecht<sup>204</sup> scheint indes wenig Rückhalt<sup>205</sup> für derartige Bindungen zu geben:<sup>206</sup> Aus dem Territorialitätsprinzip oder dem

---

ten Widerspruch gestoßen (*Holznaegel/Hartmann* MMR 2016, 228): Es geht zu weit, europäische Datenschutz-Vorstellungen einem in einem Drittstaat ansässigen, für die Welt bestimmten (und nicht spezifisch auf das Inland ausgerichteten) Internetdienst aufzuzwingen. Die extraterritorialen Auswirkungen einer territorial begründeten Verantwortlichkeit erreichen hier ein bedenkliches Maß – abgesehen von den Zweifeln, ob das im Datenschutzrecht nun etablierte Marktortprinzip überhaupt Suchdienste erfasst, die nicht besonders auf ein Land oder eine Region zugeschnitten und ausgerichtet sind. Mag auch der Fortschritt der Zoning-Technologie regionale Zugriffssperren für regional verbotene Webseiten oder Angebote ermöglichen, führt ihre rechtliche Einforderung doch zumindest in eine bedenkliche Nähe zum strukturell unfreiheitlichen Zensurmodell und zudem weiter auf die abschüssige Bahn einer Balkanisierung des Netzes. Gleiches gilt für die Debatte um die Datenübermittlung ins Ausland in der Folge des Schrems-Urteils. Die Europäische Kommission hatte mit der immerhin 15 Jahre lang gültigen Billigung der Safe-Harbor-Zusagen das extraterritoriale Konfliktpotential der europäischen Standardbehauptung in Grenzen gehalten, dies freilich um den Preis unleugbarer Wirksamkeitsschwächen dieses Arrangements. In der schärferen Lesart des Gerichtshofs, in der das „angemessene Schutzniveau“ – ähnlich wie in der Solange-Doktrin des BVerfG (BVerfGE 37, 271 – Solange I; 73, 339 – Solange II; 102, 147), dort aber im innereuropäischen Grundrechtsraum – als „gleichwertiger Schutz“ (s. EuGH, Fn. 156) – verstanden wird, ist nun diese Zurückhaltung aufgegeben. Die Gleichwertigkeitsbedingung läuft darauf hinaus, von den USA eine dem europäischen Modell im Wesentlichen entsprechende Datenschutzgesetzgebung und -praxis zu erwarten, eine kaum realistische, für transatlantische Internet-Dienstangebote prekäre Forderung; sehr kritisch zur angeblichen Überlegenheit des europäischen Datenschutzkonzepts *Lothar Determann* NVwZ 2016, 561; s. auch *Ivo Geis* DSB 2012, 188.

<sup>204</sup> *Uerpmann-Witzak* AVR 47 (2009), 261 ff.; *ders.* GLJ 11 (2010), 1245 ff.

<sup>205</sup> Auch die zuletzt im Microsoft-Fall vom US Court of Appeals for the Second Circuit (14.7.2016, *Microsoft Corp. v. U.S.A.*) herangezogene amerikanische *presumption against extraterritoriality* – mit der Folge, dass Microsoft nicht verpflichtet werden darf, auf einem irischen Server gespeicherte Inhaltsdaten eines Kunden herauszugeben –, ruht auf einer eher vage formulierten Prämisse internationaler Rücksichtnahme („it serves to avoid the international discord that can result when U.S. law is applied to conduct in foreign countries“), nicht auf der Anerkennung harter völkerrechtlicher Schranken; 561 U.S. 247 (255) – *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*; 579 U.S. – *RFJ Nabisco et al. v. European Community et al.* (20.6.2016).

<sup>206</sup> Auch 90 Jahre nach der *Lotus*-Entscheidung des StIGH (7.9.1927, Series A 10 [1927]) bietet das internationale Koexistenzrecht keine auch nur annähernd überschneidungsfreie Konkurrenzlehre, sondern ein eher unscharfes, von vielen Unwägbarkeiten geprägtes Bild, *Kment* (Fn. 20), 68 ff.; optimistischer, jedoch für den Teilbereich wirtschaftsrechtlicher Sanktionen, *Otto Sandrock* ZVglRWiss 116 (2016), 1 (79 ff.); *ne bis in idem*-Regel als völkerrechtliches Verbot unkoordinierter *Multi-State*-Jurisdiktion bei mehrfachem *genuine link*.

Wirkungsprinzip wird sich gerade in den Internetfällen regelmäßig eine völkerrechtlich vertretbare Anknüpfung herleiten lassen.<sup>207</sup>

Verfassungsrechtlichen Rücksichtnahme- oder Zurückhaltungspflichten im Sinne einer Parallele zu den Görgülü<sup>-208</sup> oder Solange<sup>209</sup>-Dogmatiken<sup>210</sup> fehlt bei der globalen Internetkommunikation der völkerrechtsvertragliche Bezugspunkt. Es gibt eben keinen Weltinternetvertrag mit Vereinbarungen über den im Netz zu gewährleistenden Daten- oder Ehrenschatz. Die verfassungsrechtliche Völkerrechtsfreundlichkeit kann schwerlich einen Subgrundsatz der Internetfreundlichkeit einschließen, solange das Internet selbst keine im Rechtssinn internationale Einrichtung ist.

Nicht weiter führt auch der nur auf den ersten Blick bestechende Gedanke, die Staaten hätten sich doch auf das Internet als transnationale Einrichtung mit transnationaler Verkehrssteuerung eingelassen, damit aber auch auf eine dieser Infrastruktur inhärente Ratio einer offenen, ubiquitären Kommunikation, die gerade nicht in territoriale Sonderbezirke unter je eigenem Recht zerfallen dürfe.<sup>211</sup> Das aber ist eine *petitio principii*: Transportebene und Inhalteregulierung stehen, das zeigt drastisch die chinesische Option, keineswegs notwendig in einer feststehenden normativen Korrelation, die nur ein regulatorisches Minimum auch auf der Anwendungsebene zulässt. Vielmehr läuft die Forderung nach einer weitestgehenden Rücknahme pluraler territorialer Kontrollansprüche doch nur auf die Behauptung weltweiter Maßgeblichkeit gerade einer territorialen Rechts-

---

<sup>207</sup> Spricht auch viel für über die bloße ubiquitäre Veröffentlichung oder Abrufbarkeit hinausgehende Anforderungen an den *genuine link*, etwa die subjektive oder – besser – objektive Ausrichtung auf das in Rede stehende Schutzland oder ein „Reasonableness-Test“ nach US-amerikanischem Muster, besteht doch nicht einmal insoweit Gewissheit, ob es sich dabei um zwingende, gewohnheitsrechtlich verfestigte Gebote handelt, *Schmahl* AVR 47 (2009), 284 (311 ff.). Und in der Praxis, die diese Kriterien ja durchaus in ihre Zuständigkeits- und Kollisionsrechtsdogmatik implementiert hat, führen sie eher selten zu einer wirklichen Einschränkung der *jurisdiction to prescribe*, insbesondere nicht bei den kommerziellen Kommunikationsdiensten mit ihrer geschäftsmodellgemäß gezielten Ansprache. Extensive Auslegungen wie im Töben-Urteil des BGH (Fn. 131), nach dem schon der besondere thematische Bezug der Holocaust-Leugnung zu Deutschland die Strafbarkeit nach deutschem Recht begründete, ohne dass es darauf ankam, ob irgendjemand in Deutschland von der australischen englischsprachigen Webseite Kenntnis genommen hatte, reizen freilich auch den weiten völkerrechtlichen Rahmen beunruhigend aus.

<sup>208</sup> BVerfGE 111, 307 – Görgülü; 128, 326 – Sicherungsverwahrung II.

<sup>209</sup> BVerfGE 37, 271 – Solange I; 73, 339 – Solange II; 102, 147 – Bananenmarktordnung; 118, 79 – TEHG; mögliche Relativierung nun in BVerfGE 140, 317 – Europäischer Haftbefehl II.

<sup>210</sup> Vorbildwirkungen für ein transnationales Kollisionsrecht sieht insoweit *Viellechner* Der Staat 2012, 559 (575 ff.).

<sup>211</sup> Vgl. die Überlegungen von *Viellechner* Der Staat 2012, 559 (570 ff.): „Responsivität“, „Einbau der Außenorientierung als Selbstverpflichtung in die innere Ordnung“.

kultur und -ordnung hinaus:<sup>212</sup> *First amendment* über alles! Es gibt in der Frage der Jurisdiktionskonkurrenz keine Neutralität oder Enthaltung, sondern notwendig eine Entscheidung für die Anwendung des einen oder des anderen Rechts. Gewiss hat die amerikanische Version der Internetfreiheit lange große Strahlkraft entfaltet. Aber mit der Entzauberung des Netzes durch Kommerzialisierung, Kriminalität und Überwachung,<sup>213</sup> vor allem aber mit seiner globalen Ausdehnung hat sich diese leitkulturelle Prägung immer mehr verloren. Sie hat Raum geben müssen für territorial radizierte Partikularkulturen, die sich auch in der Behauptung unterschiedlicher Rechtsvorstellungen zum Ausdruck bringen.<sup>214</sup>

Am Ende steht ein Paradox: Das globale Internet von heute ist territorialer als das amerikanisch-europäische Internet der Gründerzeit. Die Entterritorialisierung der Kommunikation führt tatsächlich in die Reterritorialisierung des Kommunikationsrechts.

---

<sup>212</sup> *Schmahl* AVR 47 (2009), 284 (314).

<sup>213</sup> Daran haben die USA selbst großen Anteil, nicht nur mit der NSA-Überwachung, sondern auch mit dem Sündenfall („Year Zero“) des ersten massiven und gravierend schädigenden Cyberwaffeneinsatzes („Stuxnet“) 2012, s. dazu *Segal* (Fn. 44), 2 ff., 225 ff.

