

8° 93 - 1282
WEGE UND VERFAHREN
DES
VERFASSUNGSLEBENS

FESTSCHRIFT FÜR PETER LERCHE
ZUM 65. GEBURTSTAG

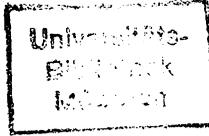
HERAUSGEGEBEN
VON

PETER BADURA
RUPERT SCHOLZ



C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1993

01263356



93 P 406

ISBN 3 406 36488 8

Druck der C. H. Beck'schen Buchdruckerei, Nördlingen
Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
gemäß der ANSI-Norm für Bibliotheken

INHALTSVERZEICHNIS

Der Verfassungsstaat und die Weiterbildung des Verfassungsrechts

<i>Richter des Bundesverfassungsgerichts Professor Dr. iur. Dr. phil. Dr. h. c. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Freiburg:</i>	
Anmerkungen zum Begriff des Verfassungswandels	3
<i>Präsident des Bundesverfassungsgerichts Professor Dr. Roman Herzog, Karlsruhe:</i>	
Der überforderte Staat	15
<i>Chefkorrespondent Die Welt Dr. Herbert Kremp, Antwerpen:</i>	
Wandlungen des Weltmachtbegriffs	27
<i>Staatsminister a. D. Professor Dr. Dr. h. c. Hans Maier, München:</i>	
Überlegungen zu einer Geschichte der Menschenrechte	43
<i>Professor Dr. Albrecht Randelzhofer, Berlin:</i>	
Neue Weltordnung durch Intervention?	51
<i>Bundesminister a. D., MdB, Professor Dr. Rupert Scholz, München:</i>	
Aufgaben und Grenzen einer Reform des Grundgesetzes	65
<i>Professor Dr. Bruno Simma, München:</i>	
Soziale Grundrechte und das Völkerrecht	83
<i>Professor Dr. Klaus Vogel, München:</i>	
Gesetzesvorbehalt, Parlamentsvorbehalt und völkerrechtliche Verträge . . .	95
<i>Präsident der Max-Planck-Gesellschaft Professor Dr. Dr. h. c. Hans F. Zacher, München:</i>	
Erhaltung und Verteilung der natürlichen Gemeinschaftsgüter – eine elementare Aufgabe des Rechts	107

Übermaß und Verfassungsrecht

<i>Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D. Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. Konrad Hesse, Freiburg:</i>	
Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit.	121
<i>Richter des Bundesverfassungsgerichts Professor Dr. Paul Kirchhof, Heidelberg:</i>	
Gleichmaß und Übermaß	133

<i>Professor Dr. Fritz Ossenbühl, Bonn:</i>	
Maßhalten mit dem Übermaßverbot	151
<i>Professor Dr. Dr. h. c. Klaus Stern, Köln:</i>	
Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots	165

Lebendiges Verfassungsrecht

<i>Staatssekretär a. D., Präsident der Klosterkammer, Professor Dr. Axel Freiherr von Campenhausen, Hannover:</i>	
Rechtsprobleme der Theologischen Prüfung	179
<i>Professor Dr. Peter Häberle, Bayreuth/St. Gallen:</i>	
Altern und Alter des Menschen als Verfassungsproblem	189
<i>Professor Dr. Martin Heckel, Tübingen:</i>	
Die staatliche Gerichtsbarkeit in Sachen der Religionsgesellschaften	213
<i>Professor Dr. Dieter Henrich, Regensburg:</i>	
Wertentscheidungen im Wertewandel: Betrachtungen zu Art. 6 Abs. 1 GG	239
<i>Professor Dr. Reinhold Kreile, München:</i>	
Die Sozialbindung des geistigen Eigentums – Ein Beitrag zur Lehre über die Schranken des Urheberrechts –	251
<i>Professor Dr. Dieter Lorenz, Konstanz:</i>	
Wissenschaft darf nicht alles! Zur Bedeutung der Rechte anderer als Gren- ze grundrechtlicher Gewährleistung	267
<i>Staatsminister a. D. Professor Dr. Theodor Maunz, München:</i>	
Verwirkung von Grundrechten	281
<i>Professor Dr. Dr. Dietrich Pirson, München:</i>	
Wissenschaftsfreiheit in kirchlichen Universitäten	289
<i>Professor Dr. Dr. LL h. c. Dr. h. c. Dr. h. c. Claus Roxin, München:</i>	
Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem	301
<i>Richter des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, Mitglied des Bayerischen Senats, Professor Dr. Walter Schmitt Glaeser, Bayreuth:</i>	
... die Antwort gibt das Volk. Verfassungspolitische Erwägungen zur ak- tuellen Plebiszitdiskussion	315
<i>Professor Dr. Heinrich Scholler, München:</i>	
Die Einwirkungen der deutschen Bildungspolitik auf die Gründung der Otto-Universität in Athen	329
<i>Professor Dr. Wolfgang Graf Vitzthum, Tübingen:</i>	
Das Forschungsprivileg im Gentechnikgesetz	341

Bundesstaat Deutschland im vereinten Europa

Professor Dr. Peter Badura, München:

Die „Kunst der föderalen Form“ – Der Bundesstaat in Europa und die europäische Föderation 369

Professor Dr. Dieter Blumenwitz, Würzburg:

Die Souveränität der Bundesrepublik Deutschland 385

Professor Dr. Dr. h. c. Jochen Abr. Frowein, Heidelberg:

Konkurrierende Zuständigkeit und Subsidiarität – Zur Kompetenzverteilung in bündischen Systemen 401

Professor Dr. Hans-Ulrich Gallwas, München:

Bundesgesetzlicher Bezeichnungsvorbehalt im Altenpflegerecht? – Zum Kompetenztitel des Art. 74 Nr. 19 GG 411

Professor Dr. Dr. h. c. Hans Peter Ipsen, Hamburg:

Zur Exekutiv-Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft 425

Professor Dr. Hans D. Jarass, LL. M., Bochum:

Grundstrukturen der Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft 443

Richter des Bundesverfassungsgerichts Professor Dr. Hans H. Klein, Göttingen:

Verfassungskontinuität im revolutionären Umbruch? – Die Verfassung der DDR zwischen dem 7. Oktober 1989 und dem 3. Oktober 1990 – 459

Richter des Bundesverfassungsgerichts Konrad Kruis, Karlsruhe:

Einige Gedanken über die bündische Sorge für das Grundgesetz 475

Professor Dr. Hans Heinrich Rupp, Mainz:

Eigentumsschutz gewerblicher Schutzrechte in der Europäischen Gemeinschaft am Beispiel der Warenzeichenrechte – zur Rechtsprechung des EuGH von Hag I zu Hag II – 487

Präsident der Bundesnotarkammer, Notar Professor Dr. Helmut Schippel, München:

Das deutsche Notariat als Gegenstand europäischer Rechtssetzung 499

Professor Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann, Heidelberg:

Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts 513

Ministerialdirektor a. D. Professor Dr. Manfred Schreiber, München:

Europäische Einigung und Innere Sicherheit 529

Professor Dr. Hans Jürgen Sonnenberger, München:

Auf dem Weg zu einer europäischen Rechtsquellenordnung – Das französische Verständnis rechtsvergleichend skizziert 545

Professor Dr. Christian Starck, Göttingen:

Die deutschen Länder und die auswärtige Gewalt 561

Professor Dr. Ernst Steindorff, München:

Drittwirkung der Grundfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht . . 575

Die Gewährleistung der freien politischen Meinungs- und Willensbildung durch Presse und Rundfunk

Professor Dr. Dr. h. c. Martin Bullinger, Freiburg:

Spartenprogramme im Hörfunk – Studie über einen exemplarischen Konfliktfall 593

Professor Dr. Christoph Degenhart, Münster:

Verfassungsrechtliche Determinanten der Rundfunkfinanzierung – Gestaltungsfreiheit und Systemkonsequenz 611

LL. M., Senator a. D., Rechtsanwalt Professor Dr. Wilhelm A. Kewenig, Frankfurt a. Main:

Telefonische Nachbearbeitung von Abonnementverträgen und Verfassungsrecht 625

Professor Dr. Heinz J. Kiefer, Essen:

Die Freiheitsordnung der Pluralität und die Kommunikation in Europa . . . 637

Professor Dr. Friedrich Kübler, Frankfurt a. Main:

Massenkommunikation und Medienverfassung – Bemerkungen zur „institutionellen“ Deutung der Presse- und Rundfunkfreiheit – 649

