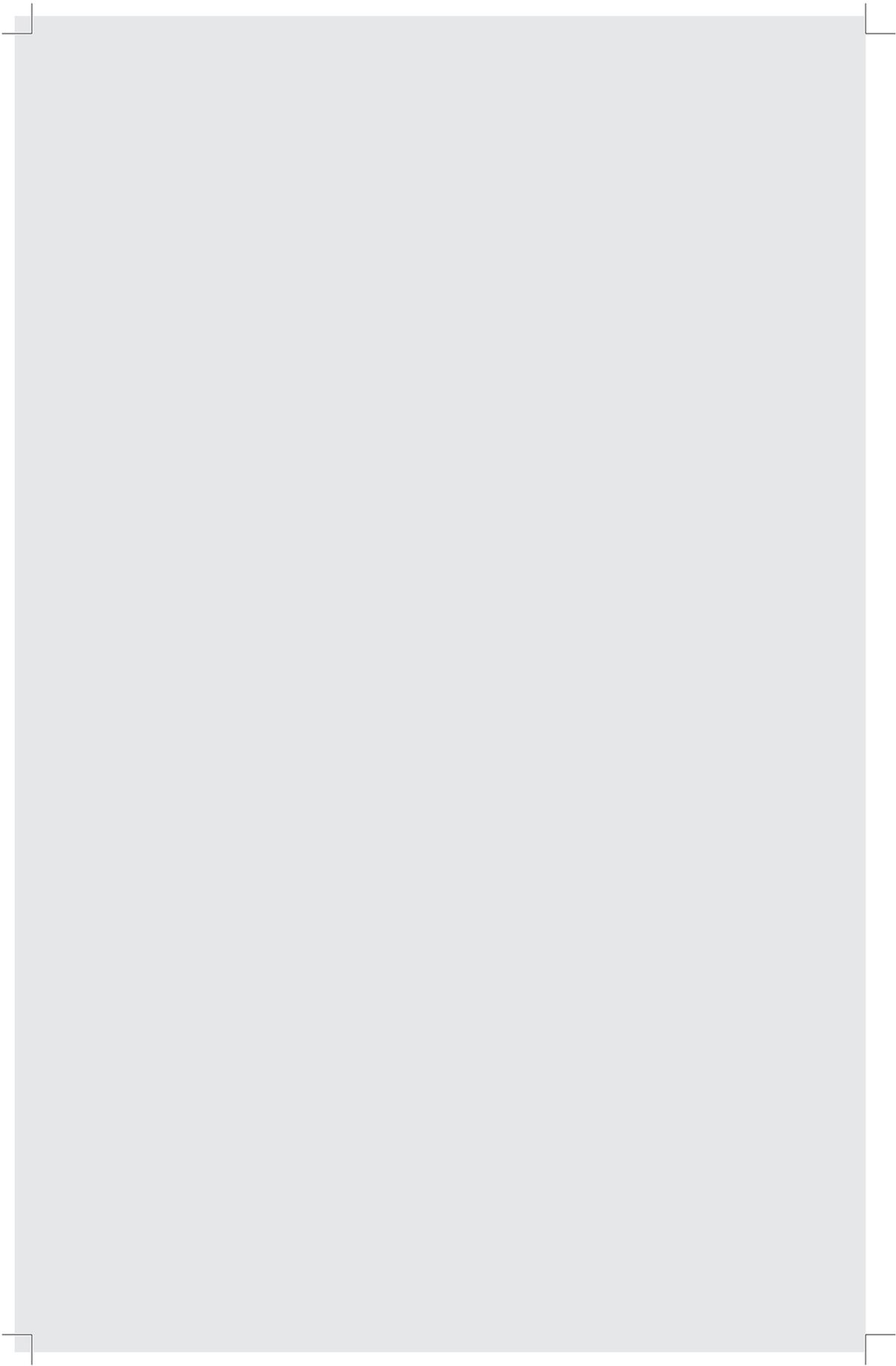


ENTWICKLUNGEN DES DEUTSCHEN BUNDESSTAATES

Lothar Michael

SUMARIO

- I. Die Wechselbeziehung zwischen Geschichte und Föderalismus in Deutschland.
 1. Die Geschichte als prägende Kraft bundesstaatlicher Verfassungen.
 2. Die geschichtsprägende Kraft bundesstaatlicher Verfassungen.
 3. Von der Relativierung und der Übertragbarkeit bundesstaatlicher Modelle.
- II. Strukturmerkmale und Entwicklungstendenzen des deutschen Föderalismus – eine problemorientierte Analyse.
 1. Die Entwicklung des Rechts im deutschen Bundesstaat.
 2. Das Homogenitätsprinzip und Phänomene zunehmender Unitarisierung.
 3. Zwischenfazit.
- III. Föderalismusreformen und Grundprobleme des Verfassungsrevisionsrechts im deutschen Bundesstaat.
 1. Verfassungsreformen der Vergangenheit im Überblick.
 2. Art. 79 Abs. 2 GG als problematischer Modus für Bundesstaatsreformen.
 3. Art. 79 Abs. 3 GG als problematische inhaltliche Grenze für Bundesstaatsreformen.
 4. Auswege und Alternativen.



I. DIE WECHSELBEZIEHUNG ZWISCHEN GESCHICHTE UND FÖDERALISMUS IN DEUTSCHLAND

1. *Die Geschichte als prägende Kraft bundesstaatlicher Verfassungen*

Verfassungen sind einerseits zukunftsweisende Grundlegungen, die als Entwicklungsschritte Geschichte schreiben und die die weitere rechtliche, gesellschaftliche, politische, wirtschaftliche und kulturelle Entwicklung eines Landes nachhaltig beeinflussen können. Sie spiegeln aber andererseits auch geronnene Erfahrungen aus der Vergangenheit.¹ Verfassungsgebung ist inhaltlich in der Regel eine Mischung aus Diskontinuität und Kontinuität.

Gerade das deutsche Grundgesetz enthält berühmte Beispiele für antithetische Reaktionen auf die Geschichte, nämlich auf das Scheitern der Weimarer Republik und auf den Nationalsozialismus (insbesondere das Bekenntnis zur Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG,² die unmittelbare Grundrechtsbindung aller Staatsgewalt nach Art. 1 Abs. 3 GG³ und die Elemente wehrhafter Demokratie in Art. 9 Abs. 2, Art. 18 und Art. 21 Abs. 3 GG).⁴ Auch das Bundesstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG und seine Absicherung in Art. 79 Abs. 3 GG (sogar gegenüber Verfassungsänderungen) kann als Antwort auf eine zentralistische Unrechtsherrschaft gedeutet werden. Jede dezentrale Machtverteilung bewirkt eine Beschränkung staatlicher Gewalten und das war auch der Grund für die westlichen Alliierten, nach dem Zweiten Weltkrieg auf einer föderalistischen Ordnung Deutschlands zu bestehen. Das Grundgesetz ist eine materielle Verfas-

¹ Häberle, 1992; S. 1034; ders., 1998; S. 776 ff.

² Häberle, 2004; S. 317 ff.; Jarass, 2018; Art. 1 Rn. 1.

³ Dreier, 2013; Art. 1 Abs. 3 Rn. 5.

⁴ Kritisch dazu Morlok, 2015; Art. 21 Rn. 145.

sung mit vergleichsweise hohem Innovationspotential. Die extensive Interpretation des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht hat den inhaltlichen Prägungsgehalt des Verfassungsrechts mit weit reichenden Konsequenzen entfaltet. Dank der Möglichkeit der Individualverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht hat dies auch praktisch eine hohe Bedeutung. Für diese Ausprägung des Konstitutionalismus ist das deutsche Verfassungsrecht auch im Verfassungsvergleich bekannt.⁵

Der folgende Beitrag handelt indes von einer anderen Seite des Grundgesetzes. Am Föderalismus lässt sich besonders gut zeigen, wie Verfassungsrecht das Gegebene, das geschichtlich Vorgefundene perpetuiert.⁶ Der Bundesstaat ist keine Erfindung der Mütter und Väter des Grundgesetzes.⁷ Er wurde den Deutschen auch nicht von den Alliierten aufoktroiert. Zwar haben letztere auf der Wiedereinführung eines föderalistischen Verfassungssystems bestanden, damit aber nur bekräftigt, was von allen politischen Kräften nach dem Ende des Nationalsozialismus wie „selbstverständlich“ angestrebt wurde.⁸ Freilich haben die Alliierten den Zuschnitt der Länder insbesondere auf dem ehemaligen Gebiet Preußens geprägt. Die Versuche des Nationalsozialismus und der DDR, eine zentralistische Staatsstruktur in Deutschland oder auch nur in einem Teil Deutschlands zu etablieren, sind jeweils abgelöst worden durch einen Rückgriff auf eine territoriale Vorvergangenheit und eine Wiederbelebung des Föderalismus nach 1945 einerseits und ab 1990⁹ andererseits. Der innere Grund dafür ist in der Geschichte zu suchen. Diese Geschichte ist freilich auch von Brüchen gezeichnet: Es gibt sowohl die zeitlichen Unterbrechungen des Föderalismus durch die zentralistischen Strukturen des Nationalsozialismus und der DDR also auch die territorialen Brüche insbesondere der Zerschlagung Preußens und Entstehung neuer Landesgrenzen nach 1945.¹⁰ Die Stellung der alliierten Streitkräfte und die Bildung von Besatzungszonen nach dem Zweiten Weltkrieg hat Spuren bei der territorialen Neugliederung der Bundesrepublik Deutschland hinterlassen. So gibt es heute historisch gewachsene Länder – wie etwa Bayern – und solche, die erst nach 1945 gebildet wurden und deren heterogene Struktur sich auch im Namen widerspiegelt (so genannte Bindestrich-Länder) – wie etwa Nordrhein-Westfalen.

⁵ Walter, 2018; Art. 93 Rn. 3 m.w.N.

⁶ Häberle, 1993; S. 201 ff.

⁷ Stolleis, 2003; § 7 Rn. 116.

⁸ Ebd.

⁹ Ebd.; § 7 Rn. 117.

¹⁰ Funk, 2010; S. 294 f.

Bis heute prägend für den Föderalismus in Deutschland ist die Entstehung des Deutschen Reichs 1871 und seine Vorgeschichte. Bei dem langwierigen Prozess der Einigung Deutschlands im 19. Jahrhundert¹¹ stellte sich nicht die Frage, ob Deutschland als Staat eine föderale Struktur haben würde oder aber nach dem Vorbild Frankreichs eine zentralistische. Vielmehr war die Vielzahl und Vielfalt territorialer Herrschaftsgewalten der Ausgangspunkt dafür, sich die Frage zu stellen, wie eng und in welcher Form ein Zusammenschluss erfolgen soll und welche Kompetenzen überhaupt auf die Bundesebene übertragen werden sollen. Der Übergang vom Deutschen Bund über den Norddeutschen Bund zum Deutschen Reich stellt sich als Wandel von einem Staatenbund zu einem Bundesstaat dar.¹² Es ging in dem Ringen um die staatliche Einheit Deutschlands darum, ob, wann und in welcher Form die Kooperation der beteiligten Territorialstaaten eine Qualität erreichen würde, die der Begründung einer staatlichen Ebene auf Bundesebene entspricht. Die Paulskirchenverfassung (1849) wagte bereits diese Stufe, scheiterte aber an der Bereitschaft der Herrscher in den großen Territorien, insbesondere auch des preußischen Königs, sich in eine föderale Staatlichkeit mit starken demokratischen Elementen einzufügen.¹³ So gelang die Gründung des deutschen Reichs erst unter der Prämisse eines monarchisch¹⁴ geprägten Bundesstaats.¹⁵ Das lässt sich an der Präambel der Reichsverfassung von 1871 ablesen. Danach sind es die für die Gliedstaaten handelnden Monarchen, die ihrerseits „einen ewigen Bund“ schließen.¹⁶

Bis heute hat diese zunächst monarchische Prägung deutliche Spuren in der Struktur des deutschen Bundesstaates hinterlassen. Das gilt für die Weimarer Verfassung von 1919, die den Sprung von der Monarchie zur Republik bedeutete. Das gilt sogar noch stärker für das Grundgesetz von 1949, durch das die Stellung der Länder im Vergleich zur Weimarer Verfassung sogar noch einmal gestärkt wurde. Es sind vor allem zwei miteinander zusammenhängende Strukturmerkmale, die für den deutschen Föderalismus prägend sind und die auf dessen monarchische Ursprünge verweisen:

Erstens ist hier das „Bundesratsmodell“ zu nennen.¹⁷ Der Bundesrat ist nach Art. 50 GG ein Bundesorgan, durch das die Länder an der Gesetzgebung des

¹¹ Dazu ausführlich Funk, 2010; 152 ff.