<sup>214</sup> *Segal* (Fn. 44), 24: „While it should continue to promote and espouse the virtues of an open, global and secure Internet, the United States must prepare for a more likely future – a highly contested, nationally divided cyberspace.“

*Leitsätze des Referenten über:*

## **Entterritorialisierung im Kommunikationsrecht**

### *I. „Cyberspace“: Raum in rechtlicher Ordnung*

*(1) Entterritorialisierung der Kommunikation verbindet sich aus heutiger Sicht zuallererst mit dem Internet, ist aber an sich kein neues Phänomen. Sie kennzeichnet auch schon die großen kommunikationstechnologischen Entwicklungsschübe der Vergangenheit.*

#### *1. Entterritorialisierung der Kommunikation: Deutungsvielfalt und begriffliche Vergewisserung*

*(2) Indem die juristische Perspektive die Kommunikation immer schon unter dem Gesichtspunkt ihrer möglichen oder unmöglichen Steuerung ins Auge fasst, gewinnt der Begriff der Entterritorialisierung Konturenschärfe. Der durch die Entterritorialisierung wirklich oder vermeintlich bedingte Kontrollverlust des Rechts ist ihr Leitmotiv.*

*(3) Entterritorialisierung ist nicht gleichbedeutend mit einer Überwindung des Raumparadigmas: Das Internet diversifiziert und pluralisiert räumliche Bezüge, aber es schafft sie nicht ab.*

*(4) Die Rede von der Entterritorialisierung der Internet-Kommunikation ist von überschießender Suggestivität, die auf ein realitätsgerechtes Verständnis heruntergebrochen werden sollte. Gemeint ist der durch die Merkmale potentieller Ubiquität, Volatilität und Anonymität qualifizierte – transterritoriale – Charakter von Internetkommunikation.*

#### *2. Das Recht der Kommunikation*

*(5) Die Beobachtung von Governance-Strukturen für die Regulierung transterritorialer Kommunikationen aus einer institutionellen Perspektive muss die Formenvielfalt hoheitlicher, privatrechtlicher und hybrider Regelungssysteme insgesamt in den Blick nehmen.*

## II. Rechtsbindung transterritorialer Kommunikation

### 1. Kommunikationssteuerung: Governance-Modi

(6) Die Europäische Union verbindet auch im Kommunikationsrecht in charakteristischer Weise die Eigenschaften einerseits einer quasistaatlichen Superstruktur, die Rechtsanwendungsansprüche territorial bündelt, andererseits einer überterritorialen Einrichtung, die nach innen Fragmentierungen überwindet. Um „Entterritorialisierung“ in einem buchstäblichen Sinn geht es jedoch auch bei der Binnensicht auf die koordinierten oder zentralisierten Maßstäbe des europäischen Kommunikationsrechts nicht.

### 2. Internationale Kooperation im Kommunikationsrecht

(7) Die relative Bedeutung der Internationalen Fernmeldeunion – und damit des völkerrechtlichen Modus der Telekommunikationsregulierung – hat in der Ära der Privatisierung und Digitalisierung abgenommen.

(8) Die regionale Begrenzung der Cybercrime-Abkommen spiegelt – typisch für den völkerrechtsvertraglichen Governance-Modus – tiefgreifende Gegensätze entlang der geopolitischen Bruchlinien und kulturellen Dissense. Hinsichtlich materieller Schranken von Kommunikation trägt das Völkerrecht zur Maßstabbildung, abgesehen vom geistigen Eigentum, wesentlich nur in den Einflusszonen der regionalen Abkommen bei. Angesichts tiefgreifender Differenzen in Fragen der Meinungs- und Medienfreiheit erscheinen die Chancen für weitergehende Einigungen auf globaler Ebene begrenzt.

### 3. Transnationale Standardsetzung: „Multistakeholderism“ und *lex informatica*

(9) Transnationale Rechtserzeugungsarrangements wecken in einer globalisierten Welt, deren steigende Nachfrage nach transterritorialen Regeln durch Regierungsvereinbarungen nicht gedeckt wird, große Hoffnungen, auch im Kommunikationsrecht.

(10) Weder ICANN, die zum Symbol der Grundsatzkontroverse um die richtige Form der Internet-Governance geworden ist, noch das autonome Streitschlichtungssystem für Domainnamen (Uniform Domain Name Dispute-Resolution Policy) rechtfertigen weitreichende Vorstellungen einer transnationalen *lex informatica*.

4. „Reterritorialisierung“: Behauptung staatlicher/unionaler Kontrollansprüche mit extraterritorialer Wirkung

(11) Territorial-staatliche Kommunikationsregulierung auch und gerade für das Internet gewinnt angesichts der nur partikularen Wirkungskreise inter- und transnationaler Regimes zunehmende Bedeutung (Reterritorialisierung). Zu beobachten ist insoweit eine bemerkenswerte, seit Jahren voranschreitende Erweiterung und Verfeinerung des juristischen Repertoires, auf den Ebenen des Zuständigkeits- und Kollisionsrechts ebenso wie auf derjenigen des Sachrechts.

(12) Die aus dem Territorialitätsprinzip hergeleiteten Anknüpfungen für die Behauptung eigener staatlicher Gerichtszuständigkeit und der Anwendbarkeit des eigenen staatlichen Rechts werden in der (europäischen) Rechtsprechung weit interpretiert.

(13) Die Profilierung der unionalen Datenschutzpolitik der letzten Jahre lässt sich recht nur begreifen, wenn ihre strategische Bedeutung für die Behauptung und Durchsetzung europäischer Interessen in der Arena globaler Internetkommunikation, zumal im transatlantischen Konkurrenzverhältnis, erkannt wird. Der europäische Persönlichkeitsschutz zeigt immer deutlicher: Von territorialen Rechtsordnungen aus formulierte Schutzgarantien sind – bei allen nicht zu übersehenden Wirkungsschwächen und problematischen extraterritorialen Folgewirkungen – auch bei Internetkommunikationen möglich und sie haben, vor allem wenn Größenvorteile ausgespielt werden können, Durchsetzungschancen.

(14) Angesichts von Rechtsverfolgungsschwierigkeiten gegenüber nicht sicher lokalisierbaren oder nicht haftbar zu machenden Kommunikatoren ist der Zugriff auf besser greifbare Kommunikationsmittler (Intermediäre) eine nahe liegende und im europäischen Kommunikationsrecht seit längerem verfolgte Ausweichstrategie.

(15) Mit der neuerdings anerkannten Subsidiärhaftung des Access-Providers erlebt die Internetsperre auch in Europa eine Renaissance in zivilrechtlicher Gestalt. Diese Rechtsprechung reagiert gezielt auf das Entterritorialisierungsproblem; sie ist ein weiterer Baustein in der justiziellen Strategie von EuGH und mitgliedstaatlichen Gerichten zur Ertüchtigung des territorialen Schutzrechts gegen transterritoriale Urheberrechtsverletzungen.

### III. Internetregulierung: Relationen

#### 1. Governance-Modus und Regulierungsgegenstand

(16) *Internationale Kooperation spielt für die Internetkommunikation eine eher beschränkte Rolle. Zur Inhalteregulierung trägt das Völkerrecht, abgesehen vom geistigen Eigentum, wesentlich nur in den Einflusszonen der regionalen Abkommen bei. Angesichts tiefgreifender Differenzen im Verständnis der Meinungs- und Medienfreiheit erscheinen die Chancen für weitergehende Einigungen auf globaler Ebene begrenzt. Auch bei der technischen Standardisierung und der Verkehrssteuerung hat sich die Internetregulierung außerhalb völkerrechtlicher Institutionen entwickelt und behauptet.*

(17) *Für den technisch-operationellen Aufgabenbereich der Internetregulierung scheint das expertokratische Design transnationaler Einrichtungen gut geeignet. Es ist aber unwahrscheinlich, dass transnationale Rechtsetzung darüber hinaus in der Regulierung transterritorialer Kommunikation Bedeutung erlangen könnte.*

(18) *Transnationale Gestaltungen sind dem Konsensprinzip nicht weniger, vielleicht sogar eher noch stärker – sowohl in ihrer internen Entscheidungsrationalität („rough consensus“) als auch in ihrer Abhängigkeit von staatlicher Unterstützung, Anerkennung oder zumindest Duldung – unterworfen als internationale Organisationen; im Kommunikationsrecht erscheinen beide Strukturen dort, wo sie überhaupt in Betracht kommen, also im fachlich-operationellen Bereich, weitgehend funktional austauschbar.*

(19) *Staatlich-territoriale Jurisdiktion dominiert, neben der Kontrolle der physischen Infrastruktur – Telekommunikationsnetze –, insbesondere die Inhalteregulierung von Medien und Kommunikation, auch im Internet.*

#### 2. Kommunikationsermöglichung und Schutz vor Kommunikation

(20) *Grenzüberschreitende Kommunikation bedarf im Hinblick auf ihre notwendigen Voraussetzungen einer transterritorial übergreifenden positiven Ordnung (Ermöglichungsfunktion des Rechts). Die verfassungsrechtlichen Infrastrukturgewährleistungen verlangen nach einer Ermöglichungspolitik, gerichtet auf völkerrechtliche Kooperation oder transnationale Regelsetzung.*

(21) *Ein Trend zur Inter- oder Transnationalisierung des Rechtsgüterschutzes ist im Kommunikationsrecht nicht nachweisbar. Die Schutzfunktion des Rechts wird weiterhin im Wesentlichen von den Staaten behauptet*

und wahrgenommen, das dafür eingesetzte jurisdiktionelle Instrumentarium internetadäquat angepasst und angereichert.

(22) *Transterritoriale Ermöglichung durch internationales Recht und territorial fragmentierte Schutzrechte fallen auseinander und sind nicht aufeinander abgestimmt. Gerade in dieser Inkongruenz liegen indes für die Staaten attraktive Gestaltungspotentiale für regional ausdifferenzierte Kombinationen einerseits der Teilnahme an der Internetkommunikation (Ermöglichung), andererseits ihrer Beschränkung (Schutz).*

#### *IV. Rechtliche Schranken territorialer Internet-Jurisdiktion?*

(23) *Mit Blick auf die prekären Folgen ungezügelter Jurisdiktionskonkurrenz im Internet wird häufig eine Interpretation der Zuständigkeits-, Kollisions- und Sachrechtsnormen den Vorzug verdienen, die der verfassungsrechtlich gebotenen Ermöglichung freier globaler Kommunikation hohen Rang einräumt und entsprechende Zurückhaltung walten lässt.*

(24) *Aus dem Internetvölkerrecht lassen sich keine sicheren und jedenfalls keine engen Grenzen der jurisdiction to prescribe herleiten, in die sich die staatliche Internetregulierung zu fügen hätte. Aus dem Territorialitätsprinzip oder dem Wirkungsprinzip wird sich gerade in den Internetfällen regelmäßig eine völkerrechtlich vertretbare Anknüpfung herleiten lassen.*

(25) *Transportebene und Inhalteregulierung im Netz stehen keineswegs in einer feststehenden normativen Korrelation, die nur ein regulatorisches Minimum auch auf der Anwendungsebene zuließe.*

(26) *Die verfassungsrechtliche Völkerrechtsfreundlichkeit kann schwerlich einen Subgrundsatz der Internetfreundlichkeit einschließen, solange das Internet selbst keine im Rechtssinn internationale Einrichtung ist.*

(27) *Mit der Internationalisierung des Netzes verdünnt sich seine US-amerikanische leitkulturelle Prägung immer weiter; sie hat Raum geben müssen für territorial radizierte Partikulkulturen, die sich auch in der Behauptung unterschiedlicher Rechtsvorstellungen zum Ausdruck bringen.*



### 3. Aussprache und Schlussworte

## **Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht/ im Kommunikationsrecht**

Diskussionsleitung: Franz Merli

**Franz Merli:** Ja, liebe Kolleginnen und Kollegen, ich habe acht Wortmeldungen, deute das als Zeichen für die Qualität der Referate, die wenig Fragen offen gelassen haben.