Rechtsanwalt, LL. M., Dr. Edgar Kull, Berlin:

„Dienende Freiheit“ – dienstbare Medien? 663

Professor Dr. Hans-Jürgen Papier, München:

Verfassungsrechtliche Fragen des Rechts der Kurzberichterstattung 675

Rechtsanwalt, M. A., Professor Dr. Reinhart Ricker, Frankfurt a. Main:

Öffentlich-rechtlicher Rundfunk durch Kooperation mit Privaten? 693

Präsident der Bayerischen Landeszentrale für Neue Medien Dr. Wolf-Dieter Ring, München:

Gefährdung der Rundfunkfreiheit – Neue Formen staatlicher Steuerung im dualen Rundfunksystem – 707

Mitglied des Bayerischen Senats Professor Dr. Ekkehard Schumann, Regensburg:

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof als Hüter der Rundfunkfreiheit der neuen Medien 721

Professor Dr. Dres. h. c. Eberhard Witte, München:

Entscheidung zu neuen Medien – Pathologie eines Innovationsprozesses – . 737

Rechtsverwirklichung durch Verfahren

- Professor Dr. Michael Kloepfer, Trier:*
 Technikverbot durch gesetzgeberisches Unterlassen? – Zur Entscheidung
 des VGH Kassel vom 6. November 1989 755
- Professor Dr. Franz Knöpfle, Augsburg:*
 Feststellungsinteresse und Klagebefugnis bei verwaltungsprozessualen
 Feststellungsklagen 771
- Professor Dr. Dr. Rudolf Lukes, Münster:*
 Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung der Öffentlichkeitsbeteiligung im
 Gentechnikgesetz 785
- Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D. Professor Dr. Engelbert Niebler,
 München:*
 Plenarentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gem. § 16 BVerfGG . 801
- Rechtsanwalt Dr. Dieter Sellner, Bonn:*
 Die Anordnung der sofortigen Vollziehung durch das Gericht nach § 80a
 Abs. 3 VwGO 815
- Präsident des Bundesverwaltungsgerichts a. D. Professor Dr. Horst Sendler,
 Berlin:*
 Anspruch auf Gehör und Effizienz richterlicher Tätigkeit 833
- Professor Dr. Dr. h. c. Hiroshi Shiono, Tokio:*
 Mittel zur Durchsetzung von Handlungspflichten der Bürger im japani-
 schen Verwaltungsrecht 851

Privatrecht und Wirtschaftsordnung unter den Direktiven
der Verfassung

- Professor Dr. Dr. h. c. Claus-Wilhelm Canaris, München:*
 Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der
 Privatrechtsgesellschaft 873
- Professor Dr. Wolfgang Fikentscher, München:*
 Probleme der Überleitung einer sozialistischen Zentralverwaltungswirt-
 schaft in eine umweltsoziale Marktwirtschaft 893
- Professor Dr. Andreas Heldrich, München:*
 Interlokales Privatrecht im vereinten Deutschland 913
- Professor Dr. Dr. h. c. Werner Lorenz, München:*
 Verbindungslinien zwischen öffentlich-rechtlichem Erstattungsanspruch
 und zivilrechtlichem Bereicherungsausgleich 929

*Präsident des Bundesgerichtshofes Professor Dr. Walter Odersky,
Karlsruhe:*

Kartellrechtliche Kontrolle des Handelns der öffentlichen Hand 949

Professor Dr. Reiner Schmidt, Augsburg:

Rechtliche Möglichkeiten für Privatisierungen im Bereich der Deutschen

Bundespost 965

Bibliographie Peter Lerche 979

PETER BADURA

Die „Kunst der föderalen Form“ – Der Bundesstaat in Europa und die europäische Föderation

1. Der Bundesstaat als territorial und politisch begründete Verwirklichung des föderativen Verfassungsprinzips

a) Die Wiedervereinigung Deutschlands und die bundesstaatliche Verfassungsfrage

Peter Lerches Referat auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Münster im Oktober 1962 nannte in seinem Thema den Föderalismus ein „nationales Ordnungsprinzip“. ¹ *Lerche* erkannte die „Gleichgestimmtheit im Typ der Konfliktsbewältigung“, die föderale „Homogenität im Verfahren“, der die politischen Kräfte durch den Bundesstaat unterworfen werden, als die spezifische Leistung des staatsrechtlich verwirklichten Föderalismus. Diese Leistung wird nicht als Ergebnis bundesstaatlicher Verfassungstechnik verstanden; sie ist Bedingung und Element des normativ geordneten Verfassungslebens, mit dessen Hilfe sich die in der Verfassunggebung erreichte Einigung fortdauernd bekräftigt und so – die Legitimation der Staatlichkeit stetig erneuernd – ein Stück Kunst der föderalen Form, das keine andere Staatsform in dieser Weise bereithält. Die bundesstaatliche Verfassung bewahrt und sichert durch die normative Bindung der Staatspraxis die föderale Einigung, schafft sie jedoch nicht selbst. „Keine föderale Verfassung ersetzt diese Homogenität, und in einem wieder größeren Deutschland könnte sie zu einer bedeutsamen Frage werden.“

Die Wiedervereinigung Deutschlands in der Kontinuität der durch das Grundgesetz gewährleisteten Verfassungsordnung eröffnet eine neue Etappe im geschichtlichen Gang des deutschen Bundesstaates. Mit dem Beitritt der DDR entstanden in zum Teil neuen Grenzen und nach den tiefen Einschnitten der Diktaturzeiten des Nationalsozialismus und des Sozialismus die alten Länder in der Mitte Deutschlands und wurden eine juristische Sekunde nach ihrer Wiederaufrichtung Bundesländer der erweiterten Bundesrepublik. Der Einigungsvertrag hat diesen Vorgang der Verfassungsentwicklung geordnet und, in einigen Hinsichten, auch durch Verfassungsänderungen ermöglicht. Die Last ständig erneuerter Einigung auf den föderativen Typ der Konfliktlösung, die gebotene „fortwährende Erneuerung jenes Vertrauensstandes“, der den verfassungsgebenden Akt getragen

¹ *P. Lerche*, Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip, VVDStRL 21, 1964, S. 66.

hat,² ist damit für die Integration der neuen Bundesländer noch nicht beendet. Der Einigungsvertrag kennzeichnet einen Teil der verfassungspolitischen Aufgaben, die zu den im Zusammenhang mit der deutschen Einigung aufgeworfenen Fragen zur Änderung oder Ergänzung des Grundgesetzes gehören, auch die Fragen in bezug auf das Verhältnis zwischen Bund und Ländern entsprechend dem Gemeinsamen Beschluß der Ministerpräsidenten vom 5. Juli 1990 (Art. 5 EinV). Dieser Beschluß enthält unter der Überschrift „Eckpunkte der Länder für die bundesstaatliche Ordnung im vereinten Deutschland“ eine Zusammenstellung von Themen und Forderungen von weittragender Bedeutung, vor allem im Bereich der Finanzverfassung, im Bereich Gesetzgebungskompetenz und -verfahren und im Bereich der internationalen Beziehungen, einschließlich der europäischen Integration. Dieser Beschluß, sollte er in seinen wesentlichen Postulaten durchgesetzt werden, ist geeignet, die Grundfiguration des deutschen Bundesstaates zu verändern. Die Länder beanspruchen im Prozeß der deutschen Einigung neben dem Bund eine „ihrer Stellung in der Verfassung gemäße, gleichgewichtige Verantwortung“ und sprechen davon, daß das bundesstaatliche Verfassungsprinzip dem Zentralstaat „gleichberechtigte Gliedstaaten“ gegenüberstelle. Weiter heißt es:

„Ein einheitliches Deutschland darf schon von seiner Größe und seinem Gewicht her kein Nationalstaat im historischen Sinne sein. Es wird noch in viel stärkerem Maße ein entschieden föderativ geprägter Bundesstaat sein müssen. Seine künftige Struktur wird stärker als bisher die Eigenstaatlichkeit der Länder mit eigener, nicht vom Bund abgeleiteter, sondern von ihm nur anerkannter staatlicher Hoheitsmacht zur Geltung zu bringen haben.“

Das erstaunliche Dokument föderalistischer Politik, das die Ministerpräsidenten der alten Bundesländer im Juli 1990 verabschiedet haben und das nunmehr dem Gemeinsamen Verfassungsausschuß von Bundestag und Bundesrat³ in die Wiege gelegt worden ist, fällt in eine Zeit, in der die Bundesrepublik mit den anderen Staaten Westeuropas an der Schwelle zu einer erweiterten Europäischen Gemeinschaft in einer neuartigen Europäischen Union steht. Die Stärkung des Bundesrates bei der Befassung mit Vorhaben im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, die für die Länder von Interesse sein können, durch Art. 2 des Zustimmungsgesetzes vom 19. Dezember 1986 zur Einheitlichen Europäischen Akte vom 28. Februar 1986 (BGBl. II S. 1102) markiert die verstärkten Anstrengungen der Länder, Kompetenzeinbußen im Zuge der europäischen Integration entgegenzuwirken. Dieses Bundesratsverfahren, wie auch die Bestrebungen, durch Verfassungsänderung die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen (Art. 24 Abs. 1 GG) von einem Zustimmungsgesetz abhängig zu machen, kommt der Eigenständigkeit der Länder nur mittelbar zugute; beides führt im Hauptpunkt zu einer stärkeren föderativen Bindung von Bundestag und Bundesregierung. Der Verfassungsstreit über die EG-Fernseh-Richtlinie demge-

² P. Lerche aaO, S. 90, 97.