¹² Stern, 2000; S. 345.

¹³ Pauly, 2003; § 3 Rn. 43.

¹⁴ Smend, 2010; S. 39 ff.

¹⁵ Stern, 2000; S. 353.

¹⁶ Huber, 2003; § 4 Rn. 9.

¹⁷ Müller-Terpitz, 2018; Art. 50 Rn. 25.

Bundes und in Angelegenheiten der Europäischen Union mitwirken. Die Länder werden nach Art. 51 Abs. 1 GG durch Vertreter ihrer Regierungen vertreten. Die Mitglieder des Bundesrates werden also, anders als Senatoren in einer echten „zweiten Kammer“, nicht unmittelbar gewählt und sie haben eine Doppelfunktion, indem sie zugleich auch Mitglieder einer Landesregierung sind. Dieses spezifisch deutsche Modell wurde im 19. Jahrhundert entwickelt, um den Monarchen eine starke Mitwirkung auf der Bundesebene zu ermöglichen. Für die Entstehung des Kaiserreichs war der Bundesrat von so zentraler Bedeutung, dass die Regelungen zu diesem Organ in der Reichsverfassung von 1871 noch vor denen zum Kaiser und zum Reichstag platziert waren.¹⁸ Der Bundesrat hatte seinerzeit weit reichende Kompetenzen, u.a. ein Vetorecht gegenüber Reichsgesetzen und die Kompetenz, den Reichstag mit Zustimmung des Kaisers aufzulösen. Mit dem Übergang zur Weimarer Republik hätte es nahe gelegen, den Bundesrat durch eine zweite Kammer mit gewählten Senatoren zu ersetzen. Diese Idee hat sich aber letztlich nicht durchgesetzt. Ein in der Struktur vergleichbarer „Staatenausschuss“ hatte bereits in der Phase der Verfassunggebung die Vertretung der Länder auf Bundesebene übernommen. Dass die Weimarer Verfassung diese Struktur im „Reichsrat“ übernahm ist ein Beispiel dafür, wie Verfassunggebung auch in Momenten radikaler Neuanfänge, hier dem Übergang von der Monarchie zur Republik, Elemente inhaltlicher bzw. struktureller Kontinuität kennt.¹⁹ Freilich wurde die Bedeutung dieses Organs wesentlich abgeschwächt.²⁰ Seine Mitwirkung bei der Reichsgesetzgebung enthielt kein Vetorecht mehr. Einsprüche des Reichsrates konnten nach Art. 74 Abs. 3 WRV mit Zweidrittelmehrheit durch das Parlament oder/und durch Volksentscheid zurückgewiesen werden. Das Grundgesetz hat das Bundesratsmodell wiederum aufgegriffen und die Stärkung föderaler Elemente im Vergleich zur Weimarer Republik zeigt sich an den wieder gewachsenen Kompetenzen des Bundesrates. So wurde für einen Teil der Gesetzgebung (so genannte Zustimmungsgesetze) das Vetorecht des Bundesrates wieder eingeführt.²¹ Freilich wurde bei den Gesetzen, die nicht Zustimmungsgesetze sind, die Möglichkeit des Parlaments, Einsprüche des Bundesrates zu überstimmen, erleichtert.²²

¹⁸ Ebd.; Art. 50 Rn. 13.

¹⁹ Ebd.; Art. 50 Rn. 18.

²⁰ Ebd.; Art. 50 Rn. 16 f.

²¹ Vgl. Art. 78 Var. 1 G.

²² Im Regelfall reicht die Mehrheit der Mitglieder des dt. Bundestags aus, um den Einspruch zurückzuweisen (vgl. Art. 77 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GG). Eine Mehrheit von zwei Dritteln bedarf es nur

Zweitens ist auch der vor allem exekutiv ausgeprägte Föderalismus²³ monarchischen Ursprungs. Je mehr die Parlamente im Rahmen der Konstitutionalisierung von Monarchien die Gesetzgebung prägten, umso mehr wurden die Monarchen auf die Funktion der zunehmend gesetzlich gebundenen Exekutive konzentriert. So nimmt es nicht Wunder, dass die deutschen Monarchen im Ringen um die staatliche Einheit in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zwar einer Vereinheitlichung der Gesetzgebung zustimmten, den Schwerpunkt des Vollzugs dieser Gesetze aber den Ländern und deren monarchischer Verwaltung vorbehielten.²⁴ Außerdem sicherten sie sich über den ebenfalls exekutiv geprägten Bundesrat die Mitwirkung an der Reichsgesetzgebung²⁵ und zentrale Kompetenzen der Bundesaufsicht.²⁶

Auch wenn der deutsche Bundesstaat seit 100 Jahren dem Republikprinzip korrespondiert, bleibt der monarchische Ursprung gerade der föderalen Ordnung bis heute ablesbar. Die Monarchen gingen, aber die von ihnen geschaffene bundesstaatliche Struktur blieb. Ähnlich ließe sich auch die Geschichte des Rechtsstaates erzählen, dessen wesentliche Elemente im 19. Jahrhundert zur Beschränkung monarchischer Macht entwickelt wurden²⁷ und heute einer demokratischen Gesetzgebung und Verwaltung Grenzen setzen. Damit sei keinesfalls gesagt, dass diese Prinzipien heute eines inneren Grundes entbehrten. Aber mehr noch als beim Rechtsstaatsprinzip kommt es beim Bundesstaatsprinzip zu Wechselwirkungen zwischen Verfassung und Geschichte. Deshalb soll nunmehr die umgekehrte Perspektive eingenommen werden.

2. Die geschichtsprägende Kraft bundesstaatlicher Verfassungen

An dieser Stelle soll noch einmal die Tatsache aufgegriffen werden, dass die territoriale Gliederung der Bundesrepublik Deutschland nur zum Teil historisch gewachsenen Ländern entspricht und insoweit deren Identität perpetuiert.²⁸ Man könnte es als eine Ironie der Geschichte bezeichnen, dass die Zerschlagung Preußens als Folge des Zweiten Weltkrieges und die aus einer Not geborene Bildung

noch, wenn der Einspruch mit zwei Dritteln der Mitglieder des Bundesrates gefasst wurde (vgl. Art. 77 Abs. 4 S. 2 Var. 2 GG).

²³ Vgl. Art. 83 GG: „Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt“.

²⁴ Funk, 2010; S. 221 f.

²⁵ Huber, 2003; § 4 Rn. 34.

²⁶ Funk, 2010; S. 222.

²⁷ Schulze-Fielitz, 2015; Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 12.

²⁸ Funk, 2010; S. 294 f.

von großen bzw. mittelgroßen Bindestrich-Ländern ein Funktionsproblem des deutschen Bundesstaates gegenstandslos gemacht hat: Im Kaiserreich und in der Weimarer Zeit hatte Preußen eine rein quantitative Übermacht.²⁹ Deutsche Verfassungen haben hinsichtlich des Stimmgewichts der Gliedstaaten einen Mittelweg gesucht zwischen der Gleichheit der Gliedstaaten einerseits (so das Modell der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika) und der Berücksichtigung der Bevölkerungsstärke (so grundsätzlich Art. 61 WRV – jedoch mit einer Ober- und Untergrenze). Dadurch wurde die Dominanz Preußens auch formal gespiegelt: Am Ende der Weimarer Zeit hatte Preußen im Reichsrat 26 von 66 Stimmen, während Bayern als zweitgrößtes Land nur 10 Stimmen und die kleinsten Länder nur eine einzige Stimme hatten.³⁰ Demgegenüber führt die Stimmenverteilung im Bundesrat nach Art. 51 Abs. 2 GG, nach der die Länder mindestens drei und höchstens sechs Stimmen haben, zu einem vergleichsweise ausgewogenen Gefüge. Nordrhein-Westfalen hat als das bevölkerungsreichste Land mit über 17 Millionen Einwohnern „nur“ doppelt so viele Stimmen wie das kleinste Land Bremen mit deutlich weniger als 1 Million Einwohnern. Das stößt vielleicht gerade deshalb nicht auf schwerwiegende Akzeptanzprobleme, weil Nordrhein-Westfalen im Gegensatz zu Bremen keine historisch gewachsene, sondern eine erst nach dem Krieg entstandene Entität ist, die unter dem Grundgesetz erst ihre Identität hat entwickeln können.³¹ Auch das historisch gewachsene Bayern hat unter dem Grundgesetz die ihm gemäße föderale Rolle gefunden, die ohne die Zerschlagung Preußens eine viel weniger gewichtige wäre. Es ist das Land, dessen Landtag dem Grundgesetz 1949 nicht zustimmte (was nach Art. 144 Abs. 1 GG, der lediglich die Zustimmung in Zweidritteln der Länderparlamente für das Inkrafttreten des Grundgesetzes voraussetzte, im Ergebnis ohne Relevanz blieb) und das seit jeher die Rechte der Länder in besonderem Maße betont und selbst wahrnimmt. Es ist mit über 12 Millionen Einwohnern ebenfalls relativ „unterrepräsentiert“, hat aber jedenfalls gleich viele Stimmen im Bundesrat wie Nordrhein-Westfalen. Bayern hat sich dabei von einem Agrarstaat zu einem wirtschaftlich besonders starken Industrieland entwickelt. Der Beitrag der knapp zwei Millionen Vertriebenen, die sich in Bayern ansiedelten und mit ihren Fähigkeiten ihren Erfolg jenseits der Landwirtschaft suchten und fanden, zu diesem Aufstieg Bayerns, ist eine Integrationsleistung, die ihrerseits zu einem

²⁹ Zum Funktionsproblem siehe: Ebd.; S. 220 ff. [im Kaiserreich]; S. 273 ff. [in der Weimarer Republik].

³⁰ Lilla, 2006; S. 98 ff.

³¹ von Alemann, 2000; S. 48 ff.

identitätsstiftenden Mythos geworden ist. Das gilt auch für die ökonomische Entwicklung Deutschlands insgesamt, die als „Wirtschaftswunder“ bezeichnet wird und die Grundlage für die große Akzeptanz des lediglich als Übergangsverfassung³² entstandenen Grundgesetzes darstellt. Der „Verfassungspatriotismus“³³ der Deutschen ist seinerseits die Grundlage für die Scheu, an diesem Gefüge grundsätzlich zu rühren.