**Ulrich Stelkens:** Ich hätte jetzt nicht gedacht, dass ich die Diskussionsrunde eröffnen darf. Dennoch oder gerade deshalb möchte ich mich zunächst ganz herzlich für zwei vorzügliche Referate bedanken, die, glaube ich, wirklich die Thematik der Tagung auf praktische Fragen heruntergebrochen und zwei unterschiedliche Perspektiven eingenommen haben. Bei beiden Referaten, und deswegen richte ich meine Frage an beide Referenten, wurde zwischen Entterritorialisierung und Reterritorialisierung unterschieden. Beide Referenten haben dabei letztlich betont, Entterritorialisierung bedeute Marktöffnung: Die Öffnung eines Marktes für die Kommunikation über das Internet oder allgemein für die Wirtschaft. Dies ist letztlich eine Anbieterperspektive. Auf der anderen Seite wurde Reterritorialisierung oft mit dem Schutz Dritter und des Gemeinwohls in Verbindung gebracht. Zu schützende Rechte Dritter wären z. B. das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Gemeinwohlsicherung beträfe etwa Umweltschutzstandards, Lebensmittelstandards, Verbraucherschutz im Wirtschaftsbereich. Ich habe mir nun eine eigentlich ganz praktische Frage gestellt: Könnte es eigentlich auch Nutzerrechte auf Entterritorialisierung geben? Was ist eigentlich mit dem Käufer – nicht unbedingt einem Verbraucher – oder mit demjenigen, der Interesse daran hat, dass es einen Markt gibt? Also mit den Netznutzern oder mit denjenigen, die bestimmte Waren kaufen wollen? Stichwort Geotracking: Gibt es vielleicht staatliche Schutzpflichten dahingehend, dass – wenn schon Welthandel zugelassen wird – zu gewährleisten ist, dass die betreffenden Unternehmen dann auch weltweit ihre Produkte zu ähnlichen Bedingungen anbieten? Oder: Schutz des Netznutzers. Herr *Cornils* hatte angesprochen, dass für die verschiedenen Internet-Unternehmen die verschiedenen Jurisdiktionen eine Rolle spielen. Besteht nicht die Gefahr, dass

diese Unternehmen von vornherein nur noch Weichspülerinformationen geben oder Weichspülerangebote ins Netz stellen, weil sie Angst haben, dass ihre Netzangebote sonst in bestimmten Gebieten gesperrt werden? Ein weiteres Beispiel wären Mobilfunkanbieter. Man sollte meinen, Mobilfunk funktioniere weltweit, aber die Unternehmen bieten von vornherein nur territoriale Angebote an und sind nicht willens, den Kunden vernünftige Angebote zu machen, die den EU-Raum abdecken. Hier muss erst die EU-Kommission Druck machen, um diesen Markt zu entterritorialisieren. Daher meine Frage an Sie beide: Spielt die Frage nach Nutzerrechten auf Entterritorialisierung irgendeine Rolle? Gibt es hier staatliche Schutzpflichten oder eine Art Drittwirkung dahingehend, dass der geöffnete Markt vor Nichtausschöpfung durch die Anbieter geschützt wird?

**Friedrich Schoch:** In ihrer Analyse, mit ihren Wertungen und Akzentuierungen haben uns die Referenten die jeweilige Sach- und Rechtslage so vor Augen geführt, dass man sagen kann: Ja, so ist es! Eine Verbindung zwischen den beiden Themen lässt sich mit der Überlegung bzw. Frage herstellen, ob es strukturelle Bedingungen – die man auch in „Interessen“ oder „rechtskulturelle Befindlichkeiten“ übersetzen kann – gibt, die für Entterritorialisierung oder die für Reterritorialisierung sprechen. Zur Diskussion möchte ich die Idee stellen, ob Kongruenz oder Divergenz der Interessen des Staates und seiner Wirtschaft diesseits und jenseits des Atlantiks als Erklärungsmuster für aktuelle Entwicklungen dienen können. Die Überlegung bezieht sich auf die westliche Hemisphäre; Beispiele etwa zu China oder Korea zu rechtskulturellen Unterschieden interessieren nicht.

Im Wirtschaftsrecht haben wir, so verstehe ich Referat und Thesen, einen relativ lang anhaltenden, sich über die Jahrhunderte erstreckenden Gleichlauf der Interessen der Wirtschaft und des Staates. Warum ist das so? Handel, wenn wir uns auf den Warenaustausch beschränken, steigert die Prosperität. Einkommen der Privatleute, der Unternehmen, des Staates steigen; wenn es dem Volk und der Wirtschaft gut und immer besser geht, kann der Staat höhere Einnahmen generieren. Das ist über die Jahrhunderte so gewesen. Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Binnenmarkt der heutigen Europäischen Union sind Belege für die These zu der über Jahrhunderte währenden Prosperität.

Im Kommunikationsrecht haben wir in den USA einen Gleichlauf der Interessen zwischen der US-amerikanischen Administration und den als „global player“ agierenden Unternehmen; für ICANN gilt kalifornisches Recht, als Beispiele für den Gleichlauf der Interessen von Staat und Wirtschaft könnten wir auch Google oder Facebook nehmen. Zu den kongruenten Interessen habe ich heute Vormittag den „Fall Apple“ angesprochen. Für die US-Amerikaner erscheint das Vorgehen der EU-Kommission als

unerhört, gilt in amerikanischer Perspektive doch nicht EU-Beihilferecht, sondern „Freiheit unlimited“.

Nun kommen wir „Alteuropäer“ und sagen, wir denken differenzierter. So denken wir etwa in dem Dreieck „Staat“, „Wirtschaft“ und „Gesellschaft“, in dem die Wirtschaft eben nur ein Baustein ist. An dieser Stelle kommt der Aspekt „Schutz“, Antipode zur „Freiheit“, zur Sprache. Der Gedanke der staatlichen Schutzpflicht, der bereits heute Vormittag thematisiert worden ist, ist uns als Verfassungsrechtler in der DNA angelegt, und zwar auch in Bezug auf die europäische Ebene. Nehmen wir als Beispiel den Datenschutz. Ihn ins Spiel zu bringen, ist aus Sicht einer „freien Wirtschaft“ eine Unerhörtheit. Treffen die Europäische Union oder einzelne Mitgliedstaaten angesichts des Bedrohungspotentials für personenbezogene Daten aus der Wirtschaft in Ausübung der Schutzpflicht Vorkehrungen im Datenschutz zu Gunsten der Zivilgesellschaft, haben wir keinen Gleichlauf der Interessen mehr zwischen Hoheitsträger und Wirtschaft. Wenn die Unternehmen ihren Sitz nicht innerhalb der Europäischen Union haben, „toppt“ dann das ökonomische Interesse das Schutzinteresse oder ist das nicht der Fall? Kommt es auf die – unterschiedlichen – rechtskulturellen Befindlichkeiten an? Schlägt sich die Spannungslage zwischen „Freiheit“ und „Sicherheit“, die wir aus dem Polizeirecht kennen, auch hier nieder?

Ein abschließender Gedanke: Möglicherweise haben wir, Herr *Kahl*, wie die Beispiele CETA und TTIP zeigen, nach einer jahrhundertelangen relativ gleichförmigen Entwicklung nun die Einkehr rechtskultureller Befindlichkeiten von Mitteleuropäern zu registrieren, indem der „benefit“ nicht mehr auf allen Seiten gesehen wird. Das Interessante an dieser Entwicklung, vor etwa 14 Tagen in Zeitungen zu lesen, ist, dass großer Widerstand gegen die transatlantischen Handelsabkommen in Deutschland entstanden ist; der größte Widerstand hat sich aber offenbar in Österreich gebildet, das wie kaum ein anderes Land auf den Export angewiesen ist. Das Versprechen allgemeiner Wohlfahrt durch Handel sieht sich mit Widerständen konfrontiert. Deshalb die Frage, ob der Wandel der Einstellungen auf rechtskulturellen Ursachen basiert. Vielen Dank!

**Michael Germann:** Wer sich zuletzt Ende der 1990er Jahre mit dem Internet und dem Recht im Internet befasst hat, so wie ich, der reibt sich die Augen, wenn er jetzt sieht, wie stark im Jahr 2016 die Rechtsverwirklichung im Internet am Territorium und an der staatlichen Kontrolle über das Territorium festgemacht werden kann. Und stark meine ich hier nicht nur in dem Sinne, dass die Position eindeutig ist – eine klare Stellungnahme haben wir von Ihnen gehört, Herr *Cornils*, was ich sehr begrüße –, sondern stark auch in der Überzeugungskraft der Argumente. Das ist sehr eindrucksvoll gewesen, vielen Dank dafür. Damals, also Ende der 1990er

Jahre, das ist jetzt ja schon fast 20 Jahre her, war die Meinung fast einhellig, dass es im Internet vorbei sei mit der Steuerung der Kommunikationsvorgänge. Vorbei mit der territorialen Kontrolle und damit eben auch vorbei mit den Möglichkeiten staatlicher Steuerung. Das war damals schon, wie ich meinte, nicht ganz richtig. Das Argument, an dem das Ende staatlicher Steuerung festgemacht wurde, war ein Argument der Ineffektivität: Die Hoffnung auf staatliche Rechtsverwirklichung im Internet sei einfach unrealistisch und deswegen widerlegt, mangels Effektivität der Erfüllung dessen, was Sie die Schutzfunktion des Rechts genannt haben. Das war damals schon nicht überzeugend, weil es gemessen war an übersteigerten Erwartungen an die Effektivität der staatlichen Rechtsverwirklichung. Wenn man dagegen einsieht, dass die staatliche Rechtsverwirklichung immer mit dem Effektivitätsproblem zu kämpfen hat, dann waren die Effektivitätsprobleme im Internet nie etwas ganz Besonderes. Vielmehr war immer nur die Frage zu stellen: Welchen Preis bezahlen wir für welchen Grad an Effektivität der Rechtsverwirklichung? Es war immer klar, dass die auch damals schon so genannte „chinesische Lösung“ einen zu hohen Preis an Freiheit kostet und dass sie deswegen nicht in Frage kommt. Aber eben weil wir es nicht wollen, nicht weil wir es nicht könnten.

Trotzdem müssen wir uns ja zu den Effektivitätsproblemen verhalten. Dazu frage ich Sie, Herr *Cornils*, zuerst: Gibt es spezifische dogmatische Probleme, um die für das Internet spezifischen Effektivitätsprobleme zu verarbeiten? Es sind immer noch spezifische Effektivitätsprobleme, die sich im Internet stellen. Zwar sind die Zeiten vorbei, in denen die Staatsanwaltschaft die Diskette mit den Beweismitteln gelocht hat, um sie ordentlich in der Akte abzuheften. Aber nach wie vor ist es doch eine typische Schwierigkeit, dass die technischen Möglichkeiten der staatlichen Rechtsverwirklichung immer den Herausforderungen hinterherhinken, die sich im Internet stellen. Andere typische Effektivitätsprobleme hängen durchaus mit den territorialen Grenzen der Staatsgewalt zusammen. Das haben Sie ganz zu Recht so dargestellt. Bedarf es dafür spezifischer dogmatischer Lösungen oder können wir das mit den herkömmlichen Mitteln verarbeiten?

