

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 953

**Der demokratische Bundesstaat
des Grundgesetzes**

Von

Alexander Hanebeck



Duncker & Humblot · Berlin

ALEXANDER HANEBECK

Der demokratische Bundesstaat
des Grundgesetzes

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 953

Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes

Von

Alexander Hanebeck



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung des
Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort
und des Bundesrates

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Justus-Liebig-Universität Gießen
hat diese Arbeit im Jahre 2003
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2004 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 3-428-11412-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für Kara,
Amalberga und Hans*

Vorwort

Der Bundesstaat des Grundgesetzes ist gegenwärtig zum wiederholten Male Gegenstand von Reformbestrebungen. Inzwischen haben Bundestag und Bundesrat im Oktober 2003 die „Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung“ eingesetzt. Sie soll Ende des Jahres 2004 einen Bericht und gegebenenfalls Vorschläge zur Änderung des Grundgesetzes vorlegen. Ob und wann daraus tatsächlich Änderungen resultieren und welcher Art sie sein werden, ist gegenwärtig nicht absehbar.

Die vorliegende Untersuchung hat ihren Ursprung nicht in dieser erneuten Reformdiskussion, sondern in grundsätzlichen Überlegungen zum Zusammenhang von Demokratie und Bundesstaat. Es geht um den Versuch, aus diesem Zusammenhang Erkenntnisse für das Verständnis des grundgesetzlichen Bundesstaats und die Dogmatik des Bundesstaatsrechts zu gewinnen. Auf die Reformüberlegungen konnte in Kapitel 3 noch vereinzelt hingewiesen werden. An dieser Stelle sei die Entwicklungsoffenheit des hier vertretenen Verständnisses betont. Eventuelle Veränderungen der bundesstaatlichen Ordnung können innerhalb des hier entwickelten Modells und mit den vorgeschlagenen Kategorien erfasst und abgebildet werden.

Erste Ansätze für diese Arbeit entstanden 1997/98 als Gießen-Fellow an der Law School der University of Wisconsin in Madison. Ermöglicht wurde der Aufenthalt durch ein Stipendium der Erwin-Stein-Stiftung und der Wisconsin-Gießen-Alumni, wofür ich mich an dieser Stelle bedanken möchte. Wesentliche Teile entstanden in der Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Abgeschlossen war die Untersuchung im Frühjahr 2003. Im Sommersemester 2003 nahm sie der Fachbereich Rechtswissenschaften der Justus-Liebig-Universität Gießen als Dissertation an. Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand von Juni 2003, spätere Neuerscheinungen konnten nicht mehr systematisch berücksichtigt werden.

Sehr herzlich bedanken möchte ich mich zunächst bei den Betreuern und Gutachtern dieser Arbeit, Herrn Richter des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Brun-Otto Bryde und Prof. Dr. Dr. Günter Frankenberg. Beide haben mich in vielfältiger Weise gefördert und unterstützt. In ihnen hatte ich faktisch zwei Dokortäter.

Für ihre Unterstützung, nicht nur durch außergewöhnliche Lese- und Diskussionsbereitschaft in der gemeinsamen Gießener Runde, danke ich herzlich Carola

Hausotter, Matthias Mayer, Jörg Mohr, Dr. Wolff-Michael Mors, Steffen Koch und Dr. Astrid Wallrabenstein. Teile der Arbeit gelesen und mir mit vielen Anregungen geholfen haben großzügigerweise Prof. Dr. Michael Bänderle und Prof. Dr. Gabriele Britz. Die beträchtliche Mühe, das gesamte Manuskript zu lesen, haben Steffen Koch und Dr. Kara Preedy auf sich genommen, und ihren Anmerkungen sind vielfältige Verbesserungen geschuldet. Kara Preedy sowie Amalberga und Hans Hanebeck verdanke ich darüber hinaus Außerordentliches.