Erinnert sei in diesem Zusammenhang daran, dass die Wiedervereinigung 1990 nicht mit einem Akt der Verfassungsablösung nach Art. 146 GG verknüpft wurde, sondern durch die Bildung fünf neuer Bundesländer und durch die Erstreckung des Grundgesetzes auf ganz Deutschland nach dem Beitrittsartikel 23 a. F. des Grundgesetzes.³⁴ Das Modell des Föderalismus in Verbindung mit Kontinuität waren damit tragende Säulen der Wiedervereinigung– wie einst der Reichsgründung 1871.

Für den Föderalismus selbst fällt auf, dass das Grundgesetz zwar in Art. 29 GG die Option einer Neugliederung des Bundesgebiets enthält, ein Verfassungsauftrag zu einer solchen Neugliederung nach Art. 29 Abs. 1 GG a. F. aber 1976 durch Verfassungsänderung³⁵ gestrichen wurde. Bestrebungen zu solchen Neugliederungen, die es z. B. in Rheinland-Pfalz und zu einer Fusion Berlin-Brandenburg gab, sind seit der frühen Fusion Baden-Württembergs 1952 jeweils an Volksabstimmungen gescheitert. Es soll hier nicht spekuliert werden, ob viele Deutsche zu gleichgültig gegenüber solchen Bestrebungen sind oder ob die nach 1945 entstandenen Länder nach Jahren integrierend gewirkt und zur Identifikation der Bevölkerung auch mit weniger historisch gewachsenen Ländern geführt haben. Bei Diskussionen über eine Neugliederung stehen Erwägungen der ökonomischen Effizienz mehr im Vordergrund als landsmannschaftliche Verbundenheit. Autonomiebestrebungen in Franken, ein eigenes Bundesland zu bilden, waren insoweit eine Ausnahme, blieben aber ebenso leidenschaftslos wie die nüchterne Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über der Ablehnung einer in dieser Sache erhobenen Verfassungsbeschwerde.³⁶ Wie so manche politische Debatte endete auch diese in einer juristischen Fußnote.

Die Bedeutung der Länder für das Volk ist nicht allein in der Möglichkeit zu suchen, auf Landesebene landespezifische Fragen zu lösen und mit den länderspe-

³² Herdegen, 2018; Art. 146 Rn. 15.

³³ Dazu grundlegend Sternberger, 1990.

³⁴ Kilian, 2003; § 12 Rn. 76 ff.

³⁵ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 23.08.1976, BGBl. I S. 2381.

³⁶ BVerfGE 96, 139.

zifischen Mehrheitsverhältnissen Sonderwege zu gehen. Das Bundesrats-Modell prägt vielmehr das landespolitische Geschehen und vor allem auch die Wahlkämpfe entscheidend mit. Gerne wird den Politikern, den Medien und auch den Wählern vorgeworfen, dass bei Landtagswahlkämpfen bundespolitische Themen im Vordergrund stünden, obwohl doch den Ländern insoweit die Gesetzgebungskompetenz fehle. Indes treffen solche Vorwürfe die Falschen und beruhen ihrerseits auf mangelndem Systemverständnis. Hintergrund der bundespolitischen Dimensionen der Landespolitik ist es, dass die Länder – vermittelt über den Bundesrat – vor allem Kompetenzen haben, die Bundesgesetzgebung und die Europapolitik zu beeinflussen. Es drängt sich auf, diese Mitgestaltungsmöglichkeiten für bedeutender zu halten als die Eigengestaltungsspielräume im Rahmen der vergleichsweise wenigen Gesetzgebungskompetenzen der Länder. Die Politik des Bundesrates wird vielfach mehr durch parteipolitische als durch landesspezifische Interessen geprägt. Die bundesweit organisierten Parteien nutzen ihre Chancen, nicht nur über die Parlamente, sondern auch über den Bundesrat ihren Einfluss geltend zu machen.

Für die Handlungsspielräume der Bundespolitik sind die Mehrheitsverhältnisse im Bundesrat von entscheidender Bedeutung. Immer wieder erzielen gerade Parteien, die im Bundestag in der Opposition oder gar nicht vertreten sind, bei Landtagswahlen besonders gute Ergebnisse. Auf diese Weise trägt die Ausprägung des bundesdeutschen Föderalismus dem Oppositionsprinzip und der Gewaltenbeschränkung Rechnung. Am deutlichsten lässt sich die geschichtsprägende Bedeutung an folgendem Beispiel machen: Die Landtagswahl in Nordrhein-Westfalen, bei der die SPD nach fast 40 Jahren erstmals in die Opposition verwiesen wurde, deutete Bundeskanzler Gerhard Schröder als Verlust der Handlungsfähigkeit der Bundesregierung.³⁷ Das führte nach einer auflösungsgerichteten Vertrauensfrage³⁸ zu vorgezogenen Neuwahlen des Bundestages, die wiederum zu einem relativ seltenen Regierungswechsel auf Bundesebene führten und die Kanzlerschaft Angela Merkels begründeten.

Eine andere, verfassungspolitische Frage ist, wie ein föderales System zu bewerten ist, das auf solche Weise Bundes- und Landespolitik verschränkt. Wenn wir es für einen Vorteil halten, dass sich Bundesstaatlichkeit nicht primär in Gesetzgebungskompetenzen der Gliedstaaten erweist (dazu noch ausführlich unter II. 1.), wenn wir also Rechtseinheitlichkeit und Bundesstaatlichkeit mit-

³⁷ Vgl. Pressemitteilung Nr. 233 der Bundesregierung vom 22. Mai 2005.

³⁸ Vgl. zum Bundesverfassungsgerichtsurteil in der Sache BVerfGE 114, 121.

einander verbinden wollen (und das ist der Kern des deutschen Föderalismus), dann liegt es nahe, die Länder an der Bundesgesetzgebung stark zu beteiligen. Verfassungsrechtlich lassen sich die Vorteile dieses Systems wie schon erwähnt als Ausprägungen des Oppositions- und damit des Demokratieprinzips und der Gewaltenteilung und damit des Rechtsstaatsprinzips deuten.³⁹ Das hat freilich einen hohen Preis: Effektive Gesetzgebung kann durch das als „Bundesratsblockade“⁴⁰ und „Reformstau“ beschriebene Phänomen empfindlich gestört werden. Die Tendenzen einer Entparlamentarisierung der Politik, die Schwierigkeiten von Koalitionsregierungen, sich auf größere Reformvorhaben – z. B. in der Sozial-, Renten-, Steuer- und Gesundheitspolitik – zu einigen und die Zunahme der Anzahl der in den Parlamenten vertretenen Parteien und der in Betracht kommenden Koalitionen auf Landes- und Bundesebene werfen die Frage auf, ob nicht statt einer Gewaltenbeschränkung eine Effektivierung parlamentarischer Gesetzgebung Not tut. Das Bundesratsmodell hatte phasenweise den Effekt, Vorhaben der einfachen Bundesgesetzgebung – und nicht nur Verfassungsänderungen, für die Art. 79 Abs. 2 GG eine Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat vorschreibt – von einem Konsens der großen Volksparteien abhängig zu machen.⁴¹ Dieses Phänomen kann man als „faktische große Koalition“ bezeichnen. Das wiederum hat die Neigung, auf Bundesebene eine „echte große Koalition“ einzugehen, begünstigt. Inzwischen verlieren die so genannten großen Volksparteien immer mehr Wähler und werden in ihren Stimmenanteilen von den (vermeintlich) „kleinen Parteien“ überholt, die auf Landesebene bereits Ministerpräsidenten stellen. In dieser Situation kann das Bundesratsmodell dazu führen, jedenfalls in Bereichen der Zustimmungsgesetze, Rechtsänderungen von einem Vielparteien-Konsens abhängig zu machen. Die Bewertung des Bundesratsmodells hängt somit immer mehr davon ab, ob und in welchem Maße wir die Konsensfindung in der Politik als Segen oder auch als Fluch begreifen. Vieles spricht dafür, dass es jedenfalls Politikbereiche geben sollte, in denen solcher faktischer Konsens zugunsten einer effektiven Wirkung des Mehrheitsprinzips nicht vorausgesetzt wird. Das bedeutet wiederum, dass ein Bedarf entstehen kann, das föderale System an die Entwicklungen der Politik und der Parteien anzupassen. Bezogen auf das Grundgesetz würde das nicht notwendig eine Infragestellung des Bundesratsmodells bedeuten, sondern könnte auch durch den Zuschnitt der Bundesratskompetenzen erfolgen.

³⁹ Koriath, 2018; Art. 50 Rn. 16.

⁴⁰ Differenzierend zwischen tatsächlicher und vermeintlicher Blockadepolitik Bauer, 2015; Art. 50, Rn. 16 m.w.N.

⁴¹ Ebd.; Art. 50 Rn. 31.

Auf die – ebenfalls systemischen – Probleme der Reformierbarkeit des föderalen Systems wird noch ausführlich eingegangen (siehe unten: III. 2.-4.).

3. *Von der Relativierung und der Übertragbarkeit bundesstaatlicher Modelle*

Begleitet wurde die geschichtliche Entwicklung des deutschen Föderalismus durch die Verfassungstheorie und insbesondere durch Bundesstaatstheorien.

Dabei stellten sich Grundfragen: Unter welchen Voraussetzungen hat in einer föderalen Struktur die untere oder die obere Ebene Staatsqualität? Für den Bundesstaat wurde die Annahme zugrunde gelegt, dass beide Ebenen (der Gliedstaaten und des Bundes) Staatsqualität haben.⁴² Dabei ist es keinesfalls selbstverständlich, dass das überhaupt möglich ist. Gestufte Staatlichkeit hat vielmehr zur Folge, dass Souveränität, Staatlichkeit und auch Verfassungsgebung relativiert werden.

Für die Entwicklung des 19. Jahrhunderts wurden die Begriffe „Staatenbund“ einerseits und „Bundesstaat“ andererseits ausgeprägt.⁴³ Bis heute werden diese beiden Begriffe als zwei Modelle für föderale Strukturen begriffen. Diese werden als aliud verstanden, deren Gemeinsamkeit darin liegt, dass beide aus Staaten bestehen: Der Staatenbund ist aber selbst kein Staat. Die rechtlichen Regeln seiner föderalen Struktur sind deshalb völkerrechtlicher Natur und haben keine Verfassungsqualität. Der Bundesstaat ist selbst ein Staat, dessen Verfassung die föderale Struktur ausgestaltet.⁴⁴ Danach stellt sich die Entwicklung vom Deutschen Bund als einem bloßen Staatenbund zum Bundesstaat, der bereits durch die Paulskirchenverfassung 1849 konzipiert und in anderer Form mit dem Norddeutschen Bund 1867 oder jedenfalls mit dem Kaiserreich 1871 verwirklicht wurde, als das Erreichen einer neuen föderalen Entwicklungsstufe durch die Entstehung neuer Staatlichkeit dar.⁴⁵

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts hat die Unterscheidung die deutsche Sichtweise der Entwicklung der Europäischen Union geprägt. Die modellhafte Gegenüberstellung von Staatenbund und Bundesstaat legt es nahe, die Europäische Union als Staatenbund zu verstehen. Die geschichtliche Erfahrung der deutschen Reichsgründung führt damit zu der Frage, ob die Entwicklung der Europäischen Integration in die Richtung der Gründung eines Bundesstaates geht. Vor allem in der Phase des zweiten Europäischen Konvents („Verfassungskonvent“) und der (gescheiterten) Ratifizierung des so genannten Verfassungsver-

⁴² Ebd.; Art. 20 (Bundesstaat) Rn. 37 m.w.N.

⁴³ Sommermann, 2018; Art. 20 Abs. 1 Rn. 22.