Eine zweite Frage möchte ich für das Wirtschaftsrecht stellen. Denn auch da – das ist jedenfalls mein Eindruck – ist die These von der Entstaatlichung (wenn ich sie so zusammenfassen darf) an das Argument gebunden, dass eine staatliche Steuerung des Wirtschaftsgeschehens nicht effektiv sei, unrealistisch, „heute nicht mehr“ möglich. Wie die Kommunikation keine Grenzen kennt, so kennt auch das Wirtschaften keine Grenzen. Wenn uns das für das Kommunikationsrecht schon nicht ganz überzeugt, lasse sich das ähnlich für das Wirtschaftsrecht auf die Frage beschränken: Welchen Preis sind wir zu bezahlen, welche Einbußen an wirtschaftlicher Prospe-

rität hinzunehmen bereit? Lässt sich das so übertragen? Dann wäre auch die Globalisierung des Wirtschaftsrechts eine Frage der Entscheidung und nicht der Realität oder des Realismus.

Eine letzte, kleinere Frage bezieht sich auf die Überschrift „Reterritorialisierung“: Sie setzt ja voraus, dass ihr eine „Entterritorialisierung“ vorausgegangen ist. Wenn wir sehen, dass dies eigentlich immer nur eine Prognose war, die so vorgetragen wurde wie eine Realität, die dann aber eben doch so nicht eingetreten ist, könnte man fragen: Ist vielleicht auch die Rede von „Reterritorialisierung“ insofern überflüssig? Man kann einfach sagen: Es hat nie so ganz gestimmt mit der „Entterritorialisierung“. Vielen Dank.

**Wolfgang Hoffmann-Riem:** Herr *Cornils* hat ein brillantes Referat gehalten, gut informiert und voller Details, so dass man gar nicht überall so schnell folgen konnte. Ich bin allerdings geneigt zu fragen, ob ein Feuerwerk von Informationen und Gedanken nicht gelegentlich auch zum Blendwerk werden kann. Vor allem auf eine Stelle möchte ich hinweisen, bei der ich ein Defizit der Durchdringung sehe, nämlich dort, wo die Deterritorialisierung im Verhältnis Staat/Unternehmen thematisiert wurde. Müsste hier nicht auch gefragt werden, was sie für das Verhältnis der Nutzer zu den Unternehmen, den so genannten Informationsintermediären, bedeutet? Hier besteht ein Machtproblem besonderer Art, und zwar stoßen wir auf Machtasymmetrien: Die Nutzer sind fast machtlos und die Unternehmen weitgehend machtvoll. Der Staat erlässt zwar Gesetze auch zum Schutz der Nutzer, die aber im Ergebnis vielfach nicht auf die Nutzer durchgreifen. Der Grund: Wenn die Nutzer Dienste des Internets nutzen wollen, bestehen die Unternehmen darauf, dass die Nutzer in die AGBs einwilligen. Die AGBs enthalten nicht nur Regeln zum Datenschutz, sondern auch zu anderen Rechtsbereichen. Durch die Einwilligung werden hoheitlich gesetzte Regeln weitestgehend abbedungen. Dies wird beim Datenschutz auch die EU-Datenschutzgrundverordnung nicht ändern. Sie hat mit dem Institut der Einwilligung ihren Frieden gemacht. Sie enthält zwar einige Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Einwilligung und normiert Informations- und Auskunftspflichten der Unternehmen. Das ändert aber nichts daran, dass die AGBs einseitig von den Unternehmen aufgestellt werden. Es gibt keine Transparenz hinsichtlich der Entstehung der AGBs und keine Regeln über die Mitwirkung von Verbraucherverbänden oder NGOs. Es handelt sich um einseitige Setzungen, in die der Nutzer allerdings einwilligen muss. Viele Menschen sind nämlich auf die Dienste des Internets angewiesen. Jedenfalls dort, wo der jeweilige Markt durch Oligopole wie Google, Facebook und andere beherrscht wird, gibt es für die Nutzer keine Chance, gleichwertige Dienste bei einem anderen Unternehmen zu erhalten

oder jedenfalls, wenn es sie gibt, bei einem Unternehmen, das keine AGBs dieser Art zugrunde legt. Faktisch ist der Nutzer genötigt, sich den AGBs zu unterwerfen und damit weitgehend auf Rechtsschutz zu verzichten. Das geht thematisch deutlich über den Datenschutz hinaus: Es betrifft auch die Freizeichnung der Unternehmen von Haftung; AGBs begrenzen Urheberrechtsschutz und regeln manchmal den Gerichtsstand. So gibt es AGBs, die besagen, dass ein Gerichtsstand nur in den USA besteht. Solche Vorkehrungen zur Abbedingung von Schutzrecht müssen einbezogen werden, wenn man sich Gedanken über die Wirksamkeit der hier einschlägigen nationalen, unionalen oder transnationalen Regelwerke macht.

Ein weiteres, ebenfalls zentrales Thema ist die Anhäufung großer und vielfältiger Mengen von Nutzerdaten bei diesen Unternehmen – Stichwort Big Data –, gekoppelt mit vielfältigen Möglichkeiten zu deren Nutzung angesichts einer sich in rasanter Fortentwicklung befindlichen künstlichen Intelligenz. Diese Daten werden nicht nur zur Abwicklung und Verbesserung der eigenen Dienste eingesetzt, sondern für eine Fülle weiterer Zwecke, häufig auch durch Dritte, ohne dass die Unternehmen daran nachhaltig durch staatliches Recht gehindert werden. Hier bestehen erhebliche Potentiale zur Manipulation des Nutzerverhaltens, zur Einflussnahme auf gesellschaftliche Entwicklungen, aber auch auf politisches Wahlverhalten und Abstimmungen wie jüngst die Brexit-Abstimmung. In Bereichen wie denen der Internetkommunikation, aber auch darüber hinaus haben wir es mit einer besonderen Machtproblematik zu tun. Diese muss in Analysen einbezogen werden. Der Aufweis der Existenz von Regeln reicht nicht, sondern es muss auch deren faktische Wirksamkeit behandelt werden. Ich stimme Herrn *Cornils* gerne mit der These zu: Das Internet ist kein rechtsfreier Raum. Hinzu muss aber eine weitere These treten: Es ist für die Nutzer ein in wichtigen Hinsichten rechtsschutzfreier Raum.

**Dieter Dörr:** Zuallererst möchte ich mich für die zwei ausgezeichneten und ungeheuer anregenden Referate bedanken und eine Bemerkung und eine Frage an *Matthias Cornils* stellen. Ich stimme *Matthias Cornils* nachdrücklich zu, dass die These vom rechtsfreien Raum Internet nie gestimmt hat und dass wir auch einen wieder stärkeren Zugriff sowohl der Nationalstaaten, aber auch, und das ist sehr wichtig, der Europäischen Union mit dem Europarecht haben und gerade die Europäische Union hier eine ganz wichtige und zentrale Rolle spielt. Einmal war es in der Vergangenheit nicht nur eine weitverbreitete Vorstellung, dass man nicht regulieren *kann*, sondern dass man auch nicht regulieren *soll*. Es gab ja doch sehr idealistische Vorstellungen, wohin sich das Internet mit seinen unterschiedlichen Kommunikationsformen entwickeln wird. Also geradezu paradiesische Bilder wurden gemalt von einer umfassenden Internetdemokratie, von der

Netzgemeinde, die alles selber zum Besten regelt mittels Netiquette, wie man das damals nannte. Und diese Vorstellungen sind alle doch weitgehend verfliegen, insbesondere mit der Kommerzialisierung des Internets, die aber schon ganz lange zu beobachten ist. Und ich meine, ein Punkt trägt dazu bei, dass die Zugriffe der Staaten, also die Regelungsmöglichkeiten, wieder deutlich zugenommen haben. Das ist die Rolle der Informationsintermediäre. Die hat *Matthias Cornils* zu Recht angesprochen. Die Informationsintermediäre im weit verstandenen Sinne, also Suchmaschinen, soziale Netzwerke usw., sind ja mächtige Globalplayer, die alle aus den USA stammen, oder nahezu alle aus den USA stammen, und auf die man Zugriff nehmen kann. Und vor allem von der Seite der Europäischen Union auch mit Erfolg Zugriff nehmen kann, weil sie auf diesen europäischen Markt angewiesen sind mit seiner ungeheuer hohen Zahl von Nutzerinnen und Nutzern. Und dies ist auch möglich, und da kann man an die anderen Referate anknüpfen, weil man einen genuine link zu diesen Unternehmen auf die eine oder andere Weise immer herstellen kann und der Europäische Gerichtshof auch bereit und in der Lage ist, diesen genuine link herzustellen. Also, ich meine, dass die Veränderung des Internets, die starke Rolle der Informationsintermediäre, die Zugriffsmöglichkeiten auch erhöht und dass hier gerade die Europäische Union eine große Chance hat, eben auch bestimmte Vorstellungen aus Europa einzubringen, etwa zur Meinungsfreiheit und deren Grenzen sowie zum Datenschutz und Schutzpflichten, die ja den USA nicht in gleicher Weise oder fast gar nicht bekannt sind – dort gibt es einmal keine Schutzpflichten, wie bei uns, und zweitens steht das First Amendment nahezu über allem und unterliegt keinen, es stimmt nicht ganz, aber nahezu keinen Schranken. Also auf diese Weise können die Staaten und die Europäische Union wieder Zugriff nehmen und machen dies auch.

**Dietrich Murswiek:** Demokratische Verantwortungsstrukturen und rechtsstaatliche Prinzipien sind im institutionellen Zusammenhang des Staates entstanden und mehr oder weniger erfolgreich auch auf staatsähnliche institutionelle Strukturen, wie in der Europäischen Union, übertragen worden. Dort, wo Entterritorialisierung stattfindet, geraten sie in eine prekäre Situation. Das möchte ich an einem Beispiel zeigen, das in den Themenbereich von Herrn *Cornils* fällt. Eines der faktischen Probleme, mit denen wir es im Internet zu tun haben, ist ja die Hass-Sprache, die anonyme Verbreitung von Beleidigungen und Schlimmerem. Und es ist natürlich eine Aufgabe der Rechtsordnung, dagegen vorzugehen. Die Strategie der Bundesregierung, wenn ich das richtig beobachte, besteht nun darin, bei der Bekämpfung solcher Äußerungen im Internet ein Outsourcing vorzunehmen, in der Weise, dass die Bundesregierung nicht durch Verwaltungsakt den Betroffenen verbietet, bestimmte Äußerungen zu tun bzw. gebietet, Äußerungen

aus dem Internet zu nehmen, sondern stattdessen mit Facebook offenbar informelle Absprachen getroffen hat. Es wurde offenbar erheblicher politischer Druck ausgeübt, dass Facebook von sich aus solche von der Bundesregierung nicht gewünschten Äußerungen entfernt. Und begleitend dazu finanziert die Bundesregierung sogenannte zivilgesellschaftliche Gruppen, die damit beauftragt werden, eine Art Internetüberwachung vorzunehmen und das Internet zu überprüfen auf Äußerungen, die man als – wie auch immer definiert – anstößig ansieht. Diese Gruppen melden das an Facebook, und Facebook scheint das dann auch, wenn das so in den Zeitungen richtig berichtet wird, tatsächlich zu löschen. Das Problem, das ich hier sehe, ist folgendes: Wenn der Staat selbst gegen solche Meinungsäußerungen vorgeht mit Verwaltungsakten, dann haben wir dagegen Rechtsschutz vor den Gerichten. Wir können uns gegen konkrete Maßnahmen wehren, und der Staat kann Eingriffe in die Meinungsfreiheit nur vornehmen aufgrund der geltenden Gesetze. Also wir haben klare Kriterien. Wenn jetzt das ausgelagert wird an gesellschaftliche Gruppierungen in Verbindung mit privaten Kommunikationsunternehmen, dann fehlt es an klaren Maßstäben. Es besteht die Gefahr, dass vielleicht einfach die political correctness durchgesetzt wird und nicht das Verbot strafbarer Inhalte. Und Rechtsschutzmöglichkeiten gegen dieses staatliche Verhalten sehe ich nicht. Also hätte ich an Herrn *Cornils* die Frage: Müssten wir uns nicht Gedanken machen, ob für solche Fälle Rechtsschutz nicht nur gegenüber einem Unternehmen wie Facebook, sondern auch in irgendeiner Weise gegenüber der Bundesregierung gegeben sein müsste? Kann man die Regierung für eine solche Strategie wirklich aus ihrer Verantwortung entlassen?