Frankfurt am Main, Dezember 2003

Alexander Hanebeck

Inhaltsübersicht

| | |
|--|----|
| Einleitung: Zum Zusammenhang von Bundesstaat und Demokratie | 21 |
|--|----|

Erstes Kapitel

Bundesstaat und Demokratie 26

| | |
|---|----|
| A. Bundesstaat | 27 |
| I. Die existierenden Konzeptionen | 28 |
| II. Defizite der Konzeptionen | 48 |
| III. Fazit / Problemstellung | 74 |
| B. Demokratie | 76 |
| I. Monistisches Demokratieverständnis | 78 |
| II. Offenes / Pluralistisches Demokratieverständnis | 84 |
| III. Fazit | 86 |
| C. Bundesstaat und Demokratie. Der Ursprung demokratischer Legitimation und die bundesstaatliche Ordnung | 87 |
| I. Amerikanisches Volk versus Gliedstaatsvölker – Der Ursprung demokratischer Legitimation und die bundesstaatliche Ordnung der USA | 87 |
| II. Der Ursprung demokratischer Legitimation und die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes | 97 |

Zweites Kapitel

Der Ursprung demokratischer Legitimation im Bundesstaat 102

| | |
|---|-----|
| A. Der Ursprung demokratischer Legitimation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in der Staatsrechtslehre | 102 |
| I. Das Bundesverfassungsgericht | 103 |
| II. Die Staatsrechtslehre | 116 |
| III. Fazit: Dominanz der Einheitlichkeit im Bundesstaat | 135 |

| | |
|---|-----|
| B. Entstehung des Bundesstaates – Gründung der Länder und der Bundesrepublik | 136 |
| I. Landesexistenz und Landesverfassungen vor Inkrafttreten des Grundgesetzes .. | 136 |
| II. Entstehung des Grundgesetzes | 144 |
| III. Fazit: Gemeinsame Verfassunggebung | 182 |
| C. Entscheidungen im Bundesstaat – Die Bundesebene | 183 |
| I. Bundestag und Bundesrat – Gesamtvolk und Landesvölker | 184 |
| II. Bundestag und Bundesrat – Der Ursprung demokratischer Legitimation in den verschiedenen Verfahren | 197 |
| III. Fazit: Bereichsspezifische Ausprägung von selbständiger Legitimation durch Gesamtvolk und gemeinsamer Legitimation mit den Landesvölkern | 204 |
| D. Beitritte zum Bundesstaat | 205 |
| I. Beitritt des Saarlandes | 205 |
| II. Beitritt der DDR | 207 |
| III. Fazit | 214 |
| E. Entscheidungen im Bundesstaat – Die Landesebene | 215 |
| I. Landesexistenz | 215 |
| II. Landesverfassungen | 229 |
| III. Verfassungsgebundene Gewalt in den Ländern | 256 |
| F. Fazit: Ursprung demokratischer Legitimation – Eigenständigkeit und Einordnung im pluralen Bundesstaat | 271 |

Drittes Kapitel

| | |
|---|-----|
| Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes | 274 |
| A. Grundlagen | 274 |
| I. Der Ursprung demokratischer Legitimation – Eine Strukturierung | 274 |
| II. Dreiteiligkeit des demokratischen Bundesstaates – Die Unterscheidung von nationaler und föderaler Bundesebene | 277 |
| III. Bundesstaat versus Demokratie – Antinomie des Bundesstaates? | 278 |
| IV. Erneut: Keine Souveränität/ Staatlichkeit | 282 |
| B. Der „ewige“ Bundesstaat | 284 |
| I. Ausgangspunkt: Bundesstaat allgemein als Schutzgut? | 284 |
| II. Annäherungen | 290 |
| III. Konkretisierungen | 296 |