⁴⁴ Grzeszick, 2018; Art. 20 (Bundesstaat), Rn. 31 ff.

⁴⁵ Ebd.; Rn. 5 f.

trags (2001-2005) wurde um die theoretische und begriffliche Frage gerungen, ob der Entstehung von „Verfassungsrecht“ die Existenz bzw. Gründung eines Staates notwendig vorausliege. Nach ganz herrschender Auffassung in Deutschland ist die Europäische Union bis heute kein Bundesstaat.⁴⁶ Das Bundesverfassungsgericht geht sogar so weit, eine weitere Europäische Integration, die den Schritt zu einem Bundesstaat bedeuten würde, davon abhängig zu machen, dass Deutschland im Rahmen des Art. 146 GG seine eigene Verfassung ablöst.⁴⁷ Nach dieser Rechtsprechung reicht die in Art. 23 Abs. 1 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG geregelte Integrationsgewalt nicht aus, um ohne Volksabstimmung einen solchen Weg zu gehen. Obwohl der „Verfassungsvertrag“ gescheitert ist und obwohl die Europäische Union selbst kein Staat ist, hat sich inzwischen weitgehend durchgesetzt, von Europäischem Verfassungsrecht in einem weiteren Sinne zu sprechen.⁴⁸ Grundsätzlich stellt sich dabei die Frage, ob Kategorien des Staatsrechts und der Verfassungstheorie des 19. Jahrhunderts überhaupt geeignet sind, die Europäische Union in ihrem Wesen zu erfassen. Vieles spricht dafür, dass die Europäische Union ihren eigenen Weg geht, der weder allein mit dem Völkerrecht noch mit der Bundesstaatstheorie angemessen abgebildet werden kann und dass auch der Begriff „Staatenbund“ allenfalls den äußeren Rahmen, nicht aber das innere Gefüge der Unionsordnung umschreibt.⁴⁹

Die Frage nach den Wesensmerkmalen eines Bundesstaates stellt sich auch beim Verfassungsvergleich. Auch hier zeigt sich, dass eine dichotomische Gegenüberstellung von Bundesstaat und Einheitsstaat den Blick verengt und Staaten, die einen stark ausgeprägten Regionalismus haben, nicht gerecht werden kann.

Das führt zu der Erkenntnis, dass die vielen Ausgestaltungsvarianten des Föderalismus so viele Stufen kennen und so vielfältig kombinierbar sind, dass ihre theoretische Betrachtung sich nicht darauf verengen sollte, diese Varianten einer von drei Grundformen (Staatenbund – Bundesstaat – Regionalstaat) zuzuordnen.⁵⁰ Ob Unterschiede insoweit gradueller oder kategorischer Natur sind, sollte nicht überschätzt werden. Auch Vergleiche zwischen Gliedstaaten und autonomen Regionen oder zwischen Organen der Europäischen Union und denen eines Bundesstaates können bei allen Unterschieden lohnen. Solche Vergleiche lohnen

⁴⁶ Wollenschläger, 2015; Art. 23 Rn. 16 jeweils m.w.N.

⁴⁷ BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 –, BVerfGE 123, 267 (Rn. 228 u. 263).

⁴⁸ Bieber/Kotzur, 2016; S. 84.

⁴⁹ Deshalb benutzt das BVerfG seit dem Maastricht-Urteil den neuen Begriff „Staatenverbund“, BVerfGE 89, 155 (188, 190).

⁵⁰ Häberle, 2006; S. 569 ff.

auch, um Modelle zu bewerten und von positiven wie negativen Erfahrungen wechselseitig zu lernen. Damit ist freilich nicht gemeint, dass es eine Idealform des Föderalismus gäbe und es verfassungspolitisch wünschenswert wäre, diese zu übernehmen oder sich ihr anzunähern.

II. STRUKTURMERKMALE UND ENTWICKLUNGSTENDENZEN DES DEUTSCHEN FÖDERALISMUS – EINE PROBLEMORIENTIERTE ANALYSE

1. *Die Entwicklung des Rechts im deutschen Bundesstaat*

Es ist ein weit verbreiteter Irrtum, dass das Wesen des Bundesstaates auf eine Vielfalt des Rechts angelegt sei. Träfe diese Prämisse zu, dann erschiene Deutschland als ein atypischer Bundesstaat und seine Rechtswirklichkeit wäre ein Zerrbild des im Grundgesetz normierten Bundesstaatsprinzips. Denn die bei weitem meisten und bedeutendsten Gesetze sind – so es sich nicht um Unionsrecht handelt – in Deutschland Bundesgesetze.⁵¹ Soweit den Ländern Gesetzgebungskompetenzen verbleiben, finden wir nicht selten Landesregelungen, die in allen Ländern sehr ähnlich oder sogar wortidentisch sind. Von einer die deutsche Rechtsordnung prägenden Vielfalt des Landesrechts kann keine Rede sein.

Eine Vermutung landesrechtlicher Vielfalt wird freilich durch Grundannahmen des Staatsrechts und auch durch Normen des Grundgesetzes geradezu nahe gelegt: Wenn die Gliedstaaten eines Bundesstaates Staatsqualität und Verfassungsautonomie haben, folgt daraus, dass sie drei Gewalten (der Legislative, Exekutive und Judikative) haben. Dabei wird die Gesetzgebung traditionell als „erste Gewalt“ verstanden. Auch das Grundgesetz nennt sie in Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG an erster Stelle und regelt die Bundesgesetzgebung in Art. 70 ff. GG vor der Ausführung der Bundesgesetze nach Art. 83 ff. GG und der Rechtsprechung nach Art. 92 ff. GG. Auch wenn wir die Regelungen des Grundgesetzes zum Föderalismus betrachten, erwecken diese den Eindruck, als seien den Müttern und Vätern des Grundgesetzes die Gesetzgebungskompetenzen der Länder ganz besonders wichtig gewesen. Nach Art. 30 GG ist die „Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben (...) Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt“ und Art. 70 Abs. 1 GG bekräftigt diesen Grundsatz noch einmal explizit für die Gesetzgebung: „Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.“

⁵¹ Rozek, 2018; Art. 70 Abs. 1 Rn. 3.

Indes entpuppt sich die Regelung des Art. 70 Abs. 1 GG als eine rein gesetztechnische Klausel,⁵² die besagt, dass die im Grundgesetz geregelten Gesetzgebungskompetenzen die (zahlreichen) Bundeskompetenzen aufzählt und nicht die verbleibenden Landeskompetenzen. Dabei sei erwähnt, dass viele der wichtigsten Gesetzgebungskompetenzen der so genannten „konkurrierenden Gesetzgebung“ unterfallen. Das gilt nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG z. B. für „das bürgerliche Recht, das Strafrecht, die Gerichtsverfassung (und) das gerichtliche Verfahren“. Insoweit greift der Mechanismus des Art. 72 Abs. 1 GG: „Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.“ Dieser verweist zwar auf den ersten Blick primär auf die Länder, enthält aber der Sache nach eine Kompetenzsperre zulasten der Länder.

Viel besser lässt sich der deutsche Föderalismus verstehen, wenn wir als dessen Ziel weniger die Erhaltung landesgesetzlicher Vielfalt ansehen, sondern ihn umgekehrt primär als einen Modus der Rechtsvereinheitlichung begreifen. Deutschland ist ein „unitarischer Bundesstaat“ (Konrad Hesse).⁵³ Das lässt sich auch aus der Entstehung des deutschen Bundesstaates im 19. Jahrhundert ableiten. Die Reichsverfassung von 1871 hat nicht etwa Demokratie und Grundrechte konstituiert, sondern bleibt im monarchischen Modus.⁵⁴ Als Kernelement dieses Bundesstaates darf gelten, einen Modus bundeseinheitlicher Gesetzgebung geschaffen zu haben.⁵⁵ Die Reichsgesetzgebung als „Ausnahme“ und Einschränkung eines Grundsatzes föderaler Rechtsvielfalt zu sehen, mag technisch zutreffend sein, trifft aber nicht die Intention der Schaffung dieses Bundesstaats. Die Monarchen standen nicht zuletzt deshalb unter Druck, diesen Bundesstaat zu gründen, weil die Industrialisierung Deutschlands nach einem einheitlichen Rechtsrahmen verlangte. Gerade dieser wurde durch die Reichsgründung ermöglicht.⁵⁶ Der rein rechtliche Ertrag des Kaiserreichs, der bis heute das deutsche Recht prägt ist die Schaffung eines bundeseinheitlichen Privat-, Wirtschafts- und Prozessrechts.⁵⁷ Gesetze wie das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), das Handelsgesetzbuch (HGB), die Gewerbeordnung (GewO), die Zivilprozessordnung (ZPO) gelten noch heute,

⁵² Uhle, 2018; Art. 70 Rn. 24.

⁵³ Hesse, 1962.

⁵⁴ Stern, 2000; S. 353 ff.

⁵⁵ Ebd.; S. 364 f.

⁵⁶ Ebd.

⁵⁷ Funk, 2010; S. 232 f.

haben also das Kaiserreich, die Weimarer Verfassung und den Nationalsozialismus überdauert und sind auch unter dem Grundgesetz in wesentlichen Teilen und Strukturen erhalten geblieben. Diese nationale Rechtsvereinheitlichung und die bemerkenswerte Kontinuität dieser Regelungen sind für die Entwicklung von Wirtschaft und Handel in Deutschland von nicht zu unterschätzendem Wert.

Auch die Modifizierung dieses Systems im Rahmen der Föderalismusreform 2004 ändert daran nichts: Zwar ist durch Art. 72 Abs. 3 GG n. F. das neue Modell einer Abweichungsgesetzgebung geschaffen worden. Dieses gilt aber nur in wenigen ausgewählten Bereichen und löst das Modell einer Rahmengesetzgebung ab. In Materien der Abweichungsgesetzgebung gilt für die Länder anders als sonst bei der konkurrierenden Gesetzgebung keine Kompetenzsperre, auch wenn der Bund von seiner parallel bestehenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat. In diesen Bereichen gilt auch nicht der Grundsatz des Art. 31 GG „Bundesrecht bricht Landesrecht“, sondern die *lex posterior*-Regel. Die Möglichkeit der Abweichungsgesetzgebung betrifft aber nur wenige spezielle Rechtsgebiete⁵⁸ und die Länder haben von dieser Möglichkeit bisher auch nur punktuell Gebrauch gemacht. Bemerkenswert am Modell der Abweichungsgesetzgebung ist, dass auch der Bund die Möglichkeit hat, gegebenenfalls abweichende Länderregelungen zu vereinheitlichen. Das Modell der Abweichungsgesetzgebung ist also nicht einseitig auf Rechtsvielfalt angelegt, sondern ermöglicht ein Wechselspiel zwischen landesspezifischen Regelungen und bundesrechtlicher Vereinheitlichung. Es fügt sich als Variante in eine föderale Kompetenzordnung, die insgesamt darauf angelegt ist, eine im Ausgangspunkt bestehende Rechtsvielfalt in weiten Bereichen durch eine allmähliche Vereinheitlichung des Rechts abzulösen.

An dieser Stelle sei bemerkt, dass insoweit Parallelen zur Gründung und Entwicklung der Europäischen Union bestehen. Die Vereinheitlichung des Wirtschaftsrechts ist und bleibt ein zentrales Ziel der Union.⁵⁹ Das zeigt, dass dieses Ziel auch andere föderale Ordnungen und nicht nur einen Bundesstaat prägen kann. Anders ausgedrückt: Es bedarf nicht notwendigerweise der Gründung eines Bundesstaates, um Recht zu vereinheitlichen. Auch andere föderale Ordnungen können sehr effektiv sein, um dieses Ziel zu verwirklichen.