**Ralf Müller-Terpitz:** Zunächst einmal möchte ich mich für zwei sehr anregende, aus meiner Sicht hervorragende Referate bedanken. Ich gehörte ja ursprünglich zu dem Komplex der Fragestellenden, die sich speziell an Herrn *Cornils* wenden, wobei ich allerdings auch einen Bezug zum Referat von Herrn *Kahl* habe. *Matthias*, Du hast meines Erachtens zu Recht die Bedeutung des unionalen und nationalen Gesetzgebers und auch der Gerichte bei der Exekution unionalen und nationalen Rechts hervorgehoben. Du hast über die einschlägigen Entscheidungen Yahoo und Google berichtet. Man könnte an dieser Stelle auch noch die AutoComplete-Entscheidung des BGH ergänzen, die ebenfalls in diese Richtung weist. Hieraus hast Du die These der Renationalisierung hergeleitet. Hinter diesen Begriff kann man mit Sicherheit, in Anlehnung an die Ausführungen von *Michael Germann*, ein gewisses Fragezeichen setzen. Aber ich denke, die These ist klar und im Grundsatz stimme ich ihr auch zu. Was mich interessieren würde und das wäre jetzt meine Frage: Welche Bedeutung misst Du privaten Normsetzern zu? Es ist ja eben schon ein Stück weit angeklun-



gen; bei *Dieter Dörr* unter dem Stichwort „Netiquette“. Auch bei Herrn *Murswiek* habe ich das herausgehört. Die Idee der Netiquette war sicherlich nicht sehr erfolgreich. Aber nichtsdestotrotz habe ich den Eindruck, dass in Zukunft private Normsetzung – worunter ich Normsetzung durch Unternehmen im Verbund mit den Nutzern, ggf. auch in Verschränkung mit staatlichem Recht oder mit Recht, das durch die Rechtsprechung aus staatlichen oder unionalen Normen hergeleitet wurde, verstehe – durchaus ein Ansatz sein könnte, der gerade in einem globalisierten Netz wie dem Internet dazu beitragen könnte, gemeinsame Standards zu setzen – und dadurch – und da beziehe ich mich auf das Referat von Herrn *Kahl* – auch so etwas wie eine Harmonisierung und Angleichung herbeizuführen, da private Normsetzung natürlich den Vorteil bietet, dass sie territorial nicht radiziert ist. Um dies an zwei Beispielen festzumachen: Nehmen wir zunächst das Google-Beispiel. Der EuGH macht Suchmaschinenbetreibern, also insbesondere Google, relativ grobe Vorgaben, wie mit dem Problem des Persönlichkeitsschutzes durch Verlinkung auf kompromittierende Inhalte umzugehen ist, und lässt das Unternehmen im Weiteren mit der Aufgabe allein, zu determinieren, welche Links in Zukunft gelöscht werden sollen bzw. dürfen und welche nicht. Das Unternehmen bedient sich dazu im Moment eines Beirates und ich habe den Eindruck, dass dort so etwas wie eine private Normsetzung entstehen könnte, die zudem weit über die Grenzen der Europäischen Union hinausgreifen könnte. Nämlich dergestalt, dass man hingehet und versucht, Kriterien zu entwickeln – momentan noch unternehmensintern in Interaktion mit dem Beirat –, um zu determinieren, welche Links tatsächlich wegen persönlichkeitskompromittierender Inhalt zu löschen sind und welche Links einen so informativsten Gehalt haben, dass sie nicht aus dem Netz verschwinden sollen. Zweites Beispiel: Bei Bewertungsplattformen können wir beobachten, dass es dort zu einer Interaktion zwischen Bewertungsplattform und Nutzer kommt, was die Gestaltung der Algorithmen angeht. Dort wird sozusagen ein „value in design“ geschaffen, wie das so schön in den Informationswissenschaften heißt – ein Algorithmus ist ja letztlich eine mathematisch umgesetzte Wertentscheidung. Und in der Interaktion des Unternehmens mit seinen Nutzern, die in einem permanenten Austausch darüber stehen, wie der Algorithmus denn konfiguriert sein sollte, um den Nutzerinteressen entgegenzukommen oder um möglicherweise auch andere Interessen, wie z.B. den Persönlichkeits- oder Informationsschutz zu gewährleisten, entsteht ein Algorithmus, der letztlich auch eine Wertentscheidung verkörpert und damit auch als eine Art private Normsetzung angesehen werden kann. Mich würde interessieren, ob Du das für einen gangbaren und erfolgversprechenden Weg erachtest, der letztlich auch zu einer weltweiten Harmonisierung, zumindest in gewissen Teilbereichen der Normsetzung, führen könnte. Vielen Dank.

**Claus Dieter Classen:** Ja, meine Damen und Herren, zunächst möchte ich beiden Referenten dafür danken, dass sie die Situation in den beiden Bereichen, die Sie beschrieben haben, sehr überzeugend dargestellt haben. Trotzdem bin ich unsicher – ich möchte das an einem Punkt festmachen, der von Herrn *Kahl* angesprochen wurde –, ob man wirklich von einer Entterritorialisierung sprechen kann: Dabei knüpfe ich an das an, was Herr *Lepsius* heute Vormittag gesagt hat. Ein Beispiel, Herr *Kahl*, das Sie gebracht haben, ist die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten. Gegenseitige Anerkennung, Herkunftslandprinzip: Was heißt das konkret? Das heißt, dass die Zuständigkeit zu entscheiden, ob ein bestimmtes Produkt, das im Territorium der Europäischen Union vertrieben werden soll, bei dem Land liegt, in dessen Territorium das Produkt hergestellt wird. D.h. wir haben weiterhin sehr häufig das Territorium als Kategorie, denn dieses beantwortet die Frage der Zuständigkeit. Wenn man überhaupt von Entterritorialisierung sprechen will, muss man ein Leitbild von Territorialität haben, bei dem ich mich sehr frage, wie lebensnah das je gewesen ist. Wenn man zurückgeht in der Geschichte – wir hatten das ja heute früh schon gehört –, dann stellt man fest, dass die Welt immer, lange Zeit, relativ offen war. Die Vorstellung vom geschlossenen Nationalstaat ist relativ jung. Im Inneren der Staaten haben wir auch komplexe Systeme: Deutschland, Österreich und die Schweiz kennen bundesstaatliche Strukturen. Auch dort sind die Zuständigkeiten sehr komplex, und dementsprechend kennt man die Probleme der territorialen Reichweite. Zuletzt hatte sich das Bundesverfassungsgericht in Sachen Anerkennung von religiösen Gemeinschaften als Körperschaften des Öffentlichen Rechts mit einer solchen Frage zu befassen. Worum es geht, sind letztlich Phänomene, die als solche eben in unterschiedlichem Ausmaß internationalen Charakter haben. Beim internationalen Handel kann man zurückgehen noch bis in die Zeit vor der Antike, in die Frühgeschichte, da gab es das auch schon. Und beim Informationssystem ist es ebenfalls so: Vor der Zeit des Internet hat man eben über die Probleme des Rundfunks und ähnliches diskutiert, also auch um die Frage, wo da die technischen Grenzen liegen. Das Recht hat insofern immer gewisse Grenzen seiner Wirksamkeit gekannt, weil es mehrere Akteure gibt, die jeweils für bestimmte Situationen zuständig, diese Zuständigkeiten aber vergleichsweise wenig koordiniert sind. Wir haben heute früh von Lotus gehört. Am Ende lautet die Frage – aber das ist auch ein Punkt, den Herr *Lepsius* schon gemacht hat –, ob die Begrifflichkeit „Entterritorialisierung“, die aber letztlich nicht die Referenten, sondern der Vorstand zu verantworten hat, wirklich so glücklich ist. Vielen Dank.

**Elke Gurlit:** Meine Frage geht ebenfalls an Herrn *Kahl*. Herr *Kahl*, Sie haben uns als Modelle eines regulatorischen Zugriffs auf globalisierte

Akteure einerseits die einseitige Erstreckung entfaltet, zum anderen das Modell der gegenseitigen Anerkennung. Und ich frage mich jetzt zum Einen, ob die beiden Modelle tatsächlich erschöpfend die Art und Weise beschreiben, wie regulatorisch auf globale Wirtschaftsakteure zugegriffen wird, oder ob wir nicht zumindest weitere Formen des regulatorischen Zugriffs benötigen, wenn sie nicht ohnehin schon vorhanden sind. Zum Zweiten hatten Sie für beide Modelle vor allem die Frage aufgeworfen, inwieweit es dort Legitimationsdefizite gibt. Ich möchte als weitere Beurteilungskategorie allerdings noch die Effektivität des jeweiligen Zugriffs auf globale Akteure einführen. Ich möchte die Relevanz deutlich machen an einem Beispiel, das Sie selbst auch genannt haben, nämlich am Fall der Regulierung von Finanzmarktakteuren. Dort hatten wir in Europa seit den späten 1980er Jahren das Modell der Herkunftslandkontrolle. Das war für mich immer das Lehrbuchbeispiel für den transnationalen Verwaltungsakt. Man kann sagen, dass dieser Ansatz komplett gescheitert ist. Das Modell der Herkunftslandkontrolle hat letztlich dazu geführt, dass die zuständige Behörde sich nicht dafür verantwortlich fühlte, was die von ihr zu beaufsichtigenden Objekte im Ausland veranstalteten. Die BaFin etwa hat sich nicht dafür interessiert, welche Probleme die Deutsche Bank in England verursacht hat. Dieses sprichwörtliche home-host-Dilemma war mit ein Grund für die Errichtung der Bankenunion, weil eben groteskerweise gerade die grenzüberschreitend tätigen Unternehmen am schlechtesten beaufsichtigt und kontrolliert wurden. Die EU hat bekanntermaßen in erster Linie mit einer Hochzonzung der Aufsicht auf die EZB reagiert. Da kann man sich fragen, ob das ein größeres Maß an Effektivität erzeugt – die EZB ist immerhin ihrerseits eingebunden in weltweit tätige Akteure, wie den Basler Ausschuss oder die G 20, das FSB (Financial Stability Board) usw. Aber zum anderen hat man, nach meiner Beobachtung, auch die normative Struktur umgestellt, indem man Hybridmodelle eingeführt hat, die sich der Zuordnung zu den Modellen einseitiger Erstreckung und gegenseitiger Anerkennung entziehen. Zum Teil handelt es sich um spieltheoretisch inspirierte Modelle, die Anreize für eine grenzüberschreitende Regulierung setzen und für eine automatische Reziprozität sorgen, ohne dass es eines Anerkennungsaktes bedarf. Möglicherweise liegt in der Fortentwicklung der Instrumentenpalette auch die Zukunft, oder jedenfalls ein weiteres Modell, wie man mit der Regulierung globalisierter Akteure umgehen kann. Meine Frage wäre letztlich: Sehen Sie weitere Formen des Zugriffs auf globale Wirtschaftsakteure jenseits der von Ihnen benannten Formen? Und wie würden Sie diese jeweils unter dem Gesichtspunkt der Effektivität beurteilen? Vielen Dank.