| | |
|---|-----|
| C. Der „gegenwärtige“ Bundesstaat | 305 |
| I. Grundlinien | 305 |
| II. Der Bundesrat als zentrale Schnittstelle von Bund und Ländern | 312 |
| III. Der Finanzausgleich | 327 |
| IV. Die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen | 343 |
| Schlussbetrachtung: Der demokratische Bundesstaat jenseits von Staatlichkeits- vorstellungen und Einheitlichkeitsfixierung | 356 |
| Literaturverzeichnis | 359 |
| Sachregister | 425 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Einleitung: Zum Zusammenhang von Bundesstaat und Demokratie | 21 |
| <i>Erstes Kapitel</i> | |
| Bundesstaat und Demokratie | 26 |
| A. Bundesstaat | 27 |
| I. Die existierenden Konzeptionen | 28 |
| 1. Die Entwicklung bis zur Wiedervereinigung | 28 |
| a) Die Debatte in den Anfangsjahren der Bundesrepublik | 28 |
| b) Der unitarische Bundesstaat | 31 |
| c) Der kooperative Bundesstaat | 33 |
| 2. Die Entwicklung seit der Wiedervereinigung | 35 |
| a) Gemischte Bundesstaatstheorie und Wettbewerbsföderalismus | 37 |
| b) Ansätze einer Neuorientierung | 39 |
| 3. Begrifflicher Konsens – Doppelstaatlichkeit als Zentralbegriff des Bundesstaatsrechts | 43 |
| II. Defizite der Konzeptionen | 48 |
| 1. Kritik des Begriffsinstrumentariums | 48 |
| a) Methodische Grundlagen | 48 |
| b) Herkunft der verwendeten Begriffe | 51 |
| aa) Doppelstaatlichkeit und Wortlaut des Grundgesetzes | 51 |
| bb) Begründung der Doppelstaatlichkeit im Rückgriff auf Staatslehre und allgemeines Bundesstaatsverständnis | 55 |
| c) Inadäquanz der verwendeten Begriffe | 60 |
| aa) Souveränität | 60 |
| bb) Staat(lichkeit) | 61 |
| 2. Unitaristisch-Zentralistische Prägungen | 64 |
| a) Besonderer Legitimationsdruck | 65 |

| | |
|---|-----------|
| b) Entstehungsgeschichte | 67 |
| c) Vorwurf der Ineffektivität | 71 |
| III. Fazit / Problemstellung | 74 |
| B. Demokratie | 76 |
| I. Monistisches Demokratieverständnis | 78 |
| II. Offenes / Pluralistisches Demokratieverständnis | 84 |
| III. Fazit | 86 |
| C. Bundesstaat und Demokratie. Der Ursprung demokratischer Legitimation und die bundesstaatliche Ordnung | 87 |
| I. Amerikanisches Volk versus Gliedstaatsvölker – Der Ursprung demokratischer Legitimation und die bundesstaatliche Ordnung der USA | 87 |
| 1. Sprachlicher Exkurs | 89 |
| 2. Das amerikanische Volk als Grundlage des Bundesstaates – Die Mehrheit des Gerichts | 91 |
| 3. Die Völker der Gliedstaaten als Grundlage – Das Minderheitsvotum | 93 |
| 4. Das amerikanische Volk und die Landesvölker – Dualer Charakter des Bundesstaates im Sondervotum von Justice Kennedy | 93 |
| 5. Statt einer Zusammenfassung: Der Ursprung demokratischer Legitimation und die Auseinandersetzung um die bundesstaatliche Ordnung | 95 |
| II. Der Ursprung demokratischer Legitimation und die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes | 97 |

Zweites Kapitel

| | |
|---|------------|
| Der Ursprung demokratischer Legitimation im Bundesstaat | 102 |
| A. Der Ursprung demokratischer Legitimation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in der Staatsrechtslehre | 102 |
| I. Das Bundesverfassungsgericht | 103 |
| 1. Kollektivierungstendenzen – Individuum und „Volk“ | 104 |
| 2. Zentralisierungstendenzen – Landesvölker und „Volk“ | 106 |
| a) Offener Volksbegriff | 106 |
| b) Enger werdender Volksbegriff | 107 |
| 3. Neuere Ansätze – Öffnung des Demokratieverständnisses | 112 |