³ Beschluß des Bundestages am 28. November 1991, Sten. Berichte, Plenarprotokoll 12/61, S. 5260 C; Beschluß des Bundesrates am 29. November 1991, Sten. Ber. Plenarprotokoll 637, S. 558 f.

genüber will eine bestimmte Landeskompetenz gegen eine nur von der Bundesregierung bestimmte Europäisierung verteidigen und betrifft daher das eigentliche Hausgut der einzelnen Länder.

Alle diese Schritte und Absichten beschränken sich auf die durch das Grundgesetz oder sonstige Rechtsvorschriften des nationalen Rechts ausgestaltete oder auszugestaltende Form des Bundesstaates. Die Stimme Deutschlands in den Organen der EG und bei der Weiterentwicklung der europäischen Integration soll nicht allein durch Bundestag und Bundesregierung getragen sein. Soweit es um die Vollendung der europäischen Föderation geht, soll damit auch erreicht werden, daß in dem Verfassungsstatut des neuen Europa die Gliedstaaten oder Regionen der Mitgliedstaaten eine eigene, vertragsbegründete Rechtsstellung gewinnen. Diese Zielsetzung, gewissermaßen ein Programmpunkt europäischer Verfassungspolitik, trifft die Dimension, auf die es ankommt. Die künftige Gestalt des Föderalismus in Europa – der Föderation der Staaten wie der Einfügung von Untergliederungen der Staaten in diese Föderation⁴ – ist eine Frage des Gemeinschaftsrechts. Die Antwort, die mit der Formel „Europa der Regionen“ gegeben wird, imaginiert einen Aufbau Europas von der „Region“ (dem Land) über den Mitgliedstaat zur Föderation. Sind dann, wie bisher, nur die Staaten Mitglieder der europäischen Föderation oder haben auch die Regionen (die Länder) einen originären Rechtsstatus, den sie fallweise gegen ihren Staat wenden können?

b) Die föderative Gestaltungsform des Bundesstaates

Der Föderalismus ist ein Prinzip der Gesellschaftsorganisation und der Politik,⁵ das durch verschiedenartige Formen sozialer, staatlicher und internationaler Einigung, Verbindung und Zusammenarbeit verwirklicht werden kann. Der Gestaltungsreichtum des Föderalismus läßt sich weder auf den Bundesstaat noch auf einen Bundesstaat bestimmten Zuschnitts einschränken. Eine staatsrechtliche oder verfassungspolitische Betrachtung kann allerdings bei dieser abstrakten Feststellung nicht stehenbleiben. Daß die Verfassung ein konkreter Gründungs- und Gestaltungsakt durch eine geschichtlich Wirklichkeit gewinnende Einigung ist, ist nirgends augenfälliger als in der bundesstaatlichen Verfassung.

Für die föderative Gestaltungsform des Bundesstaates, wie sie für die deutsche Verfassungsgeschichte charakteristisch ist, kann von der Staatlichkeit und der Verfassungsautonomie der Länder nicht abgesehen werden. Dies folgt nicht aus einer besonderen Theorie des Bundesstaates. Es ist vielmehr die aus Geschichte und politischer Entscheidung gebildete Prämisse jeder für Deutschland gültigen Theorie des Bundesstaates. Diese Prämisse schließt zugleich das den deutschen Nationalstaat transzendierende Merkmal ein, daß der Gliedstatus eines Bundes-

⁴ H. J. Blanke, Föderative Staatsstrukturen und europäisches Gemeinschaftsrecht, in: H. Siedentopf, Hrsg., Europäische Integration und nationalstaatliche Verwaltung, 1991, S. 65.

⁵ R. Altmann, Den Kopf über dem Nebel. Constantin Frantz – vergessener deutscher Klassiker des Föderalismus, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 2. Mai 1991, Beilage Geisteswissenschaften, S. N 3.

staates eine gebietsbezogene Identität aufweisen muß und nicht allein als Produkt zweckhafter Organisation zu föderativer Kraft gelangen kann. „Regionalismus“ ist nicht notwendig eine Erscheinungsform des Föderalismus. Die „Zurückführung des Wesens der bundesstaatlichen Problemlösung auf einen technisch gedachten Gesamtplan, der in erster Linie die Arbeitsteilung, in zweiter das Zusammenwirken und die Einheitlichkeit der Ausführung regelt“, verfehlt den Sinn des Bundesstaates ebenso wie sonstige „verräumlichende und mechanisierende Gedankenbilder“. ⁶ Mag auch die Dezentralisierung bestimmter Aufgaben und Entscheidungen eine funktionelle Vergleichbarkeit mit der äußeren Organisation eines Bundesstaates aufweisen, so kann doch daraus nicht ohne weiteres auf die Wirksamkeit des föderativen Verfassungsprinzips geschlossen werden. Der Föderalismus, sofern er als staatsgestaltendes Prinzip und nicht im Sinn von *Konstantin Frantz* oder *Pierre-Joseph Proudhon* als letztlich antistaatliches Prinzip der Demokratisierung verstanden wird, ist territorial und nicht funktionell bestimmt. ⁷

Der im Bundesstaat verwirklichte Föderalismus ist geschichtlich und politisch eine eigengeartete, ⁸ nicht auf andere Verfassungsprinzipien zurückführbare Form der Staatsgestaltung. Er ist mehr und anderes als „vertikale Gewaltenteilung“ und mehr und anderes als Dezentralisation oder „Regionalismus“. Nur dort, wo regionale Autonomie kulturelle, ethnische oder geschichtliche Zusammengehörigkeit verkörpert, wie in den alten Grafschaften Flandern und Tirol, mag auch die Stufe der Gliedstaatlichkeit nicht erreicht sein, wird das föderative Verfassungsprinzip faßbar. Wenn gesagt worden ist, die klassische – und zukunftsfrüchtige – Formel des Föderalismus sei die der Überbrückung von Territorialstaat und Nationalstaat, ⁹ wird auf die spezifische Leistung föderativer Staatsgestaltung hingewiesen, kulturelle, ethnische oder geschichtliche Verschiedenheit anzuerkennen und in der staatlichen Form zu einer gegliederten Einheit zu führen. Der Bundesstaat ist dadurch mehr als der kooperative Zusammenschluß seiner Glieder; er ist eine eigene und aus eigener Kraft und Legitimation wirkende, d. h. staatliche Einheit. ¹⁰ Eben deshalb ist es auch richtig, daß die föderative Kompetenzordnung nicht als bloße Abgrenzung getrennter Hoheitsräume zu verstehen ist, sondern als wohlverteilte Ordnung und Balancierung der Staatsgewalt. ¹¹

⁶ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, in: *ders.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. Aufl., 1968, S. 119/223.

⁷ H. Krüger, *VVDStRL* 21, 1964, S. 114, 121; P. Lerche, *ebd.*, S. 74, 141; W. Thieme, *ebd.*, S. 121; U. Scheuner, *Struktur und Aufgabe des Bundesstaates in der Gegenwart*, 1962, in: *ders.*, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, S. 415/418, 425 ff.; J. Isensee, *Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz*, *HStR*, Bd. IV, 1990, § 98, S. 517/519, 521.

⁸ Diese Eigenart beruht auf der geschichtlich-konkreten „geistigen Tat“, die G. Dürig, *VVDStRL* 21, 1964, S. 115, als wesensbestimmendes Merkmal erkennt.