Das Besondere des Föderalismus bezogen auf die Gesetzgebung ist die Form der Beteiligung der Gliedstaaten an solcher einheitlicher Gesetzgebung. Auch insoweit gibt es jedenfalls im Ausgangspunkt eine strukturelle Parallele zwischen

⁵⁸ Vgl. Art 72 Abs. 3 Nr. 1-6 GG.

⁵⁹ Bieber/Kotzur, 2016; S. 104 ff.

dem deutschen Bundesratsmodell und dem Rat der Europäischen Union. In beiden Organen werden die Interessen der Länder bzw. der Mitgliedstaaten durch Regierungsvertreter repräsentiert. Dadurch werden wesentliche Debatten um Inhalte und Kompromisse zwischen Regierungsvertretern – und nicht in Parlamenten – ausgetragen.

Föderalismus begünstigt deshalb die Bedeutung von Regierungen. Im deutschen Bundesstaat gilt das übrigens auch für Bereiche, in denen den Ländern Gesetzgebungskompetenzen verbleiben: Das allgemeine Sicherheitsrecht ist Länderkompetenz. Die Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder folgen aber weitgehend einem bundeseinheitlichen Musterentwurf. Noch stärker folgen die Landes-Verwaltungsverfahrensgesetze dem Konsensprinzip. Auch die Kultur- und Bildungspolitik⁶⁰ als die „klassische“ Länderkompetenz unterliegt starken Bedürfnissen der Vereinheitlichung. Solche Vereinheitlichung erfolgt – mehr schlecht als recht – über die Kultusministerkonferenz.

Für den Bildungsföderalismus streiten – abgesehen von seiner Tradition – Argumente des Wettbewerbs, d. h. die Hoffnung, dass so immer neue Bildungspolitik dezentral ausprobiert werden möge und sich die jeweils besseren Modelle durchsetzen. Der Bildungsföderalismus steht aber auch unter heftiger Kritik von zwei Seiten: Wo sich die Kultusminister auf einheitliche Standards einigen wird einerseits beklagt, dass die Landesparlamente entmachtet werden und die föderale Vielfalt als Idee unterlaufen werde. Soweit andererseits föderale Vielfalt existiert, wird beklagt, dass gerade bei den Bildungssystemen mindestens Vergleichbarkeit zugunsten der Chancengleichheit⁶¹ und der Freizügigkeit wünschenswert wären. Glaubt man Umfragen, dann steht eine Mehrheit der Bundesbürger/innen dem Bildungsföderalismus bzw. seinen Konsequenzen skeptisch gegenüber.⁶² Zu solchem Bildungsföderalismus gibt es zwei Alternativen:⁶³ Erstens wird die Schaffung von Kompetenzen des Bundes zu Gesetzgebung in der Bildungspolitik gefordert. Dies würde freilich einen Bruch mit Traditionen und mit einem Kernelement des deutschen Föderalismus bedeuten. Zweitens wird – innerhalb des bestehenden Systems – der Abschluss eines Bildungsstaatsvertrags gefordert. Ein

⁶⁰ Häberle, 1998; S. 776 ff.; ders., 1999; S. 549.

⁶¹ Zuletzt die mangelnde Vergleichbarkeit feststellend BVerfG, Urteil vom 19. Dezember 2017 – 1 BvL 3/14 –, Rn. 176 ff.

⁶² Im Februar 2018 sprachen sich in einer Umfrage 73 % der Befragten für eine Abschaffung des Bildungsföderalismus aus; Quelle: <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Drei-von-vier-Buergern-wollen-Bildungsfoederalismus-abschaffen.html>, Stand: 13.09.2018.

⁶³ Dazu Linder, 2018; S. 96 ff. m.w.N.

solcher Staatvertrag könnte freilich zu einer Versteinering des Bildungssystems führen, soweit er nur im Konsens zu revidieren wäre. Damit würden der Wettbewerbsgedanke und die Vorteile der Flexibilität des Föderalismus ad absurdum geführt. Soweit ein Staatsvertrag seinerseits Mehrheitsregeln einführen würde, implizierte er die Pflicht, sich Mehrheitsentscheidungen zu unterwerfen, die weder von einem Parlament getroffen werden noch von einer Exekutive, deren Zusammensetzung durch alle Betroffenen beeinflussbar ist.

Das Phänomen der Parallelgesetzgebung im kooperativen Föderalismus⁶⁴ entlarvt nicht nur die These, dass der Bundesstaat primär auf Rechtsvielfalt angelegt sei, als Irrtum. Sie widerlegt auch die Vermutung, dass Länderkompetenzen dazu führen, dass im Föderalismus das Recht schneller geändert wird. Das Bild von einem Föderalismus, in dem auf Landesebene Gesetze ausprobiert und häufig angepasst werden und die bewährtesten Regelungen allmählich auf Bundesebene übernommen würden, entspricht nicht der Realität. Ein erster Blick in die verfassungsrechtlich geregelten Verfahren der Gesetzgebung auf Bundes- und Landesebene legt diese Vermutung freilich nahe: Allein die Tatsache, dass bei jeder Bundesgesetzgebung der Bundesrat zu beteiligen ist, lässt dieses Verfahren aufwändiger und schwerfälliger erscheinen. Wenn – wie bei den parallel im Bund und allen Ländern geregelten – Verwaltungsverfahrensgesetzen aber der Konsens politisch gelebt wird, d. h. Änderungen auf Landesebene nicht erfolgen, ohne diese mit allen andern Ländern (und dem Bund) abzustimmen, dann kehrt sich dies um. Zugespitzt könnte man sagen: Es ist leichter, auf Bundesebene die Verfassung zu ändern (wofür eine Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat erforderlich ist), als im Konsens das VwVfG zu reformieren.⁶⁵ In der Tat wurde das Grundgesetz in den letzten Jahrzehnten häufiger geändert als das Verwaltungsverfahrensgesetz.⁶⁶ Das Gesetzgebungsverfahren, das insofern am meisten auf Dynamik angelegt ist, wäre demnach die Bundeskompetenz in der Verfahrensvariante, dass der Bundesrat lediglich die Befugnis hat, Einspruch zu erheben.

2. *Das Homogenitätsprinzip und Phänomene zunehmender Unitarisierung*

Zwei Mechanismen bzw. Phänomene, die zu einer Unitarisierung des deutschen Rechts führen, wurden bereits angesprochen. Gemeint ist erstens die in Art. 72 Abs. 2 GG ausdrücklich normierte Sperrwirkung: Soweit der Bund von einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch macht, werden die

⁶⁴ Grzeszick, 2018; Art. 20 (Bundesstaat) Rn. 141 ff.

⁶⁵ Michael, 2016; S. 155.

⁶⁶ Ebd.; Fn. 89.

insoweit bestehenden Landeskompetenzen gesperrt. Zweitens sei auf das Phänomen der Parallelgesetzgebung im so genannten kooperativen Föderalismus verwiesen.

Der deutsche Bundesstaat ist aber noch weiter und tiefer gehend auf Homogenität der Rechtsordnung angelegt. Dass das im Grundsatz verfassungsgewollt ist, ergibt sich aus der so genannten „Homogenitätsklausel“ des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG: „Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen.“

Der Kerngedanke dieser Klausel ist, dass das Funktionieren eines Bundesstaats eine gewisse Homogenität seiner Gliedstaaten voraussetzt.⁶⁷ Insofern gibt es eine Entsprechung mit den Verfassungsvoraussetzungen einer Demokratie. Auch andere bundesstaatliche Verfassungen (z. B. Art. 4 Sec IV US-Verfassung) haben Homogenitätsklauseln und auch in der Europäischen Union wurde der Gedanke in Art. 6 und 7 EUV ausgeprägt. Die nicht nur praktisch entscheidende, sondern auch für die Bundesstaatstheorie grundlegende Frage ist, ob solche Klauseln restriktiv interpretiert werden und sich ihre praktische Bedeutung auf ein gemeinsames historisches Bekenntnis beschränkt oder ob sie extensiv interpretiert werden und die Verfassungsautonomie der Gliedstaaten spürbar beschränken. Letzteres rührt an die Staatlichkeit und das den Ländern bleibende Maß an Souveränität. Je strenger eine solche Homogenitätsklausel interpretiert wird, desto mehr beschränken sich die Spielräume der Gliedstaaten eines Bundesstaates auf ein Maß, das gegebenenfalls auch autonomen Regionen zugestanden wird. Für das deutsche Verfassungsrecht ist insofern eine differenzierte Antwort zu geben.

Einerseits wird Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG so interpretiert, dass er den Verfassungen der Länder einen „beträchtlichen Spielraum“⁶⁸ auf der Ebene der Verfassungsgestaltung belässt.⁶⁹ Homogenität bedeutet nach einer Formel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „weder Konformität noch Uniformität“.⁷⁰ Homogenität setzt im Bundesstaat die Verfassungsautonomie der Länder voraus und fordert „nur ein gewisses Maß“⁷¹ der Vergleichbarkeit. Auch der Text des Grundgesetzes bestätigt das: Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG spricht bloß von „Grundsätzen“.

⁶⁷ Mehde, 2018; Art. 28 Abs. 1 Rn. 4.

⁶⁸ Dreier, 2015; Art. 28 Rn. 66 m. w. N.

⁶⁹ Ebd.; Rn. 53.

⁷⁰ BVerfGE 83, 37 (58), st. Rspr.

⁷¹ BVerfGE 41, 88 (119).

Andererseits werden diese „Grundsätze“ des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG ergänzt durch Anforderungen an das Wahlrecht. Wahlen müssen danach auch auf Landesebene allgemein, unmittelbar, frei, gleich und geheim organisiert werden. Diese „Wahlgrundsätze“ sind der praktische Hauptanwendungsfall für die bundesverfassungsrechtlichen Anforderungen an die Verfassungsordnungen der Länder. In diesem praktisch relevanten Bereich hat sich eine Rechtsprechung entwickelt, die zwar rhetorisch ebenfalls die Spielräume der Wahlgesetzgeber betont, in der Sache aber sehr strenge Anforderungen aufstellt. Das gilt insbesondere für die Anforderungen an Sperrklauseln. Die einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Landesverfassungsgerichte gipfelte zuletzt in einer Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs Nordrhein-Westfalen, die es dem Landesgesetzgeber verwehrt, eine für Kommunalwahlen geltende Sperrklausel in der Landesverfassung zu verankern.⁷² Diese Rechtsprechung macht keinen Unterschied in den Anforderungen, die Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG an einfache Landesgesetze einerseits und an Landesverfassungen andererseits stellt. In dieser Lesart bedeutet Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG „insoweit Identität und nicht bloße Homogenität“.⁷³ Die strenge Rechtsprechung der deutschen Verfassungsgerichte zu den Sperrklauseln ist zwar umstritten.⁷⁴ Aber für die Entwicklung des Bundesstaates kann nicht übersehen werden, dass die Rechtsprechung einen erheblichen Beitrag zur Unitarisierung des Rechts leistet und landesspezifische „Sonderwege“ auf den Prüfstand der Vereinbarkeit mit den bundesverfassungsrechtlichen Maßstäben stellt. Das gilt auch im Verwaltungsrecht.