| | |
|--|------------|
| 4. Der Bundesrat und das Verhältnis von Landesvolk und Gesamtvolk – Unabhängige Bundeswillensbildung | 113 |
| 5. Fazit | 115 |
| II. Die Staatsrechtslehre | 116 |
| 1. Formale Anerkennung der Existenz von Landesvölkern | 116 |
| 2. Unitaristisch-zentralistisches Demokratieverständnis in konkreten Zusammenhängen | 118 |
| a) Die Lehre vom unitarischen Bundesstaat | 118 |
| b) Die Legitimation des Bundesrates | 119 |
| c) Zentralistischer Volksbegriff bezüglich der verfassunggebenden Gewalt | 125 |
| aa) Das demokratische Defizit | 126 |
| bb) Die Rolle der Länder | 129 |
| d) Fazit | 132 |
| 3. Umfassend zentralistisches Demokratieverständnis | 132 |
| 4. Pluralistisches Demokratieverständnis | 135 |
| III. Fazit: Dominanz der Einheitlichkeit im Bundesstaat | 135 |
| B. Entstehung des Bundesstaates – Gründung der Länder und der Bundesrepublik | 136 |
| I. Landesexistenz und Landesverfassungen vor Inkrafttreten des Grundgesetzes .. | 136 |
| 1. Länderentstehung | 138 |
| 2. Landesverfassungen | 139 |
| 3. Antizipierte deutsche Verfassung | 141 |
| 4. Tatsächliche Eigenständigkeit und vorausgesetzte Gemeinsamkeit | 143 |
| II. Entstehung des Grundgesetzes | 144 |
| 1. Demokratische Legitimation von Verfassunggebung und Grundgesetz – einige Besonderheiten | 145 |
| a) Legitimationsbegründung I – Das fortexistierende deutsche Volk | 148 |
| b) Legitimationsbegründung II – Das deutsche Volk unter Einschluss der Ostzone | 151 |
| c) Fazit | 154 |
| 2. Die Ministerpräsidenten | 155 |
| a) Die Ministerpräsidenten und Festlegungen über das Verfahren der Grundgesetzentstehung | 155 |
| b) Die Ministerpräsidenten und die Grundlagen des Parlamentarischen Rates | 157 |
| c) Fazit: Die Ministerpräsidenten und die Verfassung der verfassunggebenden Gewalt | 160 |

| | |
|---|------------|
| 3. Der Parlamentarische Rat | 161 |
| a) Wahl der Abgeordneten | 161 |
| aa) Verteilung der Mandate auf die Länder | 161 |
| bb) Verteilung der Mandate auf die Parteien | 163 |
| cc) Mandatstausch über Ländergrenzen hinweg | 165 |
| dd) Fazit: Bedeutung der Länder und einer übergreifenden Gemeinschaft für die Wahl der Abgeordneten | 167 |
| b) Die Erwägungen im Parlamentarischen Rat – Selbstverständnis der Abgeordneten und Ursprung demokratischer Legitimation | 168 |
| aa) Kein Ausschluss der Länder | 168 |
| bb) Ablehnung der Länder als alleiniger Grundlage | 169 |
| cc) Bestätigung der Bedeutung der Länder | 171 |
| c) Fazit: Die demokratische Legitimation des Parlamentarischen Rates durch Landesvölker und Gesamtvolk | 174 |
| 4. Inkrafttreten des Grundgesetzes – Annahme in den Landesparlamenten | 175 |
| a) Die Repräsentanten der Landesvölker als Handelnde | 176 |
| b) Annahmeverfahren und Bezug zum Gesamtvolk | 177 |
| 5. Formulierung im Grundgesetz | 179 |
| III. Fazit: Gemeinsame Verfassunggebung | 182 |
| C. Entscheidungen im Bundesstaat – Die Bundesebene | 183 |
| I. Bundestag und Bundesrat – Gesamtvolk und Landesvölker | 184 |
| 1. Bundestag und die Legitimation durch das Gesamtvolk | 184 |
| 2. Bundesrat und die Legitimation durch die Landesvölker | 184 |
| a) Mitwirkung und Mitgliedschaft | 185 |
| b) Stimmenverteilung auf die Länder | 189 |
| c) Mehrheits- und Abstimmungsregeln | 193 |
| aa) Die Bedeutung des Status „Land“ trotz Stimmenspreizung | 193 |
| bb) Einheitliche Abstimmung | 196 |
| d) Fazit: Das Element Land auf Bundesebene – Die Landesvölker als Legi- timationssubjekte | 196 |
| II. Bundestag und Bundesrat – Der Ursprung demokratischer Legitimation in den verschiedenen Verfahren | 197 |
| 1. Der gleichberechtigte Bundesrat I – Verfassungsänderung | 198 |