**Franz Merli:** Die Liste ist nun erschöpft und wir haben Gelegenheit, den beiden Referenten ein Schlusswort anzubieten. Herr *Cornils*, in umgekehrter Reihenfolge, Sie sind der Erste.

**Matthias Cornils:** Ja, ganz herzlichen Dank für die, vielleicht nicht so zahlreichen, aber dafür umso interessanteren Fragen. Uns beiden steht nun nicht so sehr die Möglichkeit offen, uns auf die sozusagen schon eingewöhnte Formel zurückzuziehen, dass angesichts der vielen Redebeiträge eine individualisierte Beantwortung schlechterdings unmöglich sei. Gleichwohl erlauben die Fragen, soweit sie an mich gerichtet worden sind, doch eine thematische Gruppierung, weil es erhebliche Überschneidungen gegeben hat. Nämlich zum Ersten gab es mehrere Wortmeldungen, Herr *Stelkens*, Herr *Schoch* und auch Herr *Hoffmann-Riem*, zum Problem der Schutzpflichten, der Drittwirkung bis hin zu kulturellen Divergenzen im transatlantischen Verhältnis und der Wirksamkeit solchen Schutzes, also der Effizienzproblematik, die damit verbunden ist. Ich habe versucht, deutlich zu machen mit der – natürlich vereinfachenden und vergrößern – Unterscheidung von Schutzdimension und Ermöglichungsdimension, dass hinter dem, was ich mit der Reterritorialisierung meine, ganz wesentlich Schutzaufträge stehen, die aus unserer Sicht – aus grundrechtlicher, rechtsstaatlicher Sicht – ihre Verankerung in Schutzpflichtendimensionen haben. Diese Schutzpflichtendimension erfasst keineswegs nur die Opfer von Internetkommunikation, sondern selbstverständlich auch die Nutzer. Das wird ja gerade im Datenschutzkomplex sehr deutlich. Ein, wie ich finde, markanter Ausdruck dieser Drittwirkungskonstellation nach europäischem Grundrechtsverständnis ist die doch starke Dominanz privatrechtlicher Regulierungsmuster in diesem Bereich, bei zurückgedrängten öffentlich-rechtlichen Strukturen; diese Dominanz privatrechtlicher oder sogar informeller Verarbeitung wirft nun ihrerseits wieder Probleme auf. Davon hat Herr *Murswiek* ja eindrucksvoll gerade gesprochen. Diese horizontale Dimension – zumal auch zwischen den großen amerikanischen Internetunternehmen einerseits und sowohl rechtsbetroffenen Dritten als auch den strukturell unterlegenen Nutzern ihrer Dienste andererseits – mit einer durch Gerichte wahrgenommenen Vermittlungsfunktion durch den Staat, findet sich in dieser Ausgestaltung bei der Intermediärhaftung sehr stark, wie ich meine, unter dem Modell der Störerhaftung; dieses liegt ja auch dem Google-Urteil letztlich zugrunde. Mit allen Problematiken, die daran hängen, zeigt sich hier, dass es um den Ausgleich der Interessenkonflikte geht, die zwischen den großen Unternehmen, die vor allem und in allererster Linie in die Pflicht genommen werden sollen, und den Opfern entstehen oder den Betroffenen, sowohl durch die Kommunikation (Persönlichkeitsrechtsverletzungen usw.) als auch in der Verstrickung (Lock-in-

Effekte, Kontrollverlust über die eigenen persönlichen Daten usw.) in diese Dienste, die da angeboten werden mit unüberschaubaren AGB und Problemen des Wechsels usw. Der Schutzauftrag und die Schutzpflichtdimension des Rechts stehen, grundrechtlich betrachtet, geradezu im Vordergrund bei diesen reterritorialisierten oder zunächst einmal überhaupt territorialisierten Schutzwahrnehmungen oder Versuchen – natürlich, Herr *Hoffmann-Riem*, gibt es hier Effektivitätsprobleme, sowohl bei den Anstrengungen der Staaten als auch denjenigen der Europäischen Union. Das ist auch kein nur transatlantisches Konfliktproblem, sondern betrifft natürlich globale Kommunikation. Das China-Beispiel habe ich hier nur ganz beiläufig einbringen können – Nordkorea hingegen ist natürlich in gewisser Weise ein ebenso radikales wie für entwickelte Informationsgesellschaften nicht weiterführendes Exempel, das nur zeigt, dass es auch alles ganz anders geht, freilich in einer für uns uninteressanten Weise. China ist schon viel interessanter, weil dort die Kombination von Ermöglichung, nämlich die Nutzung der für vorteilhaft gehaltenen transterritorialen Infrastruktur auch gerade des „amerikanischen Modells“, mit einer sehr stark entwickelten, höchst eigenständigen, abgrenzenden Inhalteregulierung, die dieses Internet inhaltlich ganz anders werden lässt als in anderen Regionen der Welt, offenbar sehr fruchtbar ist für die chinesischen Interessen. Also insbesondere die für China wirtschaftlich interessante globale Zusammenarbeit ist möglich in diesem Netz, das will man auch gar nicht abschneiden. Aber dort wo es an die Systemstabilität und politische Fragen geht, wird rigoros gefiltert, werden die internationalen, die amerikanischen Dienste (Facebook usw.) durch chinesische, systemkonforme Surrogate ersetzt. Das ist ein sehr schönes Beispiel für den Möglichkeitsraum solcher Kombinationen: Einerseits das Nutzen im Sinne eines cream skimming von Ermöglichungsfunktionen des Netzes, aber auf der anderen Seite Durchsetzung der eigenen kulturellen Vorstellungen, politischen Vorstellungen auf der Inhalteebene. Freiheitliche, wenn ich das noch sagen darf, freiheitliche Staaten tun sich damit naturgemäß schwerer. Sie bekommen diese Kombination nicht so gut hin, denn sie – und eben wir als Nutzer – wollen ja gerade auch die Nutzung der amerikanischen Dienste, gegen die eine einheimisch-europäische Konkurrenz bisher gar nicht ernsthaft existiert. Und damit sind die Probleme hier deutlich komplexer als bei einer Great Firewall, die das zu erheblichen Teilen aussperrt und auf der Inhaltsebene versucht, ihr eigenes, systemkonformes und besser kontrollierbares Paralleluniversum zu schaffen. Also: Die chinesische Kombination ist robuster, einfacher in der Struktur. Wir hingegen kämpfen mit dem schwierigeren Versuch, auch diese transterritorialen Anwendungs-Dienste zu nutzen, und gleichwohl – jedenfalls ein Stück weit – europäische Vorstellungen von Persönlichkeitsschutz, divergierende Vorstellung über Hassrede und NS-Propaganda usw. noch durchzusetzen.

Das ist ein wesentlicher Grund für ohne Zweifel auftretende erhebliche Effizienzprobleme der Regulierung, da bin ich ganz bei Ihnen. Vielleicht noch ein Punkt dazu, ob die kulturellen Unterschiede, die Sie, Herr *Schoch*, hervorgehoben haben, etwas mit unserem Grundrechtsverständnis zu tun haben, mit dem Dreiecksverhältnis der Schutzpflichtkonzeption, welche die Amerikaner so nicht kennen. Gewiss gibt es hier signifikante Unterschiede in verfassungsrechtlichen Grundpositionen. Allerdings liegen sie doch möglicherweise eher auf der materiellen – damit freilich natürlich auch oder sogar umso mehr rechtskulturell geprägten – Seite, etwa bei den divergierenden Privatheitsschutzkonzepten, denn im verschiedenen dogmatischen Zugriff. So muss man etwa sehen, um das Bild vollständig zu bekommen, dass es an anderen Stellen auch scharfe und rigide US-amerikanische Schutzvorstellungen gibt, die sich nur nicht auf das First Amendment, also auf die Meinungsfreiheit beziehen. Bei den Glückspielfragen und auch beim Copyright, beim geistigen Eigentum, ist die amerikanische Position keineswegs die liberalste der Welt. Da gibt es berühmte Konstellationen und Fälle, die zeigen, dass es sich bei den divergierenden Schutzkonzepten im Grunde um ein globales Puzzle handelt, wo jeweils unterschiedliche Rechtsvorstellungen zu diesen Konkurrenzen und Maßstab- ebenso wie Anwendungsproblemen führen. Aber es ist nicht einseitig so, dass die USA durchweg für das liberale Modell und andere Staaten für Restriktion stehen. Um noch ein Beispiel anzuführen: Etwa bei erotischen oder sexuellen Darstellungen mit Minderjährigen in virtueller Form, Manga-Comics usw., hat Japan eine deutlich lockerere Rechtskultur als die USA.

Herr *Ger mann*, ganz kurz zu dem zweiten Punkt und ihrer Frage: Gibt es dogmatische Veränderungen aufgrund dieser Problematik? Ich habe versucht, deutlich zu machen: Ja, die gibt es. Ich habe das nur knapp tun können. Sie finden z. B. im Zivilrecht, bei den Lokalisierungsanknüpfungen im Urheberrecht, statt. Es gibt in schneller Folge juristische Innovationen, um das Kontrollverlustproblem besser in den Griff zu bekommen und zugleich die extraterritorialen Auswirkungen eigener Jurisdiktion in Grenzen zu halten. Wir kommen kaum noch nach bei der Verfolgung dieser, in der Rechtsprechung vor allem, entwickelten dogmatischen Adjustierungen zur besseren Problembewältigung. Etwa, wenn ich nur ein Beispiel nennen kann, auf der Rechtsfolgenseite. Ich hatte von den Rechtsfolgen gesprochen, wenn es dann doch darum geht, die extraterritorialen schädlichen Auswirkungen enthemmter Jurisdiktionskonkurrenz ein Stück weit einzufangen. Das kann man bei Schadensersatzansprüchen ganz gut machen, indem man sie verrechnet. Wenn also in mehreren Jurisdiktionen jeweils Schadensersatzansprüche oder Entschädigungsansprüche anfallen, dann müssen sie gegeneinander verrechnet werden, damit es nicht zu einer

Doppelbelastung mit Schäden kommt als Folge dieser multiplen Jurisdiktionsbeanspruchung verschiedener Jurisdiktionen. Das ist nur ein – eher kleines – Beispiel für dogmatische Fortentwicklungen. Ob die neuen Instrumente und dogmatischen Verschärfungen nun eigentlich Reterritorialisierung anzeigen oder es nicht immer schon – heute nur perfektioniertere – Territorialität war, darüber kann man natürlich diskutieren. Aber die Entwicklung ist schon erkennbar, im Sinne einer Verschärfung, einer Zunahme solcher territorialen Rechtsbehauptungen; daher halte ich diesen Begriff für durchaus treffend.