Das liegt auch daran, dass das Grundgesetz eine materielle Verfassung ist und dass das Bundesverfassungsgericht das materielle Verfassungsrecht und insbesondere die Grundrechte extensiv interpretiert.⁷⁵ Die Gerichte orientieren sich daran wiederum extensiv, d. h. auch dort, wo nicht unmittelbar eine formale Bindungswirkung besteht. Eine auf Homogenität und Kontinuität angelegte Judikative bewirkt Unitarisierungseffekte. Die obersten Bundesgerichte und das Bundesverfassungsgericht wiederum orientieren sich an der Rechtsprechung europäischer Gerichte, so dass dieser Effekt nicht nur innerhalb des Bundesstaates

⁷² VerfGH NRW, Urteil vom 21.11.2017 – VerfGH 15/16 –, http://www.vgh.nrw.de/entscheidungen/2017/171121_15-16.pdf.

⁷³ Möstl, 2009; Art. 14 Rn. 3 unter Verweis auf: Nierhaus, 2018; Art. 28 Rn. 18, der dies weder so klar ausspricht, noch die damit verbundene Frage der bundesstaatlichen Legitimität einer solchen Verengung stellt, sondern im Gegenteil von „Homogenität“ spricht.

⁷⁴ Michael, 2015; S. 68 ff.

⁷⁵ Koriath, 2018²; 1. Teil Rn. 15 ff.

zu beobachten ist. Freilich beobachten wir auch Beispiele für landesspezifische Rechtsprechung der Obergerichte, die wir als Phänomen eines föderalen Richterrechts bzw. als Judikativföderalismus beschreiben könnten. Aber prägender erscheinen die unitarisierenden Tendenzen.

An dieser Stelle sei auch noch einmal der Aspekt des Exekutivföderalismus aufgegriffen. Es war schon die Rede von den Landesregierungen, die im kooperativen Föderalismus in Bereichen von Gesetzgebungskompetenzen der Länder um gemeinsame oder jedenfalls vergleichbare Maßstäbe ringen. Zu erwähnen ist aber auch die föderale Verwaltungsorganisation: Hier gilt, dass der Schwerpunkt des Vollzugs der Gesetze und d. h. auch der Bundesgesetze durch Landesbehörden erfolgt. Bundesbehörden bilden die Ausnahme. Auch hier findet sich eine Parallele zum Vollzug des Unionsrechts, der primär durch die Mitgliedstaaten erfolgt – was in Deutschland bedeutet, dass auch das Unionsrecht, soweit es self executing ist, primär durch die Länder ausgeführt wird. Die föderale Vielfalt einer auf diese Weise dezentralen Verwaltung ist so organisiert, dass die Hierarchie der Verwaltung grundsätzlich – d. h. vorbehaltlich der Instrumente der Bundesaufsicht – in den jeweiligen obersten Landesbehörden, d. h. den Landesministerien gipfelt. Hinzu kommt, dass ein gewichtiger Teil der (örtlichen) Verwaltung gar nicht durch staatliche Behörden erfolgt, sondern der kommunalen Selbstverwaltung anvertraut ist.

In Zukunft wird dieses Modell einer dezentralen Verwaltungsorganisation aber mit den Entwicklungen der Digitalisierung einer zunehmend automatisierten Verwaltung unter starken Zentralisierungsdruck geraten. Die Folgen sind noch nicht absehbar, könnten aber von grundlegender Bedeutung für den Bundesstaat werden.

3. *Zwischenfazit*

Das Organisationsrecht des deutschen Bundesstaates ist auf der einen Seite von starken Kontinuitäten gekennzeichnet, die vor allem in das 19. Jahrhundert verweisen. Auf der anderen Seite steigt der Reformdruck. Insgesamt beobachten wir, dass die Frage nach dem Sinn des Bundesstaates und dem Ruf nach seiner Reform so alt wie der Bundesstaat selbst ist, die meisten Reformideen aber nie aufgegriffen wurden.

Das heißt aber nicht, dass sich das Thema theoretisch erschöpft hätte und es sich nicht lohnen würde, immer neu über die Zwecke des Föderalismus und deren Realisierung nachzudenken. Das sollte mit einer nüchternen Bestandsaufnahme beginnen. Selbst wenn es stimmen sollte, dass der Sinn des Bundesstaates nicht in der

Schaffung flexibler Rechtsvielfalt zu suchen ist. Selbst wenn das Bundesratsmodell die parlamentarische Gesetzgebung ebenso erschwert wie das politische Agieren der Bundesregierung auf der Ebene der EU. Bei allem Reformdruck wäre es geschichtsvergessen, den Bundesstaat und auch den Bundesrat als solches in Frage zu stellen.

Vielmehr ist der beständige Sinn des Bundesstaates primär auf einer symbolischen und kulturell⁷⁶ identitätsstiftenden Ebene sowie in seiner gewaltenbeschränkenden Wirkung zu sehen. Letztere gilt es auszubalancieren. Hier gibt es auch durchaus Bedarf an Nachjustierung. Deshalb soll dieser Beitrag über die Entwicklungen des deutschen Bundesstaates mit dessen Reformen abschließen. Dabei sollen nicht nur Bundesstaatsreformen der Vergangenheit als Teil dieser Entwicklung dargestellt werden. Vielmehr soll das Recht der Verfassungsrevision und seine Implikationen für die Reformfähigkeit des Bundesstaates in den Blick genommen werden.

III. FÖDERALISMUSREFORMEN UND GRUNDPROBLEME DES VERFASSUNGSREVISIONSRECHTS IM DEUTSCHEN BUNDESSTAAT

1. *Verfassungsreformen der Vergangenheit im Überblick*

Nur kurz seien die Föderalismusreformen in der Zeit des Grundgesetzes referiert. Zunächst wurde durch das Finanzverfassungsgesetz von 1955⁷⁷ das Trennungsprinzip durch Gründung eines Steuerverbundes zwischen Bund und Ländern aufgeweicht. Seither ist der Länderfinanzausgleich (Art. 107 GG) ein zentrales Thema für die politische Realität des deutschen Bundesstaates. Mit dem Finanzreformgesetz von 1969 wurden Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91a, 91b GG) eingeführt und damit Elemente eines kooperativen Föderalismus begründet und gleichzeitig der Länderfinanzausgleich reformiert.⁷⁸ Seither wird verfassungspolitisch um die Abschaffung bzw. Wiedereinführung von Gemeinschaftsaufgaben gerungen. 1976 wurden die Hürden für eine Neugliederung erhöht.⁷⁹

Die so genannte Föderalismusreform I wagte sich 2006 an eine Neuordnung der Zuständigkeiten von Bund und Ländern,⁸⁰ während die Föderalismusreform II 2009 eine Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen versuchte.⁸¹

⁷⁶ Häberle, 1998; S. 776 ff.; ders., 1999; S. 549.

⁷⁷ Gesetz zur Änderung und Ergänzung der Finanzverfassung vom 23.12.1955, BGBl. I, S. 817.

⁷⁸ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 12.05.1969, BGBl. I, S. 359.

⁷⁹ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 23.08.1976, BGBl. I, S. 2381.

⁸⁰ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. 8. 2006, BGBl. I, S. 2034.

⁸¹ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29.07.2009, BGBl. I, S. 2248.

2. Art. 79 Abs. 2 GG als problematischer Modus für Bundesstaatsreformen

Das bundesstaatliche Gefüge ist im Wesentlichen im Grundgesetz selbst, also auf Verfassungsebene geregelt. Um dieses Gefüge zu ändern bedarf es deshalb einer Verfassungsänderung. Der Modus der Verfassungsänderung ist in Art. 79 Abs. 2 GG geregelt: Es bedarf hierzu eines formellen Gesetzes, das mit einer doppelten Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat beschlossen werden muss.

In der Wahrnehmung der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft wird Art. 79 Abs. 2 GG als der konzeptionelle Dreh- und Angelpunkt des Verfassungsrevisionsrechts angesehen. Die Notwendigkeit von Zweidrittelmehrheiten für Verfassungsänderungen wird dabei als geradezu selbstverständlich hingegenommen oder gar als legitimitätssteigernd gepriesen. Verfassungspolitisch wird allenfalls darüber nachgedacht, Verfassungsänderungen außerdem von einer Volksabstimmung abhängig zu machen (so sieht z. B. Art. 75 Abs. 1 Verfassung des Freistaates Bayern eine Zweidrittelmehrheit im Landtag und eine Volksabstimmung vor). Genährt werden solche Überlegungen von der rein quantitativen Beobachtung, dass das Grundgesetz vergleichsweise häufig geändert wird.

Diese verbreitete Sichtweise ist aus einer verfassungstheoretischen Perspektive durchaus fragwürdig. Schon die Betrachtung des Art. 79 GG als Dreh- und Angelpunkt des Verfassungsrevisionsrechts ist angreifbar: Dem Gesetzgeber die Verfassungsänderung überhaupt anzuvertrauen, ist keinesfalls selbstverständlich. *Emmanuel Joseph (Abbé) Sieyès*⁸² hat aus seiner Trennung von verfassender und verfasster Gewalt den Schluss gezogen, dass für Verfassungsänderungen jeweils eigene Institutionen (z. B. eine verfassungsgebende Versammlung) zusammenzutreten müssen. Richtig ist, dass erhöhte Mehrheitsanforderungen plausibel sind, wenn dem Gesetzgeber Verfassungsänderungen ohne weitere Verfahrenshürden anvertraut werden. Denn sonst wären sowohl der Beständigkeitsanspruch des Verfassungsrechts als auch die Bindung der Gesetzgebung an die Verfassung in Frage gestellt. Die Verfassungsvergleichung zeigt, dass es auch andere Varianten gibt – insbesondere die in den Gliedstaaten der USA und in der Schweiz geregelten Verfahren für Verfassungsrevisionen, bei denen ein Konvent gewählt wird, um Änderungen vorzuschlagen, die dann dem Volk zur Abstimmung vorgelegt werden. In solchen Verfahren sind einfache Mehrheiten hinreichend. Es ist nämlich nicht richtig, dass qualifizierte Mehrheitserfordernisse die Konsequenz aus

⁸² Sieyès, 1975; S. 257. Thoma, 1932; S. 153: „Der Weimarer Nationalversammlung hätte es freigestanden, ein besonderes *pouvoir constituant* einzusetzen (sic!) und etwa zu bestimmen, daß Verfassungsänderungen nur von einer ad hoc zu wählenden neuen Nationalversammlung beschlossen werden könnten, oder nur mittels eines Referendums«.

dem Vorranganspruch des Verfassungsrechts darstellen. Verfassunggebung sollte zwar inhaltlich auf möglichst breiten Konsens bedacht sein, erfolgt aber letztlich im Modus der Abstimmungen mit einfacher Mehrheit. Das ist auch für Verfahren der Verfassungsablösung – in Deutschland ausdrücklich vorgesehen in Art. 146 GG – anzunehmen. Jedes Erfordernis von Zweidrittelmehrheiten hat nämlich zur Konsequenz, dass eine Sperrminorität⁸³ blockieren kann, dass eine Mehrheit die Verfassung revidieren will. Das Mehrheitsprinzip ist kein Kompromiss, sondern die ideale Mitte. Qualifizierte Mehrheitsanforderungen begründen Vetopositionen für Minderheiten. Im Verfassungsrevisionsrecht werfen sie das Problem der Herrschaft der Toten über die Lebenden auf, weil dann überkommene Verfassungsinhalte, die nicht mehr konsensfähig sind, gegen die sogar eine Mehrheit ist, bindend bleiben. Im deutschen Verfassungsrevisionsrecht wird dieses Problem noch verschärft, weil Art. 79 Abs. 2 GG auch eine Zweidrittelmehrheit im Bundesrat voraussetzt.