| | |
|---|------------|
| 2. Der gleichberechtigte Bundesrat II – Zustimmungspflichtigkeit jenseits der Verfassungsänderung | 199 |
| 3. Zwangsmaßnahmen des Bundes gegenüber den Ländern | 200 |
| 4. Weitere Formen der Mitwirkung an der Bundeswillensbildung | 202 |
| a) Einspruchsgesetze | 202 |
| b) Mitwirkung in Angelegenheiten der EU | 202 |
| c) Berufung der Bundes(verfassungs)richter | 204 |
| III. Fazit: Bereichsspezifische Ausprägung von selbständiger Legitimation durch Gesamtvolk und gemeinsamer Legitimation mit den Landesvölkern | 204 |
| D. Beitritte zum Bundesstaat | 205 |
| I. Beitritt des Saarlandes | 205 |
| II. Beitritt der DDR | 207 |
| 1. Beitritt als Verfassungsgebung? | 208 |
| 2. Vorgeschichte / Währungsunion | 209 |
| 3. Der Beitritt nach Art. 23 GG a.F. | 210 |
| 4. Formulierung im Grundgesetz | 212 |
| III. Fazit | 214 |
| E. Entscheidungen im Bundesstaat – Die Landesebene | 215 |
| I. Landesexistenz | 215 |
| 1. Grundgesetz und Existenz der Länder I – Die Situation bei Entstehung des Grundgesetzes | 216 |
| a) Neugliederung der Länder allgemein – Ursprungsfassung von Art. 29 GG | 216 |
| b) Neugliederung im Südwesten – Art. 118 GG | 218 |
| 2. Grundgesetz und Existenz der Länder II – Stabilisierung der bestehenden Länder | 220 |
| a) Stabilisierung I – Scheitern der Neugliederungsanliegen | 220 |
| b) Stabilisierung II – Sicherung der Länderexistenz | 223 |
| c) Stabilisierung III – Vereinigung und neue Länder | 224 |
| aa) Länderentstehung auf dem Gebiet der DDR | 224 |
| bb) Änderungen des Grundgesetzes | 227 |
| 3. Fazit | 228 |
| II. Landesverfassungen | 229 |
| 1. Entscheidung für das Grundgesetz in den Ländern | 229 |
| 2. Kompetenz zur Landesverfassungsgebung | 231 |

| | |
|---|------------|
| 3. Grundgesetzlicher Rahmen für die Landesverfassungen | 232 |
| a) Exkurs: Homogenität im Bundesstaat | 233 |
| b) Vorrang des Bundesverfassungsrechts | 238 |
| c) Kompetenzordnung als Beschränkung? | 241 |
| d) Beschränkungen durch das Homogenitätsgebot | 243 |
| aa) Weitgefasste Homogenität der Strukturprinzipien | 243 |
| bb) Geringe Bedeutung des grundgesetzlichen Homogenitätsgebotes ... | 246 |
| cc) Spezielle Ausprägungen | 247 |
| e) Beschränkungen durch Grundrechtshomogenität | 248 |
| 4. Landesverfassunggebung in den Anfangsjahren der Bundesrepublik | 249 |
| 5. Landesverfassunggebung und Landesverfassungsänderung im Zuge der Ver- einigung | 251 |
| 6. Fazit: Eigenständigkeit und Gemeinsamkeit | 256 |
| III. Verfassungsgebundene Gewalt in den Ländern | 256 |
| 1. Gesetzgebungskompetenzen | 257 |
| a) Verteilung | 257 |
| b) Kooperative Ausübung | 260 |
| 2. Verwaltungskompetenzen | 262 |
| a) Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder I – Verfassungsrecht- liche Konstruktion | 263 |
| b) Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder II – Einheitlicher Gesetzesvollzug? | 266 |
| c) Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder III – Unitarische Über- formung? | 268 |
| 3. Sonstige Landeskompetenzen | 270 |
| 4. Fazit: Bereichsspezifische Ausprägungen von Selbständigkeit und Koope- ration | 271 |
| F. Fazit: Ursprung demokratischer Legitimation – Eigenständigkeit und Einord- nung im pluralen Bundesstaat | 271 |