⁹ M. Imboden, *VVDStRL* 21, 1964, S. 137.

¹⁰ U. Scheuner *aaO*, S. 417 f., 420; J. Isensee *aaO*, S. 521.

¹¹ J. Isensee *aaO*, S. 629, in Fortführung der Gedanken *Peter Lerches*.

c) Der Bundesstaat als Prinzip der Verfassung und der Entwicklung
des Verfassungsrechts

Das Bundesstaatsprinzip muß sich in der Verfassung mit den anderen Prinzipien der Staatsgestaltung verbinden,¹² vor allem mit der demokratischen Staatsform und der sozialen Staatsaufgabe. Der egalitäre Grundzug der Demokratie, die alle Institutionen der politischen Willensbildung durchdringende Parteidemokratie¹³ und die sozialstaatlich intendierte Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus¹⁴ unterwerfen die bundesstaatliche Ordnung einem fortdauernden Unitarisierungsdruck und Wandlungsprozeß. Übermächtig scheinen der „Parteienbundesstaat“, der Sozialstaat¹⁵ und die Erfordernisse der Rechts- und Wirtschaftseinheit, jetzt zunehmend überlagert durch die Erfordernisse des europäischen Binnenmarktes (Art. 8a Abs. 2 EWGV). Hinzu kommt die von maßgeblicher Seite konstatierte, die Axt an die Wurzel legende Einschätzung, daß die geschichtliche Tradition und Kraft des deutschen Bundesstaates weitgehend versiegt sei: „Wer heute für den Föderalismus eintritt, kann sich nicht mehr auf eine historische gliedstaatliche Eigenständigkeit und eine traditionsbegründete politische Besonderheit der Bundesländer berufen, wie es bei der Reichsgründung 1871 natürlich und bei der Verfassungserneuerung von 1919 noch möglich war“.¹⁶ „Der Bundesstaat des Grundgesetzes dient nur noch in engen Grenzen der Aufgabe der Bewahrung regionaler Vielfalt – deren Substanz verlorengegangen ist – und *bundesmäßiger* Einheitsbildung, derer es angesichts der sachlichen Unitarisierung der Gegenwart kaum noch bedarf“.¹⁷ Die neuere Entwicklung in Deutschland und Europa dürfte eine Überprüfung dieser Urteile erzwingen, wenngleich kaum zu bestreiten ist, daß die bundesstaatliche Tradition allein nicht tragfähig ist. Doch dies war sie auch in den früheren Verfassungsumbrüchen nicht. Die Gestaltungskraft des Föderalismus ist im demokratischen Sozial- und Parteienstaat einem Wandel unterworfen, ist aber nichtsdestoweniger in Deutschland, in der Schweiz und in anderen Bundesstaaten ein Legitimitäts- und Ordnungsprinzip von vitaler Ursprünglichkeit.¹⁸

Aus der Annahme, daß die Voraussetzungen föderativer Einheitsbildung im traditionellen Verständnis in Deutschland weitgehend entfallen seien, leitet *Konrad Hesse* die These ab, die Bundesstaatlichkeit sei unter dem Grundgesetz ein

¹² Siehe *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl., 1991, S. 110ff.

¹³ *J. Isensee* aaO, S. 659ff.; *Th. Maunz/R. Zippelius*, Deutsches Staatsrecht, 28. Aufl., 1991, S. 105f.

¹⁴ *P. Lerche*, Finanzausgleich und Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse, in: Festschrift für Friedrich Berber, 1973, S. 299.

¹⁵ *A. Köttgen*, Der soziale Bundesstaat, in: Festgabe für Muthesius, 1960, S. 19.

¹⁶ *W. Weber*, Die Gegenwartsfrage des deutschen Föderalismus (1966), in: *ders.*, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl., 1970, S. 288/292.

¹⁷ *K. Hesse* aaO, S. 93.

¹⁸ *K. Stern*, Föderative Besinnungen, in: Festschrift für Hans Huber, 1981, S. 319; *P. Badura*, Bewahrung und Veränderung demokratischer und föderativer Verfassungsprinzipien der in Europa verbundenen Staaten, ZSR NF 109, 1990, I S. 115/123ff.

„komplementäres Element der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung“.¹⁹ Die überkommene Funktion föderativer Einheitsbildung trete zurück hinter vielfältige Wirkungen der vertikalen und – mit Hilfe des Bundesrates – horizontalen Gewaltenteilung, der Dezentralisierung und der Auflockerung der inneren Ordnung der Parteien, des Einbaus der Opposition in die demokratische Ordnung und des Schutzes regionaler Minderheiten. Die stärkere Betonung einer funktionalen Deutung schwächt nicht die Rechtfertigung des bundesstaatlichen Aufbauprinzips, gibt ihm aber eine zumindest in wesentlichen Teilen geänderte Grundlage. Die mit funktionalen Wirkungen notwendig verbundene Austauschbarkeit der Mittel, von denen die Wirkungen erwartet werden, verlagert die Betrachtung und Begründung zu den vitaleren Prinzipien der Demokratie und des Rechtsstaates.

Hesse beruft sich darauf, daß die Herausarbeitung der dem bundesstaatlichen Aufbau eigenen gewaltenteilenden Wirkungen, die sich als Vervollständigung der Ordnung des sozialen Rechtsstaats darstellten, dem Gedanken *Lerches* nahekomme, daß der eigentliche Sinn bundesstaatlicher Ordnung in der „Wohlverteilung der Gewalt“ im Sinne einer Homogenisierung der Verfahrensweisen bestehe.²⁰ Das ist nicht von der Hand zu weisen,²¹ läßt aber vielleicht beiseite, daß die funktionale Sicht des Bundesstaates unter dem Blickwinkel einer föderativ gestützten Gewaltenteilung für *Lerche* eine Verkürzung und in gewisser Weise eine Verneinung des föderalen Prinzips ist, das so in die Gefahr gerät, zu einem bloß technischen Kunstgriff hinabzusinken. Das föderale Prinzip kann – so *Lerche* – nicht von der Vorstellung der Gewaltenteilung, also der Freiheit her abstrakt legitimiert werden; denn „Maß“, föderal gelesen, heißt primär nicht „Mäßigung“, nicht Machtentschärfung, sondern „Angemessenheit“, politische Kraft.²²

Ein bisher wenig beachteter Gedanke *Lerches* ist der innere Zusammenhang, den er zwischen dem föderalen Prinzip, der Verfassungsgebung und dem Verfassungswandel herstellt.²³ Die bundesstaatlichen Verfassungsnormen, verstanden als Regulative der Konfliktlösung, sind danach darauf angelegt, einen Prozeß permanenter Verfassungsfortbildung zu ermöglichen, zu leiten und zu legitimieren, nämlich jene Einigung und jenen Vertrauenstatbestand fortwährend zu erneuern, in denen sich die Verfassungsgebung verkörpert. Ist das nicht – so wird gefragt – ein Stück stetig erneuerter Legitimation der Staatlichkeit schlechthin? Das ist – so wird geantwortet – ein Stück Kunst der föderalen Form, das keine

¹⁹ *K. Hesse*, *Der unitarische Bundesstaat*, 1962; *ders.*, *Grundzüge aaO*, S. 91 ff., 110 ff.

²⁰ *K. Hesse*, *Grundzüge aaO*, S. 94 Anm. 12.

²¹ *P. Lerche*, *Föderalismus aaO*, S. 78, allerdings sogleich unter einschränkender Bezugnahme auf *U. Scheuener*, *Struktur und Aufgabe aaO*.

²² *P. Lerche*, *Föderalismus aaO*, S. 80, 83, 141.

²³ *P. Lerche*, *Föderalismus aaO*, S. 90, 97, 99 f. Im Neugliederungsstreit brachte das Land Hessen, unterstützt von Rechtsgutachten *Hans Schneiders* und *Peter Lerches*, u. a. vor, die Neugliederung des Bundesgebietes sei als „eine ergänzende Verfassungsgebung“ Aufgabe des Gesamtstaates Bundesrepublik Deutschland (BVerfGE 13, 54/61). – Siehe auch *P. Lerche*, *Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum*, in: *Festgabe für Theodor Maunz*, 1971, S. 285.

andere Staatsform in dieser Weise bereithält, das daher auch beim Verblässen der territorialen Staatlichkeiten seinen Wert behalten kann, freilich nach wie vor territorialer Wahlen und Abstimmungen als Stütze bedarf. Die föderale verfassunggebende Gewalt kann sich, gerade weil sie in Prozeß gesetzt gedacht wird, allmählich auf eine andere, z. B. mehr unitarische Grundlage umstellen.