Bezogen auf Föderalismus-Reformen liegt es in der Natur dieses Verfahrens, dass die Länder auf Kompetenzen und Rechte wenn überhaupt nur dann verzichten, wenn ihnen dafür Kompensation angeboten wird. Erst Recht ist es in diesem Verfahren unwahrscheinlich, Rechte des Bundesrates zu begrenzen, um dem Bundestag und der Bundesregierung größere Spielräume einzuräumen. Die Föderalismus-Reform 2006 hat gezeigt, dass auch ein besonderes Gremium einer Kommission in diesen Fesseln gefangen bleibt, wenn das Ergebnis im Revisionsmodus des Art. 79 Abs. 2 GG zu verabschieden ist.

Die Folge des Revisionsmodus des Art. 79 Abs. 2 GG ist deshalb, dass sich Föderalismus-Reformen in Deutschland – das gilt insbesondere für die so genannte Föderalismusreform I 2006 – im Grunde genommen „im Kreis drehen“. Noch so gute Vorschläge für eine grundlegendere Reform des deutschen Föderalismus werden in diesem Verfahren kaum je eine Chance auf Verwirklichung haben.

3. *Art. 79 Abs. 3 GG als problematische inhaltliche Grenze für Bundesstaatsreformen*

Art. 79 Abs. 3 GG enthält auch eine inhaltliche Grenze, die im Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 GG nicht überschritten werden darf. Auch diese wird in der deutschen Rechtswissenschaft heute meist⁸⁴ als selbstverständ-

⁸³ Merkel, 1996; S. 122.

⁸⁴ Eine kritische Auseinandersetzung erfolgt hingegen bei Dreier, 1994; S. 747 f. Im Ausgangspunkt ähnlich, aber mit nicht nur verfassungspolitischen Konsequenzen: Michael, 2013; Art. 146 GG Rn. 591-602.

lich genommen und gerne als „Ewigkeitsklausel“ bezeichnet. In den 1950er Jahren lesen wir von der „Fragwürdigkeit“⁸⁵ des „nicht unbedenkliche(n)“⁸⁶ „höchst problematische[n]“⁸⁷ „unbegreifliche(n)“⁸⁸ Art. 79 Abs. 3 GG, der jedenfalls „mit seiner Festlegung auch organisationsrechtlichen Gegenwartsrechts zu weit geht“.⁸⁹ Unverfügbar sind danach nicht nur die Menschenwürde und das Demokratieprinzip, sondern auch das Bundesstaatsprinzip. Mehr noch: Anders als bei den anderen Staatsstrukturprinzipien, die nur als solche indisponibel sein sollen, nennt Art. 79 Abs. 3 GG außerdem noch zwei ausdrückliche Elemente des Bundesstaatsprinzips, die nicht angetastet werden dürfen. So ist eine „Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, (...) unzulässig“.

Zusätzliche Bedeutung erhält Art. 79 Abs. 3 GG dadurch, dass er nicht nur für Verfassungsänderungen i. e. S. gilt, sondern nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG auch für den Integrationsgesetzgeber, d. h. für die Mitwirkung der Bundesrepublik an der Europäischen Einigung. Nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts⁹⁰ ist mit dem Lissabon-Vertrag diese Grenze auch erreicht, wenn auch noch nicht überschritten.

4. *Auswege und Alternativen*

Diese Erwägungen zu Art. 79 Abs. 2 GG und zu Art. 79 Abs. 3 GG können den Eindruck erwecken, das Grundgesetz und der deutsche Föderalismus könnten mit der Zeit in eine Sackgasse geraten. Indes gibt es einen Ausweg, den das Bundesverfassungsgericht⁹¹ in Bezug auf einen weiteren Schritt der europäischen Integration, der gegebenenfalls die Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG sprengen könnte, bereits explizit benannt hat. Art. 146 GG weist den Weg in eine mögliche Verfassungsablösung, also für die nicht nur punktuelle Änderung einzelner Bestimmungen, sondern für das Inkrafttreten einer insgesamt neuen Verfassung. Dieser Weg könnte auch für eine grundlegende Föderalismus-Reform in Betracht kommen.

⁸⁵ Mosler, 1954; S. 268, Fn. 54; Schaumann, 1966; S. 721 spricht von einem „fragwürdigen Versuch“.

⁸⁶ Eschenburg, 1965; S. 390.

⁸⁷ Lerche, 1953; S. 28.

⁸⁸ Loewenstein, 1951/52; S. 420.

⁸⁹ Maunz/Dürig, 1960; Art. 79 GG Rn. 27 ff., 29.

⁹⁰ BVerfGE 123, 267 (Rn. 217); anders noch klingt BVerfGE 89, 155 (180) ist insoweit aber auch nicht eindeutig.

⁹¹ BVerfGE 123, 267 (Rn. 217); anders noch klingt BVerfGE 89, 155 (180) ist insoweit aber auch nicht eindeutig.

Die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft kritisierte das Bundesverfassungsgericht für seinen Verweis auf Art. 146 GG heftig und reagierte mit „Spott, jedenfalls aber mit Unverständnis“,⁹² sah in dem Urteil „Züge des Absurden“.⁹³ Das Missverständnis der Wissenschaft besteht indes darin, das Bundesverfassungsgericht habe damit eine „Revolution“⁹⁴ gemeint.

Richtigerweise⁹⁵ sind die Rechtsprechung und Art. 146 GG so zu deuten, dass damit auch für Deutschland eine rechtsstaatliche, nicht revolutionäre Möglichkeit eröffnet wird, das Grundgesetz jenseits des Verfahrens des Art. 79 Abs. 2 GG und jenseits der Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG zu revidieren. In einem solchen Verfahren der Verfassungsablösung wären dann nicht Bundestag und Bundesrat die Akteure, sondern ein Verfassungskonvent und das Volk, indem es diesen wählt und über dessen Entwurf mit einfacher Mehrheit abstimmt. Art. 146 GG entfaltet seine volle Wirksamkeit, indem auch das Verfahren der Verfassungsablösung mit einfachem Gesetz – ohne die Hürde des Art. 79 Abs. 2 GG – regelbar wäre.

In dieser Sichtweise ist Art. 146 GG verfassungstheoretisch sogar die Grundnorm der Verfassungsrevision und Art. 79 Abs. 2 GG im Verhältnis dazu nicht mehr als ein vereinfachtes Verfahren, das aus guten Gründen an inhaltliche Grenzen gebunden ist. *Ulrich Scheuner* spitzte das einmal so zu: Art. 79 Abs. 3 GG sei „nur erträglich, weil das GG für die Zukunft den Weg einer Gesamtrevision in Art. 146 GG eröffnet“.⁹⁶ Ob sich die Auffassung von Art. 146 GG als Verweis auf eine rechtlich verfasste, verfassungsablösende Gewalt durchsetzen wird und ob der Artikel auch praktische Relevanz erhalten wird, bleibt abzuwarten. An dieser Stelle ist lediglich festzuhalten, dass nicht nur der Prozess der Europäischen Integration, sondern auch der Reformbedarf des Bundesstaates die Frage nach Alternativen zu Art. 79 GG nahelegen. Die Verfassungstheorie tut gut daran, diese Fragen heute zu durchdringen, damit sie vorbereitet ist auf eine Situation, in dem die Grenzen des Art. 79 GG einem mehrheitsfähigen Reformdruck nicht mehr standhalten.

Die Frage der Interpretation des Art. 146 GG und seines Verhältnisses zu Art. 79 Abs. 3 GG ist freilich sehr umstritten und wurde von der Rechtsprechung⁹⁷

⁹² Nettesheim, 2012; S. 340 f.; ähnlich Halberstam/Möllers, 2009; S. 1252; Herdegen, 2018; Art. 146 GG Rn. 3.

⁹³ Nettesheim, 2012; S. 341.

⁹⁴ Möllers, FAZ vom 20.10.2011, Nr. 244, S. 6.

⁹⁵ Michael, 2013; Art. 146 GG Rn. 585-602.

⁹⁶ Scheuner, 1953; 583; zustimmend Merkel, 1996; S. 121.

⁹⁷ BVerfGE 123, 267 (Rn. 217); anders noch klingt BVerfGE 89, 155 (180), ist insoweit aber auch nicht eindeutig.

ausdrücklich offen gelassen. Vielfach⁹⁸ wird eine Anwendung des Art. 79 Abs. 3 GG auch innerhalb des Art. 146 GG gefordert. Zu einem anderen Ergebnis⁹⁹ kommen vor allem diejenigen, die Art. 146 GG als bloß deklaratorischen Verweis auf die verfassungsgebende Gewalt verstehen. Eine dritte Auffassung, die eine Verfassungsablösung als die durch Art. 146 GG verfasste Alternative zu Art. 79 Abs. 2 und Abs. 3 GG deutet, sucht ihre Begründung in der Verfassungstheorie einerseits (und fordert, das dichotomische Denken von *Carl Schmitt* insoweit zu überwinden) und verweist auf die Volkssouveränität andererseits.

Damit ist die Frage aufgeworfen, die sich unabhängig davon stellt, ob ein Verfahren nach Art. 146 GG Verfassungsgebung oder verfasste Verfassungsablösung darstellt: Wie verhält sich im Bundesstaat die Souveränität des Bundesvolks zur Souveränität der Gliedstaaten (und ihrer Teilmölkler)? Auf diese, auch in einem tieferen Sinne, „letzte“ Frage gibt es keine eindeutige Antwort der Verfassungstheorie bzw. der Bundesstaatstheorie. Denkbar sind unterschiedliche Ergebnisse und wir finden diese auch in unterschiedlichen Bundesstaaten vor. Wer Art. 146 GG als verfasste Gewalt ansieht, sollte die Antwort auf diese Frage im geltenden Verfassungsrecht suchen.

Im Vergleich zwischen der Schweiz und Deutschland zeigt sich, wie unterschiedlich Bundesstaaten konzipiert sein können: Die Präambeln beider Verfassungen benennen mit denkbar klarer Sprache die verfassungsgebende Gewalt. Nach dem Grundgesetz ist es „das Deutsche Volk“, nach der Schweizer Bundesverfassung hingegen „das Schweizer Volk und die Kantone“, die sich ihre jeweilige Verfassung gegeben haben. Das spiegelt sich auch in den einschlägigen Vorschriften über die Ablösung bzw. Totalrevision der Verfassungen: Während nach Art. 146 GG gegebenenfalls „eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist“, heißt es in Art. 195 Schweizer Bundesverfassung (1999): „Die ganz oder teilweise revidierte Bundesverfassung tritt in Kraft, wenn sie von Volk und Ständen angenommen ist.“

Die „verfassungsändernde Gewalt des Volkes und der Kantone“¹⁰⁰ ist eine geteilte. Der Souverän ist zur gesamten Hand das Volk mit den Kantonen und beide sind „gleichgestellt“.¹⁰¹ Die Schweizer Bundesverfassung relativiert die Volkssou-

⁹⁸ Isensee, 2014; § 258, Rn. 72.

⁹⁹ Scheuner, 1953; 583; Stern, 1984; S. 167, 176; Storost, 1990; 330; Wiederin, 1992; 431 ff.; Kriele, 1991, 3 f.; Grimm, 2003; § 1 Rn. 43; Huber, 2018; Art. 146 Rn. 9; Moelle, 1996; 207 ff.; Merkel, 1996; S. 121; Stückrath, 1997; S. 247 f.; vgl. auch Wahl, 1990; S. 478.

¹⁰⁰ Fleiner/Giacometti, 1949; S. 701.