Drittes Kapitel

| | |
|--|------------|
| Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes | 274 |
| A. Grundlagen | 274 |
| I. Der Ursprung demokratischer Legitimation – Eine Strukturierung | 274 |
| II. Dreiteiligkeit des demokratischen Bundesstaates – Die Unterscheidung von nationaler und föderaler Bundesebene | 277 |
| III. Bundesstaat versus Demokratie – Antinomie des Bundesstaates? | 278 |
| IV. Erneut: Keine Souveränität / Staatlichkeit | 282 |

| | |
|--|-----|
| B. Der „ewige“ Bundesstaat | 284 |
| I. Ausgangspunkt: Bundesstaat allgemein als Schutzgut? | 284 |
| II. Annäherungen | 290 |
| 1. Existenzgarantie und Verfahrensposition | 290 |
| 2. Existenzgarantie und „Eigenständigkeit“ als grundlegendes Strukturmerkmal | 292 |
| 3. Prozeduraler Schwerpunkt des „ewigen“ Bundesstaates | 295 |
| III. Konkretisierungen | 296 |
| 1. Mitwirkung der Länder auf Bundesebene | 297 |
| 2. Gesetzgebungskompetenzen der Länder | 299 |
| 3. Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU | 302 |
| C. Der „gegenwärtige“ Bundesstaat | 305 |
| I. Grundlinien | 305 |
| 1. Wandlungsfähigkeit und prozedurales Bundesstaatsverständnis | 305 |
| 2. Kooperation und Selbständigkeit | 306 |
| 3. Einheitlichkeit versus Unterschiedlichkeit | 308 |
| 4. Unterschiedlichkeit und Wettbewerbsföderalismus? | 311 |
| II. Der Bundesrat als zentrale Schnittstelle von Bund und Ländern | 312 |
| 1. Die demokratische Legitimation des Bundesrates | 312 |
| 2. Der Bundesrat als politisches Organ | 314 |
| 3. Zustimmungsbefähigung von Gesetzen | 316 |
| a) Anstieg durch Tausch von Gesetzgebungskompetenzen gegen Mitbestimmungsrechte? | 316 |
| b) Art. 84 Abs. 1 GG – Die Verantwortung von Bundesregierung und Bundestag | 318 |
| c) Entscheidungsspielraum der nationalen Bundesorgane | 321 |
| 4. Bundesrat und Willensbildung auf Landesebene | 323 |
| III. Der Finanzausgleich | 327 |
| 1. Prozeduraler Ausgangspunkt | 327 |
| 2. Annäherung an die Definition eines angemessenen Finanzkraftausgleichs .. | 330 |
| 3. Das „Maßstäbengesetz“ als Versuch einer prozeduralen Lösung | 334 |
| a) Das Urteil – Föderatives Gleichbehandlungsgebot als zentraler Grund .. | 335 |
| b) Maßstäbengesetz und Spielraum des Finanzausgleichsgesetzgebers | 336 |
| c) Vagheit statt Konkretisierung – Das Maßstäbengesetz des Jahres 2001 | 339 |
| 4. Finanzverfassung als Fehlkonstruktion | 341 |

| | |
|---|------------|
| IV. Die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen | 343 |
| 1. Schutz der Landeskompetenzen | 344 |
| 2. Die Justiziabilität von Art. 72 Abs. 2 GG | 347 |
| a) Das Erfordernis hoher Kontrolldichte | 348 |
| b) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Altenpflege- gesetz – Rechtsprechungsänderung mit unitarischen Öffnungsklauseln .. | 351 |
| 3. Die Bedeutung der Kompetenzkataloge | 353 |
| Schlussbetrachtung: Der demokratische Bundesstaat jenseits von Staatlichkeits- vorstellungen und Einheitlichkeitsfixierung | 356 |
| Literaturverzeichnis | 359 |
| Sachregister | 425 |