Diese Auffassung vom Bundesstaat, der dem bündisch verfaßten Zusammenspiel der Kräfte in einer föderativen Version des Vertragsgedankens eine generative Aufgabe für die Bildung und Fortbildung des Verfassungsrechts zuspricht, kann unschwer als eine Aufnahme der *Smend'schen* Integration identifiziert werden. Sie setzt allerdings nicht auf ein abstraktes plébiscite de tous les jours der egalitären Staatsbürgergesellschaft. Kern des konstitutionellen Prozesses ist ein Verfahren der Vermittlung, das den beteiligten Gruppen und Institutionen eine Ordnung angemessener Verträglichkeit und Rücksichtnahme auferlegt. „Nicht in begrifflichen Festlegungen um ‚originäre‘ Gewalt oder Gleichordnung, sondern in dem beweglichen Spiel der Kräfte und im Gleichgewicht unitarischer und föderaler Momente ist das wirkliche Dasein des Bundesstaates zu erfassen“.²⁴

d) Verfassungspolitik in den neuen Bundesländern

Wird die dem Bundesstaat eigene Dynamik als ein Element der bundesstaatlichen Verfassung verstanden, können die staatsrechtlichen und verfassungspolitischen Bedingungen föderativer Ordnung klarer erfaßt werden. Ebenso wenig wie die Verfassung ist der Bundesstaat ein Zustand oder ein abschließend in Begriffen erfaßbares System; was für die Koalitionsfreiheit gilt, nämlich „unfertig verfaßt“ zu sein,²⁵ gilt ebenso für den Bundesstaat. Den Organen des Bundes und der Länder stellt das föderale Prinzip eine Aufgabe, die fortdauernder gemeinsamer Anstrengung bedarf, nicht nur die Hege von „Gärten der Vergangenheit“.²⁶ Die Wiedervereinigung Deutschlands hat die Stärke des Bundesstaates vor Augen geführt,²⁷ in der entschiedenen Politik des Bundes, der das Gemeinsame und damit das nationale Interesse zu wahren hatte, wie in der Neukonstituierung der Länder im Osten, die den aufgezwungenen Einheitsstaat sozialistischer Diktatur zerbrach. Das eine konnte nicht ohne das andere zum Erfolg führen.

Die mit Eifer und Enthusiasmus ergriffene Notwendigkeit der Verfassunggebung in den neuen Ländern ist zuerst ein Vorgang, in dem politische und kulturelle Identität in territorialer Anknüpfung an die föderale Tradition angestrebt

²⁴ U. Scheuner, Struktur und Aufgabe aaO, S. 424.

²⁵ P. Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968; ders., Koalitionsfreiheit und Richterrecht, NJW 1987, 2466.

²⁶ P. Lerche, Stil, Methode, Ansicht – Polemische Bemerkungen zum Methodenproblem, DVBl. 1961, 690.

²⁷ H. Klatt, Deutsche Einheit und bundesstaatliche Ordnung, VerwArch. 1991, S. 430; E. Klein, Bundesstaatlichkeit im vereinten Deutschland, in: Kirchhof/Klein/Raeschke-Keßler, Die Wiedervereinigung und damit zusammenhängende Rechtsprobleme, 1991, S. 23; H.-P. Schneider, Die bundesstaatliche Ordnung im vereinigten Deutschland, NJW 1991, 2448.

wird.²⁸ In dieser besonderen geschichtlichen Situation des deutschen Bundesstaates lassen sich die verfassungspolitischen Kriterien des Westens nicht schematisch anwenden, etwa in der Frage der Staatszielbestimmungen oder sonstiger Aufgabennormen²⁹ in der Verfassung. Sofern die verfassungspolitischen und bundesstaatsrechtlichen (Art. 28 Abs. 1, Art. 31 GG) Grenzen des Landesverfassungsrechts klar zum Ausdruck gebracht werden, spricht nichts dagegen, die Grundsätze des staatlichen Handelns und die vorrangig wesentlichen Ziele der Wirtschafts-, Sozial- und Umweltpolitik in den neuen Landesverfassungen niederzulegen und dabei auch neuen Vorstellungen Raum zu geben. Die Einwände gegen eine entsprechende Novellierung des Grundgesetzes lassen sich nicht in voller Breite auf die Verfassungspolitik eines Landes übertragen. Die Wiedererrichtung der Länder nach der Wiedervereinigung Deutschlands und die besonderen Bedingungen der wirtschaftlichen Rekonstruktion nach dem Zusammenbruch des sozialistischen Wirtschaftssystems geben gute Gründe dafür, in die neuen Landesverfassungen derartige Staatszielbestimmungen aufzunehmen. Vielleicht könnte es sich empfehlen, die allgemein gefaßten Staatszielbestimmungen in einzelnen besonders dringlichen Sachgebieten, z.B. Umweltschutz, wirtschaftlicher Wiederaufbau, mit spezifizierten Gesetzaufträgen zu verbinden. Dadurch könnten die berechtigten Erwartungen der Menschen auf eine energische und rasche Lösung der dringenden Lebensbedürfnisse durch die politischen Institutionen des Landes eine faßbare Aussicht erhalten.³⁰

2. Deutschland und das föderativ verfaßte Europa

a) Bund und Länder

Der Bundesstaat des Grundgesetzes ist ein in Länder gegliederter, auf den Ländern aufgebauter Staat. Er ist nicht ein Zusammenschluß der Länder, die sich eine gemeinschaftliche Zentraleinrichtung für diejenigen Aufgaben geschaffen haben, die das Wirkungsfeld und Leistungspotential der einzelnen Länder übersteigen. Seit dem Ende der konstitutionellen Monarchie und der Neukonstituierung des Reichs als Demokratie ist es das „Deutsche Volk“, das – „einig in seinen Stämmen und von dem Willen beseelt, sein Reich in Freiheit und Gerechtigkeit zu erneuern und zu festigen...“ – kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt seinem

²⁸ R. Dudek/W. Grandke, Ländereinführung und Landtagswahlen in der DDR 1990, 1990; H. J. Boehl, Landesverfassungsgebung im Bundesstaat, Staat 1991, S. 572; J. Linck, Die vorläufigen Verfassungen in den neuen Ländern, DÖV 1991, 730; A. von Mutius/Th. Friedrich, Verfassungsentwicklung in den neuen Bundesländern – zwischen Eigenstaatlichkeit und notwendiger Homogenität, StWStPr. 2, 1991, S. 243; K. Vogelgesang, Die Verfassungsentwicklung in den neuen Bundesländern, DÖV 1991, 1045.

²⁹ P. Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR 90, 1965, S. 341.

³⁰ P. Badura, Stellungnahme in der Anhörung von Sachverständigen zu dem Entwurf einer Verfassung des Freistaates Sachsen vor dem Verfassungs- und Rechtsausschuß des Sächsischen Landtags am 15. Juli 1991, II. 3. d.

Nationalstaat nach Kriegen, Diktatur und Zusammenbruch zweimal eine neue Verfassung gegeben hat. Deutlicher als die Präambel der Weimarer Reichsverfassung betont die Präambel des Grundgesetzes den bundesstaatlichen Charakter des deutschen Staates. Doch kann auch für das Grundgesetz und die Auslegung seiner bundesstaatlichen Aufgabenverteilung nicht zwischen einem Zentralstaat und dem Gesamtstaat unterschieden werden.³¹ So wie das Phänomen des Föderalismus aber nicht allein vom Gesamtstaat her erklärt werden kann und sich überhaupt einer nur zweckrationalen und funktionalen Deutung und Rechtfertigung verschließt, so kann der staatsrechtlich verwirklichte Föderalismus nicht primär von den Gliedstaaten her verstanden werden. *Lerches* Gedanke der Homogenität in Verfahren der Konfliktlösung setzt daher eine materielle Einheit und Kraft voraus, die erst jene „Homogenität“ begründet.³² Es verrät deshalb vielleicht eine gewisse Einseitigkeit des Blickwinkels, wenn die bundesstaatliche Zentralität gegen die föderative Ordnung ausgespielt und die Zentralgewalt mit einem Rechtfertigungsdruck belastet wird.³³ *Lerche* hat sich stets von allen begrifflichen Abgrenzungen und Positionsbestimmungen ferngehalten und ist der staatsrechtlichen Fruktifizierung des Subsidiaritätsprinzips oder sonstigen Vorstellungen des Primats der kleineren Einheit entgegengetreten.³⁴ Das ist durchaus folgerichtig, wenn die bundesstaatliche Staatsform als Ausdruck einer ebenso eigentümlichen wie kontinuierlichen Legitimation der Staatlichkeit aufgefaßt wird, die andere Staatsformen entbehren. Dementsprechend zeigt sich in der auf Kompromiß, Verzicht, Verständigung zielenden Notwendigkeit der Gliedstaaten, miteinander und mit dem Bund zu kooperieren, nicht ein unvermeidliches Übel, sondern ein besonderer Vorzug der bundesstaatlichen Staatsform.³⁵