Der dritte Anmerkungs-Komplex, Herr *Murswiek* und *Ralf Müller-Terpitz*, betrifft die Privatisierung von Regelsetzung zur Beherrschung vor allem auch des Konzernproblems, dieser Inpflichtnahme der großen vier US-Konzerne, vor allem durch Absprachen, Deals und Codes of Conduct, die es auf europäischer Ebene mittlerweile gibt und ein bisschen früher schon auf nationaler Ebene: Heiko Maas, der Justizminister, hat das da in der Tat in die Wege geleitet. Du, *Ralf*, hattest das eher positiv gesehen, Herr *Murswiek* deutlich kritischer. Es – also die Etablierung kooperativer und informeller Instrumente – ist offensichtlich ein wirkliches Phänomen, sie findet statt. Die Koregulierung wird europapolitisch als eine Art Königsweg angesehen, der auch etwa in der neuen Audiovisuelle-Mediendienste-Richtlinien-Diskussion groß im Kurs steht. Erkennbar ist das Motiv der Kommission – und hier liegen die Parallelen zum transnationalen Konzept der Selbstregulierung –, zu reagieren auf die Wirkungs- und Durchsetzungsprobleme bei der Disziplinierung der großen globalen Konzerne, gerade auch wegen der Lock-in-Effekte, weil man, wie schon erläutert, diese Dienste der Informationsgesellschaft ja will und nicht, wie die Chinesen, aussperren will. Das ist natürlich ein Dilemma, das ohne Einbeziehung der Diensteanbieter realistisch nicht zu bewältigen ist. Und in dieser Situation scheint dieses Halbinformelle, mit mehr oder weniger Drohung in der Hinterhand, „wir können auch noch anders, aber wir versuchen es im Gespräch mit euch und wir schließen diese Deals ab“, offenbar ein für gangbar gehaltener Weg. In den Verhaltenskodizes steht, dass das Unternehmen binnen 24 Stunden nach Meldung eines Hassrede-Kommunikats löschen muss. Ich habe mit dieser nun immer weiter ausgebauten Selbstlöschungsautomatik durchaus Schwierigkeiten. Sie ist vielleicht unter Effizienzgesichtspunkten ein Weg, die Konzerne ein Stück weit zu einem Verhalten zu bringen, das unseren Vorstellungen näher liegt, vielleicht sogar wirksamer als irgendwelche härteren rechtlichen Maßstäbe und Durchsetzungsversuche. Aber die Kosten sind rechtsstaatlich hoch, da teile ich Herrn *Murswicks* Kritik. Diese Privatisierung führt zu Rechtsschutzverlusten. Das Modell des Google-Urteils, also der Selbstzensur, das aber letztlich zurückgeht auf das Störerhaftungsmodell, also ein privatrechtliches

Modell, das ist Gefahrenabwehr durch Zivilrecht, ohne Behörden, die eine öffentlich-rechtlich fundierte Grundrechtsabwägung vornehmen, sondern eine Selbstentscheidung darüber, ob das angegriffene Kommunikat nun noch von der Kommunikationsfreiheit gedeckt ist oder ob es schon zu weit in Persönlichkeitsrechte eingreift. Dieser Selbstzensurvorwurf ist nicht neu, er ist im Zusammenhang des Google-Urteils weithin erhoben worden. Aber diese Logik wird eben mehr und mehr zum Modell, auch in diesen Codes of Conduct, also einer Selbstregulierung, die eher notdürftig irgendwie durch Regulierung noch begleitet und rechtsschutzdefizitär ist, mithin zu einer Gestaltung, die man als Problem erkennen muss. Es handelt sich aber jedenfalls um eine Strategie, die derzeit verfolgt wird, um diese Wirksamkeitsprobleme, diese Effizienzschwächen rechtlicher Maßstabsetzung und Kontrolle gegenüber massenhafter digitaler Kommunikation unter Nutzung transterritorialer Dienste in den Griff zu bekommen. Ich hoffe, ich habe im Wesentlichen – sicherlich ohne die notwendige Gründlichkeit – die Punkte angesprochen, die an mich adressiert waren. Ich darf dem Vorstand vielleicht doch am Schluss noch einmal danken für dieses für mich sehr reizvolle Thema. Ich bin zwar mit kommunikations- und medienrechtlichen Fragestellungen auch sonst häufiger befasst, habe aber hier doch die Gelegenheit bekommen, in einer Weise vertieft in die Probleme einzutauchen, die für mich viele, viele neue Erkenntnisse zutage gefördert hat, für die ich sehr dankbar bin. Herzlichen Dank.

**Arno Kahl:** Entterritorialisierung kann man vertikal denken, und man kann sie horizontal denken. Das ist, glaube ich, bei den verschiedenen Referaten sehr gut zum Ausdruck gekommen, und mir kommt es so vor, als hätte ich diesbezüglich ein bisschen einen einzigartigen Zugang gewählt. Ich habe sie vor allem einmal horizontal gedacht. Damit tritt bei mir aber das fremde Recht in den Mittelpunkt und insofern prägt das jetzt auch die Antworten. Dann sind die Begriffe Entterritorialisierung und Reterritorialisierung nämlich anders besetzt. Man schaut: Kommt fremdes Recht in einer anderen Jurisdiktion irgendwie – deswegen habe ich ein weites Begriffsverständnis zugrunde gelegt – zur Anwendung? Entfaltet es dort irgendwie Wirkung?

Bei diesem Begriffsverständnis habe ich kein Recht auf Entterritorialisierung, um auf die erste Frage einzugehen. Ich habe „ganz normal“ im WTO-System oder im System der EU ein Recht auf Nichtdiskriminierung oder, wie es auch im TBT-Übereinkommen oder im GATS steht, als Staat das Recht, dass keine unnötigen Handelsbeschränkungen aufgebaut werden. Oder ich verstehe die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote und habe einen noch weitergehenden Schutz. Aber ein Recht auf Entterritorialisierung in dem Sinn hat der Einzelne oder das Unternehmen nicht.



Die Frage nach den strukturellen Bindungen für Entterritorialisierung und Reterritorialisierung ermöglichen mir bei meinem Zugang keine einheitliche Antwort, weil ich ja zwei Formen der Entterritorialisierung unterschieden habe. Ich habe versucht, deutlich zu machen, dass die Erstreckung schlicht und ergreifend ein Machtinstrument ist. Ich glaube, viel mehr ist es nicht. Wer kann sie sich denn leisten? Die USA, die EU und BRICS-Staaten; und von den BRICS-Staaten auch nicht alle, solange es wirtschaftlich nicht weiter bergauf geht. Das wäre der eine Teil. Der andere ist die Anerkennung: Wenn ich über strukturelle Grundlagen spreche – das ist auch zum Ausdruck gekommen, allerdings vielleicht ein bisschen verdeckt –, ist wichtig, dass die Anerkennung natürlich Grenzen hat, und darin spiegeln sich auch strukturelle Vorbedingungen. Ein Staat muss nicht anerkennen, wenn es dem *ordre public* widerspricht. Oder – ich habe nur das GATT genommen, es gibt ja mehrere Beispiele im internationalen Wirtschaftsrecht – die Anerkennung von Enteignungen: Wenn diese im enteignenden Staat schon vollzogen sind, dann erkennen sie die anderen Staaten an, wenn nicht, machen sie sich aber nicht zum Büttel und enteignen für den anderen Staat oder treiben für ihn Steuern ein. Das sind Grenzen, das sind strukturelle Grenzen. Ich kann direkt oder indirekt enteignen, Gesellschaftsrechte enteignen – auch hier liegen bei der Anerkennung je und je Grenzen und strukturelle Vorbedingungen. Was auch nicht geht, wo also auch eine Grenze liegt, ist der ursprüngliche Artikel 16 im Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie, der zur Anerkennung des Herkunftslandprinzips ohne irgendwelche Harmonisierungen gezwungen hätte. Insofern habe ich auch betont, dass Harmonisierungen Voraussetzungen für diese Art der Entterritorialisierung sind, wie ich diese verstanden habe.

Zum nächsten Punkt, ob wir einen Gleichlauf von Wirtschaft und Staat haben – ich glaube schon. Ich habe auch versucht, das historisch zu belegen. Früher waren es die Stände. Die sind dann verschwunden und der Staat ist von der Wirtschaft abhängig geworden. Das mag man auf die Formel bringen „Geht’s der Wirtschaft gut, geht’s uns allen gut“, wie es in Österreich in der Werbung heißt. Den Gleichlauf sehen Sie aber mittlerweile auf einer ganz anderen Ebene auch: die Vernetzung, das Lobbying, die Institutionen. Man kann nach Ausübung einer sehr hohen Funktion in der EU auch zu Goldman Sachs wechseln. Das ist die Bank, die Griechenland in den Euroraum gebracht hat. Es wird auch die Frage gestellt: Ist das Silicon Valley die neue Wallstreet, was die Macht bei der Gesetzgebung im Hintergrund, im Schatten, angeht? Also, ich glaube schon, dass es da einen Gleichlauf gibt, der aber über die Formel „Geht’s der Wirtschaft gut, geht’s uns allen gut“ hinaus reicht. Das mag man durchaus auch kritisch sehen. Wenn Apple 13 Milliarden Euro Steuern in der EU bezahlen muss, dann sind das 13 Milliarden, die den US-Amerikanern verlorengehen, weil die

USA für im Ausland bezahlte Steuern Gutschriften ausstellen. Nichts anderes als der Kampf um 13 Milliarden Euro ist das Apple-Verfahren zunächst einmal. Apple hat 181 Milliarden Dollar weltweit geparkt und davon keinen Dollar Steuer gezahlt. Deswegen verhandeln sie jetzt, ob sie dieses Geld – nicht zu den üblichen 35%, sondern vielleicht zu 10% – in den nächsten Jahren in die USA rückführen. Das wird nicht freiwillig gemacht. Vielmehr greift eine Facette, die ich erwähnt habe: Apple hat Angst, in Amerika nicht mehr als Corporate Citizen zu gelten, als ein ordentliches Unternehmen, das auch seine Steuern bezahlt. Die Frage ist dann natürlich: Wo? Und da scheint Amerika besser.