Einleitung: Zum Zusammenhang von Bundesstaat und Demokratie

In einem bundesstaatlich organisierten Gemeinwesen gibt es zwei Ebenen, auf denen Entscheidungen getroffen werden. Diese, auf den ersten Blick banale und scheinbar nur Organisatorisches betreffende Feststellung, hat tiefgreifende Konsequenzen für den Inhalt jeder zu treffenden Entscheidung. Die zentrale Bedeutung der Festlegung, auf welcher Ebene welche Entscheidungen getroffen werden, kann auf eine kurze Formel gebracht werden. Danach lautet die „bundesstaatliche Frage“: Wer entscheidet? Einen ersten Blick auf diese Frage zu werfen, erhellt den, dieser Arbeit zugrunde liegenden, Zusammenhang zwischen Bundesstaat und Demokratie. Dies soll anhand von einigen Beispielen aus Deutschland und den USA geschehen.

Besonders offenkundig wird die Bedeutung der bundesstaatlichen Frage bei Themen, die weltanschauliche Grundsätze berühren und deshalb besonders kontrovers sind, wie z. B. die Zulässigkeit von Abtreibungen oder die rechtliche Behandlung von gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften bzw. Ehen. In Deutschland sind diese Fragen bundesrechtlich geregelt – würde darüber in den Ländern entschieden, fielen die Regelungen jedoch sehr unterschiedlich aus. Während insbesondere Bayern die Abtreibungsregelung des Jahres 1992 und die Regelungen zur gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft abgelehnt hat, haben andere Bundesländer diese unterstützt bzw. hätten sich sogar weitergehende Regelungen gewünscht¹. In Bayern wäre also die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft nicht eingeführt worden und Abtreibungen wären nur in wesentlich restriktiverem Umfang als gegenwärtig auf der Grundlage des Bundesrechts möglich. Im Gegensatz dazu wären in anderen Ländern die Abtreibungsmöglichkeiten weniger restriktiv als die existierende bundesgesetzliche Regelung und die gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften wären dort der Ehe (fast) vollständig gleichgestellt. Die

¹ Im Anschluss an die bundesgesetzliche Neuregelung in der Folge des zweiten Abtreibungsurteils, BVerfGE 88, 203, sah Bayern Bedarf für Nachbesserungen, die vom BVerfG aus kompetenzrechtlichen Gründen für verfassungswidrig erklärt worden sind, vgl. zusammenfassend *H.-G. Dederer*, in: J. Menzel (Hrsg.), *Verfassungsrechtsprechung*, S. 251. Ausführliche Darstellung der bayrischen Regelung in BVerfGE 98, 265 (277 ff.). Auch zu früheren bundesrechtlichen Abtreibungsregelungen gab es sehr unterschiedliche Landesvorschriften, vgl. die Darstellung in BVerfGE 98, 265 (269). Die grundsätzlich von der Auffassung des Bundesgesetzgebers abweichende Position der Länder Bayern, Sachsen und Thüringen zur rechtlichen Stellung gleichgeschlechtlicher Paare wird in der Darstellung ihrer verfassungsrechtlichen Argumentation durch das Gericht deutlich, BVerfGE 105, 313 (321 f.).

Entscheidung auf Bundesebene unterscheidet sich also inhaltlich wesentlich von denen, die in einigen Ländern getroffen worden wären. Ein weiteres, weniger aufgeladenes aber dennoch bedeutsames, Beispiel ist die Verabschiedung von Abfallabgabengesetzen in einigen Ländern Anfang der neunziger Jahre², für die es auf Bundesebene keine Mehrheit im Parlament gegeben hätte. Während der Bund nicht bereit war, in der Umweltpolitik die Lenkungswirkung von Abgaben³ einzusetzen, war diese Bereitschaft in einigen Ländern vorhanden.