b) Die bundesstaatliche Balance

Der Föderalismus der von den Ministerpräsidenten am 5. Juli 1990 beschlossenen „Eckpunkte der Länder für die bundesstaatliche Ordnung im vereinten Deutschland“, den dann Art. 5 des Einigungsvertrages zu einer Direktive der Verfassungspolitik erhoben hat, ist von dem Bundesstaat der deutschen Geschichte und des Grundgesetzes weit entfernt. Die Vorschläge der Kommission „Verfassungsreform“ des Bundesrates gehen diesen Weg noch weiter. Die angestrebten Änderungen des Gesetzgebungsverfahrens und die angestrebte Erweiterung des Kreises der zustimmungsbedürftigen Bundesgesetze legen der politischen Kraft des Bundestages, der gewählten Volksvertretung, schwer erträgliche Zügel an. Dies ist nicht mehr nur ein Thema des Bundesstaates und der Rolle des Bundesrates als gesetzgebender Körperschaft, sondern ein Thema der parlamentarischen

³¹ BVerfGE 13, 54/77 ff.

³² U. Scheuner, VVDStRL 21, 1964, S. 122 f.

³³ H. Maier, Der Föderalismus – Ursprünge und Wandlungen, AöR 115, 1990, S. 213/226.

³⁴ P. Lerche, Föderalismus aaO, S. 74.

³⁵ P. Lerche, Aktuelle föderalistische Verfassungsfragen, 1968, S. 11.

Demokratie. Die wohlerwogene Irregularität, die dem – aus weisungsgebundenen Mitgliedern der Landesregierungen gebildeten – Bundesrat ein abgestuftes Mitspracherecht bei der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt des Bundes gibt, würde bei einem Ausbau des Bundesrates zu einer praktisch gleichberechtigten Zweiten Kammer zu einem Verstoß gegen die parlamentarische Demokratie und die Gewaltenteilung führen. Die Balance würde auch in der Hinsicht gestört, daß sich der Bundesrat, über den besonderen Bereich der europäischen Fragen hinaus, zunehmend in ein Koordinierungsorgan der Bundesländer³⁶ verwandelt. Dies muß, wegen der Instruktionsbefugnis der Landesregierungen für die Bundesratsstimmen, Rückwirkungen auf den Landesparlamentarismus haben und dürfte Reformforderungen auf Landesebene auslösen.

Gravierend sind weiter die Bestrebungen der Länder, die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen nicht nur in begründeten Einzelfragen, sondern in dem vorhandenen und bewährten Grundprinzip zu Lasten des Bundes zu verändern. Die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit muß, bestimmt durch das verfassungsgebundene politische Ermessen von Bundestag und Bundesrat, dem Bund ohne Abstriche vorbehalten bleiben. Dieses Prinzip muß um so eindeutiger festgehalten werden, desto weniger eine Neugliederung des Bundesgebietes ein realistisches Programm ist. Die bestehende und durch verschiedenartige Faktoren zustande gekommene Gliederung des Bundesgebietes entspricht weithin nicht den – der Grundtendenz nach nur funktionalen – Kriterien des Art. 29 Abs. 1 GG.³⁷ Dennoch ist sie die Basis der politischen Kräfteverteilung und die durch Geschichte und Nachkriegsgeschichte geprägte Topologie der politischen und kulturellen Vielfalt der föderativen Ordnung Deutschlands. Ihr Gegengewicht ist die ungeteilte Verantwortung des Bundes für die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit.

c) Bundesstaatsrechtliche Bindungen der Integrationspolitik (Art. 24 Abs. 1 GG), Bestrebungen ihrer Intensivierung

Die Pflege der internationalen Beziehungen einschließlich der Beteiligung an „zwischenstaatlichen Einrichtungen“ und an einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit ist nach dem Grundgesetz eine nahezu ausschließliche Domäne des Bundes (Art. 32, Art. 73 Nr. 1, Art. 24 GG).³⁸ Die besondere Ermächtigung der „Integrationsgewalt“ in ihrer ursprünglichen Fassung (Art. 24 Abs. 1 GG), auf der die Zugehörigkeit der Bundesrepublik zu den Europäischen Gemeinschaften

³⁶ Siehe *B. Engholm*, Europa und die deutschen Bundesländer, EA 1989, 383/389.

³⁷ Das in Art. 29 Abs. 1 Satz 2 GG zu findende „Programm radizierter Legitimation aus der Vielfalt und Besonderheit der Länder“ (*J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, IV, 1990, S. 517/687) ist der Richtlinie des Art. 29 Abs. 1 Satz 1 GG untergeordnet, wonach zu gewährleisten ist, daß die Länder nach Größe und Leistungsfähigkeit die ihnen obliegenden Aufgaben wirksam erfüllen können. Dies übersieht *J. Isensee*, Der Föderalismus und der Verfassungsstaat der Gegenwart, AöR 115, 1990, S. 248/252f., nicht.

³⁸ *W. G. Grewe*, Auswärtige Gewalt, HStR, III, 1988, S. 921.

beruht, konnte durch ein Bundesgesetz ausgeübt werden, das jegliche Art von Hoheitsrechten des Bundes und der Länder zum Gegenstand haben konnte und das, sofern nicht aufgrund anderer Verfassungsvorschriften geboten, nicht der Zustimmung des Bundesrates bedurfte. Die integrationspolitische Ermächtigung kann naturgemäß nicht grenzenlos sein: Sie muß als Teil der als Einheit zu sehenden Verfassung verstanden werden, bindet also den Bundesgesetzgeber an die Grundlagen, die „Identität“ der durch das Grundgesetz errichteten Staatsordnung und kann sich vor allem nicht über die absoluten Grenzen der verfassungsändernden Gesetzgebung (Art. 79 Abs. 3 GG) hinwegsetzen. Diese Bindung sichert den Wesensgehalt der grundrechtlichen Freiheiten, ebenso aber auch die Identität des Bundesstaates und, als dessen kennzeichnendes Merkmal, die Staatlichkeit der Länder³⁹ als Gliedstaaten der Bundesrepublik als Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften.⁴⁰ Ob sich der Bund an diese Schranken der „Übertragung von Hoheitsrechten“ gehalten hat, ist eine Frage des deutschen Verfassungsrechts. Jedenfalls die Gründung eines europäischen Bundesstaates und die Errichtung einer europäischen Gesetzgebungs- und Regierungsgewalt auf der Grundlage eines europäischen parlamentarischen Regierungssystems mit einer echten parlamentarischen Volksvertretung ging über die Vollmacht hinaus, die aus Art. 24 Abs. 1 GG entnommen werden konnte, mag auch die Präambel von Anbeginn Deutschland als „gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“ intendieren.

Zu den Grenzen, die das Verfassungsrecht den Befugnissen des Bundes nach Art. 24 Abs. 1 GG zieht, gehören nicht die bundesstaatliche Kompetenzordnung und die darauf beruhenden Zuständigkeiten der Länder. Der Bund war demnach z. B. nicht gehindert, den europäischen Organen implizit Regelungen im Rundfunkwesen zu überlassen, soweit dieses als Angebot von Dienstleistungen eine Teilnahme am Wirtschaftsverkehr darstellt. Der deutsche Bundesstaat hat also integrationspolitisch eine offene Flanke, die lediglich durch das übergreifende Prinzip der Bundestreue eine gewisse Schutzwehr für die Länder aufweist. Daraus läßt sich immerhin ableiten, daß den Bund bei der weiteren Übertragung von Hoheitsrechten auf die EG und bei der Wahrnehmung seiner nach Gemeinschaftsrecht bestehenden Befugnisse im Rat eine „Sachwalter- und Schutzpflicht“ für die Länder trifft.⁴¹ Das Gemeinschaftsrecht fordert vom Mitgliedstaat Bundesrepublik nicht, sich so zu verhalten, wie wenn er kein Bundesstaat wäre.