¹⁰¹ Burckhardt, 1914; Art. 118, S. 812.

veränität föderal. Das Bundesvolk entscheidet nicht souverän, sondern es paktiert mit den Ständen, wobei für beide Teile das Mehrheitsprinzip gilt. Die Schweiz ist eine nach wie vor bündische Föderation des Volkes mit den Ständen. Der Unterschied lässt sich geschichtlich erklären. Während der Norddeutsche Bund und das Kaiserreich noch bündisch gegründet und begründet wurden, liegt der entscheidende, insofern diskontinuierliche Schritt in der Weimarer Verfassung. In den Worten von *Konrad Hesse*:¹⁰² „Jene älteren bündischen Grundlagen... sind heute unwiederbringlich dahin.“ Der Schritt zur Republik war ein doppelter. Hier wurde die Volkssouveränität in zweifachem Sinne begründet, nämlich dass das Volk souverän wurde (Demokratie- und Republikprinzip) und welchem Volk die Souveränität zustand (Erneuerung des Bundesstaates). Seither ist der deutsche Bundesstaat „ohne bündische Grundlage“ (*Carl Schmitt*).¹⁰³ Die Bundesrepublik Deutschland beruht auf einer „Herrschaft des ungeteilten nationalen Souveräns“.¹⁰⁴ Damit ist es möglich und legitim, das Verfassungsrevisionsrecht des deutschen Bundesstaates auf die Souveränität des Bundesvolks zu gründen.

IV. LITERATURVERZEICHNIS

- BAUER, H. (2015). In: Dreier (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar. Band II*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.
- BIEBER, R./KOTZUR, M. (2016). In: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur (Hrsg.). *Die Europäische Union*. 12. Auflage. Baden-Baden: Nomos.
- BURCKHARDT, W. (1914). *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*. 2. Auflage. Bern: Stämpfli.
- DI FABIO, U. (1993). Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?. *Der Staat*. 32. Jahrgang, 191-217.
- DREIER, H. (2013). In: Dreier (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar. Band I*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.
- DREIER, H. (2015). In: Dreier (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar. Band II*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.
- DREIER, H. (1994). Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat. *Juristenzeitung*. 49. Jahrgang, S. 741-752.
- ESCHENBURG, T. (1965). *Staat und Gesellschaft in Deutschland*. 3. Auflage (unveränderter Nachdruck der 2. Auflage 1957). Stuttgart: Curt E. Schwab.

¹⁰² Hesse, 1962; S. 9.

¹⁰³ Schmitt, 1928; S. 389.

¹⁰⁴ Di Fabio, 1993, S. 201; anders Hanebeck, 2004; S. 272.

- FLEINER, F./GIACOMETTI, Z. (1949). *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*. Zürich: Polygraphischer Verlag.
- FUNK, A. (2010). *Föderalismus in Deutschland. Vom Fürstenbund zur Bundesrepublik*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung.
- GRIMM, D. (2003). Ursprung und Wandel der Verfassung. In: Isensee/Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der BRD* (S. 3-43). Band I. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.
- GRZESZICK, B. (2018). In: Maunz/Dürig (Begr.). *Grundgesetz-Kommentar*. 82. EL Januar 2018. München: C.H. Beck.
- HÄBERLE, P. (1992). Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells. *Juristenzeitung*. 47. Jahrgang, S. 1033-1043.
- HÄBERLE, P. (1993). Die Entwicklung des Föderalismus in Deutschland - insbesondere in der Phase der Vereinigung. In: Kramer (Hrsg.). *Föderalismus zwischen Integration und Sezession* (S. 201-243). Baden-Baden: Nomos.
- HÄBERLE, P. (1998). *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 2. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.
- HÄBERLE, P. (1999). Kulturhoheit im Bundesstaat – Entwicklung und Perspektiven. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 124. Jahrgang, S. 549-582.
- HÄBERLE, P. (2004). Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. In: Isensee/Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der BRD* (S. 317-367). Band II. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller. Englische Übersetzung: In: Kotzur (Hrsg.) (2018). *Peter Häberle on Constitutional Theory* (S. 167-227). Baden-Baden: Nomos.
- HÄBERLE, P. (2006). Föderalismus/Regionalismus – eine Modellstruktur des Verfassungsstaates – Deutsche Erfahrungen und Vorhaben – Memorandum für ein spanisches Projekt. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*. 54. Jahrgang, S. 569-582. Spanische Übersetzung, *Revista Española de Derecho Constitucional*. 77. Jahrgang, S. 9-25.
- HALBERSTAM, D./MÖLLERS, C. (2009). The German Constitutional Court says „Ja zu Deutschland“. *German Law Journal*. 10. Jahrgang, S. 1241-1258.
- HANEBECK, A. (2004). *Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot.
- HERDEGEN, M. (2018). In: Maunz/Dürig (Begr.). *Grundgesetz-Kommentar*. 82. EL Januar 2018. München: C.H. Beck.
- HESSE, K. (1962). *Der unitarische Bundesstaat*. Karlsruhe: C.F. Müller.
- HUBER, E. R. (2003). Das Kaiserreich als Epoche verfassungsstaatlicher Entwicklung. In: Isensee/Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der BRD* (S. 129-176). Band I. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.

- HUBER, P. (2018). In: Sachs (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. 8. Auflage. München: C.H. Beck.
- ISENSEE, J. (2014). Schlußbestimmung des Grundgesetzes: Artikel 146 GG. In: Isensee/Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (S. 131-186). Band XII. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.
- JARASS, H. (2018). In: Jarass/Pieroth (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. 15. Auflage. München: C.H. Beck.
- KILIAN, M. (2003). Der Vorgang der deutschen Wiedervereinigung. In: Isensee/Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der BRD* (S. 597-668). Band I. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.
- KORIOTH, S. (2018). In: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. Band II. 7. Auflage. München: C.H. Beck.
- KORIOTH, S. (2018²). In: Schlaich/Korioth. *Das Bundesverfassungsgericht*. 11. Auflage. München: C.H. Beck.
- KRIELE, M. (1991). Art 146 GG - Brücke zu einer neuen Verfassung. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 24. Jahrgang, S. 1-5.
- LERCHE, P. (1953). *Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg*. Berlin: Heymann.
- LILLA, J. (2006). *Der Reichsrat (1919-1934). Ein Biographisches Handbuch*. Düsseldorf: Droste.
- LINDER, F. J. (2018). Reform des deutschen Bildungsföderalismus. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 51. Jahrgang, S. 94-98.
- LOEWENSTEIN K. (1951/52). Verfassungsrecht und Verfassungsrealität, Beiträge zur Ontologie der Verfassungen. *Archiv für öffentliches Recht*. 77. Jahrgang, S. 387-435.
- NETTESHEIM, M. (2012). Wo „endet“ das Grundgesetz? Verfassungsgebung als grenzüberschreitender Prozess. *Der Staat*. 51. Jahrgang, S. 313-355.
- NIERHAUS, M. (2018). In: Sachs (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. 8. Auflage. München: C.H. Beck.
- MAUNZ, T./DÜRIG G. (1960). In: Maunz/Dürig (Hrsg.). *Grundgesetz-Kommentar*. 1. Auflage. München: C.H. Beck.
- MEHDE, V. (2018). In: Maunz/Dürig (Begr.), *Grundgesetz-Kommentar*. 82. EL Januar 2018. München: C.H. Beck.
- MERKEL, K. (1996). *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Grundlagen und Dogmatik des Artikels 146 GG*. Nomos: Baden-Baden.
- MICHAEL, L. (2013). In: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.). *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. 92. Aktualisierung 2018. Heidelberg: C.F. Müller.

- MICHAEL, L. (2015). *Verfassungsunmittelbare Sperrklauseln auf Landesebene*. Baden-Baden: Nomos.
- MICHAEL, L. (2016). Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. 75. Jahrgang, S. 132-186.
- MOELLE, H. (1996). *Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz*. Paderborn: Schöningh.
- MORLOK, M. (2015). In: Dreier (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. Band II. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.
- MOSLER, H. (1954). Die auswärtige Gewalt im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland. In: *Festschrift für Carl Bilfinger* (S. 243-300). Köln, Berlin: Heymann.
- MÖSTL, M. (2009). In: Lindner / Möstl / Wolff (Hrsg.) *Kommentar zur Verfassung des Freistaates Bayern*. 1. Auflage. München: C.H. Beck.
- MÜLLER-TERPITZ, R. (2018). In: Maunz/Dürig (Begr.). *Grundgesetz-Kommentar*. 82. EL Januar 2018. München: C.H. Beck.
- PAULY, W. (2003). Die Verfassung der Paulskirche und ihre Folgewirkungen. In: Isensee/Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der BRD* (S. 93-128). Band I. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.
- ROZEK, J. (2018). In: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. Band II. 7. Auflage. München: C.H. Beck.
- SCHAUMANN, (1966). Gleichheit und Gesetzmäßigkeitsprinzip. *Juristenzeitung*. 21. Jahrgang, S. 721-726.
- SCHNEIDER, U. (1953). Art. 146 GG und das Problem der verfassungsgebenden Gewalt. *Die Öffentliche Verwaltung*. 6. Jahrgang, S. 581-585.
- SCHMITT, C. (1928). *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot.
- SCHULZE-FIELITZ, H. (2015). In: Dreier (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. Band II. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.
- SIEYES, E. J. (1975). Einleitung zur Verfassung, in: Schmitt (Hrsg.), *Politische Schriften 1788-1790* (S. 239-258). Oldenburg: De Gruyter.
- SMEND, R. (2010). *Staatsrechtliche Abhandlungen*. 4. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.
- STERN, K. (2000). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band V. Die Geschichtlichen Grundlagen des deutschen Staatsrechts*. München: C.H. Beck.
- STERN, K. (1984). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band I. Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts. Strukturprinzipien der Verfassung*. 2. Auflage. München: C.H. Beck.

- STERNBERGER, D. (1990). *Verfassungspatriotismus*. Frankfurt a. M.: Insel-Verlag.
- STOLLEIS, M. (2003). Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945 – 1949. In: Isensee/Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der BRD* (S. 269-314). Band I. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.
- STOROST, U. (1990). Das Ende der Übergangszeit. *Der Staat*. 29. Jahrgang, S. 321-331.
- STÜCKRATH, B. (1997). *Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität*. Berlin: Duncker & Humblot.
- THOMA, R. (1932). Die Funktionen der Staatsgewalt, Grundbegriffe und Grundsätze. In: Anschütz/Thoma (Hrsg.). *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* (S. 108-159). Band II. Tübingen: Mohr Siebeck.
- UHLE, A. (2018). In: Maunz/Dürig (Begr.). *Grundgesetz-Kommentar*. 82. EL Januar 2018. München: C.H. Beck.
- VON ALEMANN, U. (2001). Nüchtern und ohne Leidenschaft: Ein Land hat sich gefunden. In: Canaris/Rüsen (Hrsg.). *Kultur in Nordrhein-Westfalen. Zwischen Kirchturm, Förderturm & Fernsehturm* (S. 48-56). Stuttgart, Berlin, Köln: W. Kohlhammer.
- WAHL, R. (1990). Die Verfassungsfrage nach dem Beitritt. *Staatswissenschaften und Staatspraxis*. 1. Jahrgang, S. 468-484.
- WALTER, C. (2018). In: Maunz/Dürig (Begr.). *Grundgesetz-Kommentar*. 82. EL Januar 2018. München: C.H. Beck.
- WIEDERIN, E. (1992). Die Verfassunggebung im wiedervereinigten Deutschland. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 117. Jahrgang, S. 410-448.
- WOLLENSCHLÄGER, F. (2015). In: Dreier (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. Band II. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.