Die nächste Frage war, ob in Bezug auf CETA und TTIP rechtsstrukturelle Unterschiede bestehen. Ich glaube schon. Ich glaube, dass die in den nicht-tarifären Handelshemmnissen deutlich zum Ausdruck kommen. Es geht darum, wie man mit Ungewissheit umgeht. Wer entscheidet darüber, ob 82 Pestizide in der EU dann zugelassen werden, die wir nicht zugelassen haben, weil sie potenziell krebserregend sind? Das muss man klären, das muss die Wissenschaft klären. Und da haben die USA einen anderen Zugang als die EU mit ihrem Vorsorgeprinzip. Nichts ist bewiesen, aber man geht mit Unwissenheit anders um. Dass Österreich der massivste Gegner von TTIP ist, obwohl wir ein Exportland sind, das hat – ich sage das ganz offen – meiner Meinung nach mit populistischen Strömungen zu tun, und nichts anderem. Da besteht auf der Ebene der Bevölkerung über weite Strecken einfach ein Informationsvakuum, was die eine Seite betrifft, weil die Regierung nicht informiert. Was die andere Seite betrifft: kein Vakuum, ein Überangebot an kritischen Stellungnahmen, weil die NGOs sich grenzüberschreitend vernetzen. Und ich höre Interviews, die CETA betreffen, und argumentiert wird mit TTIP. Es weiß ja niemand, wo die Unterschiede liegen. Und insofern ist man halt einmal aus dem Bauch heraus dagegen.

Die Frage, ob staatliche Steuerung der Wirtschaft noch möglich ist – in Wahrheit ist das die Frage nach der WTO, bzw. ob man denn überhaupt, ob die Staaten ihre Wirtschaft global in ein einheitliches Korsett zwingen wollen oder froh sind, wenn die eigene Wirtschaft floriert, auch wenn sie auf anderem Territorium Schäden anrichtet. So sind ja auch Exportkartelle nicht verboten. Entwickelte Staaten mit einer entwickelten Rechtsordnung wehren sich gegen Kartelle, die hereinwirken. Sie verbieten es den eigenen Unternehmen aber nicht, Kartelle zu bilden und mit diesen dann – schädlich für die Wirtschaft dort – in nicht so entwickelte Länder zu gehen, die kein Kartellrecht, die keine Behörden haben, keinen effektiven Vollzug. Und dort richten heimische Kartelle Schäden an. Das wird in der Literatur auch kritisiert. Dass sich private Normsetzung – so, wie bei Google, wenn es dort einen Beirat gibt – über die Jahre durchsetzen kann, glaube ich schon. Wir haben das auch in der Datenschutzgrundverordnung mit

dem Marktortprinzip, mit dieser Erstreckungswirkung. Dabei geht es auch darum, ob es in Zukunft vielleicht globale Standards werden, einfach aus der Faktizität heraus, dass sich ein Unternehmen nicht mit 20 verschiedenen Datenschutzrechten herumschlagen kann. Vielleicht setzt sich deswegen ja die Datenschutzgrundverordnung durch. Das ist ein faktisches Argument. Auch bei TTIP besteht die Überlegung: Schließen wir es ab, damit die EU und die USA mit der Standardsetzung dran sind, bevor das die Chinesen übernehmen. Es ist ein Wettlauf um Standardisierung, um private Normsetzung, um künftige Marktanteile.

Eine nur kurze Bemerkung, weil es ja schon am Vormittag vorgekommen ist, zu dem Verständnis, dass man Entterritorialisierung sozusagen zu sehr aufbläht, da das ohnehin alles nur Zuständigkeitsfragen sind. Ich habe das Thema Entterritorialisierung *im* Wirtschaftsrecht gehabt, nicht *des* Wirtschaftsrechts. Ich habe dieses „im“ ernst genommen, das mag man so sehen, muss man aber natürlich nicht. Wenn man das aber macht, muss man in die Rechtsordnung eintauchen, in das positive Recht, und schauen, was es da für Mechanismen gibt, wie fremdes Recht auf fremde Jurisdiktionen wirkt. Das war mein Zugang. Und wenn man dann die Lotus-Entscheidung in einem Atemzug nennt: Die Lotus-Entscheidung wird ja heute gerade kritisiert, weil eine so hohe wirtschaftliche Verflechtung besteht. Die Entscheidung ist von 1927 – sie ist auch am Vormittag schon vorgekommen. Vielleicht ist das alles nicht mehr so kompatibel mit der heutigen Welt.

Ob Erstreckung und Anerkennung als Kategorien erschöpfend sind, habe ich mich natürlich auch gefragt. Aber mein Zugang war eben – das habe ich am Anfang bei der Begriffsbildung gesagt –, dass ich transnationales Recht, Rechtspluralismus zunächst einmal ausklammere. Natürlich kommt das bei mir dann wieder vor, wenn es um die Anerkennung von Standards geht, die hybride oder auch private Einheiten schaffen. Es muss aber irgendeinen Akt geben, mit dem ein Staat sagt: Diese Standards – und dann kommt mein weiterer Begriff – erkenne ich an. Wenn ich einen engen Anerkennungs-begriff verwende, dann komme ich mit meiner Sichtweise nicht weiter. Ein enger Begriff der Anerkennung war früher einfach: ein fremder Akt kann innerstaatlich vollstreckt werden. Ich habe deswegen einen weiten Anerkennungs-begriff und sehe all die erwähnten Phänomene dort umfasst.

Noch zwei Bemerkungen: Die Frage nach der Effektivität der Herkunftslandkontrolle führt zu einem Begriff, den ich am Ende gerne in den Mittelpunkt stellen würde. Ich habe mir gedacht, er kommt am heutigen Tag deutlicher heraus. Er ist im Referat auch vorgekommen. Das ist das gegenseitige Vertrauen, so einfach das klingt. Effektivität bei der Herkunftslandkontrolle besteht natürlich überhaupt nicht, wenn es dem Staat, der kontrolliert, egal ist, was seine Wirtschaft auswärtig macht. Das war ja der ursprüngliche Zugang bei der Dienstleistungsrichtlinie. Der Scha-

den ist dann woanders, die Legitimitätsquelle beim nationalen Wahlvolk. Insofern braucht es vorher eine Harmonisierung, es braucht das Vertrauen, dass diese Rechtsnormen ordnungsgemäß vollzogen werden. Ansonsten ist, könnte man sagen, in Bezug auf die Kontrolle gar nichts effektiv. Das Gleiche gilt hinsichtlich Entterritorialisierung und Demokratie: Es hat mit Vertrauen zu tun. Wenn Staaten ihre Bevölkerung nicht mitnehmen, dann wird das Vertrauen irgendwann verloren gehen.

Damit komme ich zum letzten Punkt: Wir haben derzeit das Problem, dass das Vertrauen verlorengeht. Die Bevölkerung in Europa macht über erhebliche Strecken nicht mehr mit. Ich weiß, dass der Brexit viel mehr Gründe hat, ich weiß, dass die Ablehnung von TTIP viel mehr Gründe hat. Aber es geht mittlerweile schon darum, dass Mitgliedstaaten EU-Recht als – ich zitiere namhafte Wissenschaftler – „oktroiiertes Recht“ empfinden. Das heißt aber nichts anderes, als dass die Bevölkerung, die demokratische Ebene, verlorengegangen ist. Man muss sich, meiner Meinung nach, um das wieder kümmern. Und wenn man die Apple-Entscheidung zeitlich nicht ganz entkoppelt sieht, dann kann man darin auch eine Reaktion auf den Brexit sehen. Im Grunde trifft die Kommission eine Entscheidung, wie sie ein Populist nicht besser treffen hätte können. Sie zähmt einen internationalen Konzern und zwingt ihn, 13 Milliarden Euro – so viel kostet das Gesundheitssystem in einem Jahr in Irland – zu bezahlen. Das Problem: Irland will das Geld gar nicht, weil es eine Strategie fährt – mit Apple spätestens seit 1991 – und durch „Steuerzuckerln“ Konzerne anlockt. Das mag unfair den anderen Mitgliedstaaten gegenüber sein. Plötzlich hat die Kommission nun aber auch im Steuerrecht entsprechende Kompetenzen – die Krücke ist das Beihilfenrecht. Das haben wir schon einmal bei der Daseinsvorsorge erlebt. Es geht nicht mehr nur um Wirtschaftsrecht, es geht um politische Steuerung. Wir sehen das in der Daseinsvorsorge etwa an der immer gleichen Angst um die Wasserversorgung.

Damit würde ich diese hinreichende Vertrauensbasis ans Ende meiner Ausführungen stellen. Und ich glaube, dass das, was im Rahmen dieser Vereinigung in den letzten Jahren auf allen Ebenen diskutiert wurde, nämlich die Erfordernisse demokratischer Legitimität auch abseits von Parlamenten, etwa Deliberation, heute in diesen Bereichen – Brexit, TTIP, CETA – ganz schlicht und ergreifend als Gelingensbedingungen in der Praxis aufschlagen. Vielen Dank.

**Franz Merli:** Danke. Bevor ich die Tagung schlieÙe, darf ich noch Herrn *Starck* ans Mikrofon bitten.

**Christian Starck:** Meine Damen und Herren, während dieser Tagung ist schon viel gedankt worden. Den Referenten, den Institutionen, die uns an

den Abenden empfangen haben. Aber noch nicht gedankt worden ist dem Vorstand. Und ich möchte das jetzt im Namen der hier versammelten Mitglieder tun, indem ich erstens den drei Vorstandsmitgliedern danke dafür, dass sie von ihrer Macht, das Thema und die Referenten zu bestimmen, so erfolgreich Gebrauch gemacht haben. Es ist für den Vorstand immer eine große Herausforderung, das Thema zu bestimmen und dann auch die passenden Referenten dazu zu finden. Das ist meines Erachtens sehr glücklich gelungen. Das hat die Diskussion gezeigt. Und zweitens möchte ich danken Frau *Pabel* dafür, dass sie hier vor Ort als zugewähltes Vorstandsmitglied für das Rahmenprogramm gesorgt hat. Sie ist, glaube ich, jetzt nicht hier, aber – ah ja, dann kann ich Sie direkt ansprechen. Und man muss schon sagen, dass es überaus glücklich war, wie wir hier empfangen worden sind, das haben wir weitgehend Ihnen zu verdanken. Und ich möchte den Dank erstrecken auch auf die Mitarbeiter, die wir unten schon gesehen haben bei dem Eingangsbüro und die wir an den Abenden immer mit diesen grünen Plastikwesten gesehen haben und die immer uns davor bewahrt haben, dass wir Abwege gehen. Immer da, wo man falsch hätte gehen können, standen sie und blockierten das. Also vielen, vielen Dank.

**Franz Merli:** Danke, Herr *Starck*. Ich darf mich dem Dank anschließen. Wir haben hier sehr intensive, anregende und lehrreiche Tage verbracht. Wir haben aber vor allem eine sehr herzliche Aufnahme hier gefunden in einer Stadt, die vielleicht nicht allen von uns vorher bekannt war. In gewisser Weise ist Linz auf die mentale Landkarte in unserem Kopf gekommen, auch eine Form der Territorialisierung. Dafür danken wir ganz intensiv. Ich schließe die Tagung und freue mich schon, Sie im nächsten Jahr in Saarbrücken wieder zu sehen. Dankeschön.