³⁹ BVerfGE 34, 9/19f.

⁴⁰ P. Badura, *Bewahrung und Veränderung demokratischer und föderativer Verfassungsprinzipien der in Europa verbundenen Staaten*, ZSR 109/I, 1990, S. 115; K. Hailbronner, *Die deutschen Bundesländer in der EG*, JZ 1990, 149; J. Isensee, *Idee und Gestalt aaO*, S. 674ff.; W. A. Kewenig, *Die Europäischen Gemeinschaften und die bundesstaatliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland*, JZ 1990, 458; W. Rudolf, *Die deutschen Bundesländer und die Europäischen Gemeinschaften nach der Einheitlichen Europäischen Akte*, in: *Festschrift für Karl Josef Partsch*, 1989, S. 357; ders., *Das akzeptierte Grundgesetz, Europa und die Länder*, in: *Festschrift für Günter Dürig*, 1990, S. 145.

⁴¹ J. Isensee, *Idee und Gestalt aaO*, S. 676f.

Die Länder haben in zunehmendem Maße, mit besonderer Energie seit der Verabschiedung der Einheitlichen Europäischen Akte vom 28. Februar 1986, Versuche unternommen, ihre Rechte und Interessen auch angesichts der fortschreitenden Integration Europas zu wahren. Neben die Unterrichtungspflicht nach Art. 2 des Zustimmungsgesetzes zu den Römischen Verträgen von 1957 ist das Bundesratsverfahren nach Art. 2 des Zustimmungsgesetzes zur EEA in Verbindung mit den Vorschriften der §§ 45 ff. der Geschäftsordnung des Bundesrates getreten.⁴² Weitergehende Initiativen richten sich nun auf eine grundlegende Änderung des Art. 24 Abs. 1 GG. Einem Gesetzesantrag der Länder Bayern, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz⁴³ folgend und in Übereinstimmung mit den „Eckpunkten“ der Ministerpräsidenten vom 5. Juli 1990 hat der Bundesrat einen Gesetzentwurf zur Änderung des Art. 24 Abs. 1 GG eingebracht.⁴⁴ Durch ihn sollen „die Rechte der Länder im Prozeß der europäischen Integration . . . im Grundgesetz festgeschrieben werden, um der Bedeutung dieses fortschreibenden Prozesses für die föderative Ordnung der Bundesrepublik Deutschland gerecht zu werden“. Der Rang des bundesstaatlichen Prinzips verlange, die Länder über den Bundesrat an neuen Integrationsschritten zu beteiligen; außerdem müsse die Mitwirkung der Länder bei der Willensbildung des Bundes in Angelegenheiten zwischenstaatlicher Einrichtungen gewährleistet werden. Art. 24 Abs. 1 GG sollte in Zukunft lauten:

„Der Bund kann durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen. In Angelegenheiten dieser Einrichtungen wirken die Länder bei der Willensbildung des Bundes mit. Das Nähere regelt ein Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf; soweit die im Grundgesetz festgelegten Zuständigkeiten der Länder oder ihre wesentlichen Interessen berührt werden, ist die Möglichkeit einer wesentlichen Einflußnahme der Länder vorzusehen.“

In Weiterentwicklung dieser Vorlage ist nunmehr in Art. 23 n. F. GG eine grundlegende Neuregelung der Integrationsgewalt erfolgt. Dem Bund sollen danach durchgehend die Hände gebunden werden, sofern er von der Ermächtigung Gebrauch machen will; das Integrationsgesetz soll stets ein Zustimmungsgesetz sein.⁴⁵ Während dieser Punkt grundsätzliche Bedeutung, aber geringeres praktisches Gewicht hat, ist der Versuch, die Aktionsfähigkeit des Bundes bei der Ausübung gemeinschaftsrechtlicher Befugnisse durch Mitwirkung und ggf. „wesentliche Einflußnahme“ der Länder zu beschneiden, geeignet, die Politik des Bundes auf der europäischen Ebene und mittelbar – im Wege des Kompromisses

⁴² Bundesrat und Europäische Gemeinschaften, Dokumente, hrsg. vom Sekretariat des Bundesrates, 1988; Vierzig Jahre Bundesrat, hrsg. vom Bundesrat, 1989, dort: *J. A. Frowein*, Bundesrat, Länder und europäische Einigung, S. 285 ff., und *P. Badura*, Schlußbericht: Der Bundesrat in der Verfassungsordnung, S. 317/329 ff.

⁴³ BRat Drucks. 703/89 (7. Dezember 1989).

⁴⁴ BTag Drucks. 12/549 (16. Mai 1991), betr. Beschluß des Bundesrates vom 1. März 1991.

⁴⁵ Der Schlußbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform, auf den sich die Begründung des Bundesrates beruft, hatte die Zustimmungsbedürftigkeit des Bundesgesetzes nur für den Fall vorgesehen, daß Hoheitsrechte der Länder übertragen werden (BTag Drucks. 7/5924, S. 229); dem widersprach überdies das Sondervotum Kewenigs (aaO, S. 237f.), dem sich eine Reihe weiterer Kommissionsmitglieder anschlossen.

– in der ganzen Breite der Wirtschafts-, Finanz- und Sozialpolitik zu schwächen. Bundestag und Bundesregierung, denen – wie auch dem Bundesrat im ursprünglichen Verständnis – das gemeinsame nationale Interesse anvertraut ist, werden zugunsten der Interessen einzelner Länder, u.U. mittelbar zugunsten der Opposition im Bundestag, in der Selbständigkeit der Entscheidung eingeschränkt. Die Politik Deutschlands in der EG verliert an Kraft und Berechenbarkeit.

d) Föderalismus als Prinzip einer europäischen Politischen Union

Der Föderalismus ist in Europa in vielfältiger Form ausgeprägt, und diese Vielfalt ist Ausdruck nicht nur geschichtlicher Vergangenheit, sondern auch der lebendigen Überzeugung von einer freien politischen Ordnung, in welcher der einzelne seine Identität im engeren Lebenskreis bewahren kann. Der gewiesene Weg der Sicherung und Ausgestaltung des föderativen Prinzips, einschließlich der bundesstaatlichen oder regionalistischen Gliederung der Mitgliedstaaten, führt über die Fortentwicklung der Europäischen Gemeinschaften, in denen sich die neuartige Form einer bündisch verfaßten übernationalen Demokratie verkörpert. Auch die in Maastricht vereinbarte „Europäische Union“ erreicht ein im eigentlichen Sinn bündisches Stadium⁴⁶ der intendierten übernationalen Demokratie noch nicht, das eine eigenständige und gegenüber den Mitgliedstaaten verselbständigte Entscheidungsgewalt ermöglichte und an Stelle der Staaten die wesentliche Daseinsverantwortung für die Menschen, auch im Sinn der weltpolitischen und militärischen Behauptung, wahrnehmen könnte. Darin muß unter den gegebenen Umständen allerdings nicht ein integrationspolitisches oder demokratisches Defizit gesehen werden. Die europäische Föderation kann heute und für die absehbare Zukunft auf die Basis der Nationalstaaten nicht verzichten, und zwar um so weniger, je deutlicher die Legitimationskraft der engeren Lebenskreise und Willensverbände zutage tritt. Es gilt also, die Besonderheit des Föderalismus im Prozeß der europäischen Integration zu erfassen.⁴⁷

In den Rechtsvorschriften und ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen des vertragsgeschaffenen Gemeinschaftsrechts läßt sich ein Bestand von Normen identifizieren, der materiell als „Verfassung“ der EG erfaßbar ist und zu dem auch die Bindungen zu rechnen sind, denen die Organe der EG zugunsten der Mitgliedstaaten unterworfen sind. Die Organe der EG haben bei der Ausübung ihrer Befugnisse, soweit sie dabei über einen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum verfügen, auf die Staatlichkeit und Verfassungsautonomie der Mitgliedstaaten Rücksicht zu nehmen. Denn die Europäischen Gemeinschaften sind entstanden

⁴⁶ Vgl. *U. Scheuner*, VVDStRL 21, 1964, S. 123, 124.

⁴⁷ *U. Everling*, Zur föderalen Struktur der Europäischen Gemeinschaft, in: Festschrift für Karl Doehring, 1989, S. 179; *W. Rudolf*, Bundesstaat und Völkerrecht, ArchVR 27, 1989, S. 1; *D. Merten* (Hrsg.), Föderalismus und Europäische Gemeinschaften, 1990; *H.-J. Blanke*, Föderalismus und Integrationsgewalt, 1991.

und bestehen als Geschöpfe der Staaten, deren völkerrechtlicher Einigung sie ihre eigenständige, übernationale Hoheitsgewalt in partieller Zurücknahme der mitgliedstaatlichen Hoheitsgewalt und Souveränität verdanken. Die Respektierung der mitgliedstaatlichen Staatsgewalt und Verfassungsautonomie ist die Kehrseite der durch die Gemeinschaftsverträge geschaffenen und anerkannten Eigenständigkeit der europäischen öffentlichen Gewalt. Dieses gemeinschaftsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme auf die Staatlichkeit und Verfassungsautonomie der Mitgliedstaaten schließt die Rücksichtnahme auf die bundesstaatliche oder regionalistische Binnengliederung der Mitgliedstaaten ein, soweit dadurch die gleiche und einheitliche Geltung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts im Gebiet der EG nicht beeinträchtigt wird.⁴⁸ Aus diesem Rücksichtnahmegebot läßt sich u. a. ableiten, daß Maßnahmen der Rechtsangleichung grundsätzlich im Wege der Richtlinie zu erfolgen haben und daß bei der Bestimmung des Maßes verbindlicher Zielweisung den Mitgliedstaaten auch im Hinblick auf die innerstaatliche Aufgabenverteilung ein möglichst großer Spielraum erhalten bleiben muß.

Es ist verständlich, daß die deutschen Länder eine klarere und weitergehendere Sicherung ihrer aus dem Grundgesetz entspringenden Rechte in der Grundordnung der EG anstreben, als sie durch das ungeschriebene Gebot des Gemeinschaftsrechts zur Rücksichtnahme auf die Staatlichkeit und Verfassungsautonomie gegeben ist. Der in Maastricht beschlossene „Vertrag über die Europäische Union“ vom 7. Februar 1992⁴⁹ kommt diesen Bestrebungen in einigen Punkten entgegen. Die Erwägungsgründe des Vertrages sprechen davon, daß die Stärkung der Solidarität zwischen den Völkern Europas „unter Achtung ihrer Geschichte, ihrer Kultur und ihrer Traditionen“ erfolgen soll und daß in der Union der Völker Europas „die Entscheidungen entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip möglichst bürgernah getroffen werden“. Die Grundsatznorm des Art. F bestimmt in Absatz 1: „Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, deren Regierungssysteme auf demokratischen Grundsätzen beruhen.“ Der neue Art. 3b EG-Vertrag (Art. G Nr. 5 des Vertrages von Maastricht) legt in Absatz 2 fest: In den Bereichen, die nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft fallen, „wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können“. Art. G Nr. 67 des Vertrages (Art. 198a bis 198c EG-Vertrag) schließlich errichtet einen beratenden Ausschuß aus Vertretern der regionalen und lokalen Gebietskörperschaften, einen „Ausschuß der Regionen“.

⁴⁸ K. Hailbronner, Deutsche Bundesländer aaO, S. 151, 152f.; J. Isensee, Idee und Gestalt aaO, S. 677. Ablehnend W. Graf Vitzthum, Der Föderalismus in der europäischen und internationalen Einbindung der Staaten, AöR 115, 1990, S. 281/287.

⁴⁹ Bulletin 1992 Nr. 16/S. 113. – Siehe zuvor die Vorschläge zur „Stärkung der Länder in Europa“ in Teil Zwei des Berichts der Kommission „Erhaltung und Fortentwicklung der bundesstaatlichen Ordnung innerhalb der Bundesrepublik Deutschland – auch in einem Vereinten Europa“, Düsseldorf, im November 1990, S. 78 ff.

Alles dies stellt keine Anerkennung, geschweige denn eine Verwirklichung des „Europa der Regionen“ dar, zeigt aber doch Anklänge an diese Vorstellung eines dreistufigen Aufbaus der europäischen Föderation,⁵⁰ die von den deutschen Ländern neuerdings verfochten wird. Insbes. ändert das Subsidiaritätsprinzip, von dem sich die Länder viel versprechen, nichts daran, daß damit allein die Rechtsstellung der Mitgliedstaaten angesichts der vertragsgeschaffenen Befugnisse der EG-Organen geregelt und verstärkt wird und daß die Länder keine selbständigen Rechte aus dieser neuen Norm ableiten können. Solange das Gemeinschaftsrecht derartige Rechte „regionaler Gebietskörperschaften“ nicht ergibt, muß auch die häufig erhobene Forderung nach einem „Klagerecht der Regionen“ vor dem Europäischen Gerichtshof ins Leere gehen. Soll es aber überhaupt eine europäische Föderation in der Form eines dreistufigen Europas der Regionen geben?

„Regionen“ sind Verwaltungseinheiten,⁵¹ also gerade nicht das, was die deutschen Länder sind und bleiben wollen, nämlich Staaten als Teil eines Bundesstaates mit einer selbstbestimmten politischen Herrschaftsgewalt. Es ist ein Pyrrhus-Sieg für die Länder, sich im Maastrichter Ausschuß der Regionen als „regionale Gebietskörperschaften“ neben den lokalen Gebietskörperschaften wiederzufinden. Das entscheidende verfassungs- und integrationspolitische Argument gegen das „Europa der Regionen“ ergibt sich jedoch daraus, daß es die „Vaterländer“, die Staaten negiert, die heute und für die absehbare Zukunft die maßgebliche politische Organisation sind, in der die Menschen die notwendige Garantie dafür haben, nach Rechtsgesetzen und in verfassungsstaatlicher Freiheit leben zu können. Wenn das Gemeinschaftsrecht den „Regionen“ – jenseits von verwaltungsrechtlichen Kompetenzen oder Mitwirkungsrechten – politische Beteiligungsrechte im Sinne einer dreistufigen Union einräumen würde, müßte es notgedrungen auch die Beziehungen zwischen den Regionen und ihren Mitgliedstaaten, zumindest hinsichtlich der Aufgabenteilung, regeln. Damit würde ein elementarer Teil der mitgliedstaatlichen Verfassungsautonomie in das Gemeinschaftsrecht überführt. Dies wäre, genau besehen, ein Danaergeschenk, nicht ein Werk föderaler Staatskunst.

Konstantin Frantz entdeckte im Feudalismus des mittelalterlichen Reiches eine Art rohen Föderalismus: „Er war an und für sich ein ‚synthetisches‘ Prinzip, wodurch es zugleich ermöglicht wurde, daß den dadurch verbundenen Gliedern diejenige Selbständigkeit verblieb, welche ihre Eigentümlichkeit verlangte, indem er nirgends auf Uniformität ausging.“ *Frantz* erwog dann, ob nicht die Herrschaft der Staatsidee, wie sie die neuere Zeit charakterisiere, durch die Periode des Föderalismus abgelöst werden könnte, zu der auch das Entstehen des „großen

⁵⁰ *J. Bauer* (Hrsg.), *Europa der Regionen*, 1991, *Th. Wiedmann*, Föderalismus als europäische Utopie, AöR 117, 1992, S. 46. – Siehe etwa die Münchner Beschlüsse der Ministerpräsidenten zur Europapolitik vom 20./21. November 1990 (Eildienst LKT NW Nr. 12–13/91, S. 231).

⁵¹ *W. Wittkämper*, Die Region als Verwaltungsform in Deutschland und Europa, Eildienst LKT NW Nr. 12–13/91, S. 212. *J. Isensee*, Föderalismus aaO, S. 277ff. spricht dagegen von der „Bestätigung des Föderalismus durch Regionalismus“.

mitteleuropäischen Bundes“ gehörte. „Ein ‚Staat‘ freilich kann und soll dieses Gebilde nicht sein, selbst nicht ein ‚Bundesstaat‘, sondern es ginge über die Staatsidee überhaupt hinaus. Wäre es aber um deswillen ein Nichts, weil die herrschende Doctrin keine Begriffe hat?“⁵²

⁵² K. Frantz, *Der Föderalismus, als das leitende Prinzip für die soziale, staatliche und internationale Organisation unter besonderer Bezugnahme auf Deutschland kritisch nachgewiesen und konstruktiv dargestellt*, 1879, S. 324 f.