Für die USA ist ebenfalls die Abtreibungsfrage ein gutes Beispiel. Dort gab es zunächst in den Gliedstaaten völlig verschiedene, in ihrer Mehrheit sehr restriktive Regelungen. Das in der Supreme Court-Entscheidung *Roe v. Wade*⁴ für verfassungswidrig erklärte Gesetz des Gliedstaates Texas war typisch für die Gesetzgebung der meisten Gliedstaaten auf diesem Gebiet und verbot Abtreibungen vollständig, wenn keine Lebensgefahr für die Frau bestand⁵. Nach dieser Entscheidung ist eine derartige restriktive Regelung nicht mehr möglich, die Unterschiede zwischen den Gliedstaaten sind aber nach wie vor erheblich. Ohne diese bundesverfassungsrechtliche Grenze wäre zumindest in acht Staaten mit einem praktisch völligen Abtreibungsverbot entsprechend der aufgehobenen texanischen Regelung zu rechnen⁶. Ein weiteres Beispiel aus den USA ist die Todesstrafe, die es nur in einem Teil der Gliedstaaten gibt, wobei die Zahl der Straftaten, die mit dem Tod bestraft werden können, ebenso stark variiert wie die Vollstreckungspraxis⁷.

Deutlich wird, dass es für das Ergebnis in einer zu entscheidenden Sachfrage maßgeblich darauf ankommt, auf welcher Ebene einer bundesstaatlichen Ordnung die Entscheidung getroffen wird. Durch die Beantwortung der bundesstaatlichen Frage wird gleichzeitig auch eine demokratietheoretische Frage beantwortet. Diese Frage lautet: Die Mehrheit von welcher Gruppe soll entscheiden? Demokratietheoretisch lassen sich nur Kriterien entwickeln, die Anhaltspunkte für die Beantwor-

² Vgl. die Darstellung der Gesetze und Auflistung der relevanten Vorschriften in BVerfGE 98, 83 (84 ff.). Das Gericht hat die landesrechtlichen Regelungen für grundgesetzwidrig erklärt. Positiv zum Urteil etwa *H. Sodan*, JZ 1999, S. 865; *W. Frenz*, DÖV 1999, S. 43 f. Berechtigte Kritik an der Entscheidung etwa bei *M. Führ*, KJ 1998, S. 504 und *passim*; *M. Bothe*, NJW 1998, S. 2334 f.; *U. Sacksofsky*, Umweltschutz, S. 251 f. Insbesondere das vom Gericht verwendete Kriterium „Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“ ist abzulehnen, dazu *A. Hanebeck*, Der Staat 41, S. 429 ff.

³ Vgl. zu dieser Debatte um ökonomische Instrumente *U. Sacksofsky*, Umweltschutz, S. 5 ff.; *dies.*, NJW 2000, S. 2619 ff.; *G. Lübke-Wolff*, NVwZ 2001, S. 485 ff.; jeweils m. w. N.

⁴ 410 U.S. 113 (1973).

⁵ Vgl. zum Urteil wie zur Weiterentwicklung der Rechtsprechung *C. Moors*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 85 ff.

⁶ *C. Moors*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 197. *Moors* schildert ausführlich, wie die Gliedstaaten mit der Situation umgehen und welche großen Unterschiede bestehen.

⁷ Zuletzt hat der Supreme Court die Möglichkeiten, geistig zurückgebliebene Straftäter zum Tode zu verurteilen, eingeschränkt, *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002). Dort finden sich auch Angaben über diesbezügliche Unterschiede zwischen den Gliedstaaten.

tung dieser Frage bieten, eine demokratiethoretisch „richtige“ Einheit gibt es nicht⁸, allenfalls pragmatisch besser oder schlechter geeignete Einheiten⁹. Damit bekommt die bundesstaatliche Frage aus dem Blickwinkel der Demokratie ebenfalls zentrale Bedeutung: Sie legt fest, ob die Mehrheit auf Landesebene oder die Mehrheit auf Bundesebene die jeweilige Entscheidung trifft. Hier liegt die „Schnittstelle“ von Demokratie und Bundesstaat¹⁰.

Ein etwas komplizierteres, aber dafür die Reichweite der Problematik verdeutlichendes, Beispiel ist die juristische Kontroverse um die Nachzählungen von Stimmen in Florida, die den Ausgang der Präsidentschaftswahl des Jahres 1999 in den USA entschied. Das oberste Gericht von Florida kam zu dem Ergebnis, dass einige Stimmen nachgezählt werden müssen. Das oberste Gericht der USA, der Supreme Court, kam zu dem Ergebnis, dass dies gegen die Bundesverfassung verstößt¹¹. Mit der Entscheidung des obersten Gerichts der USA¹² war der Ausgang der Präsidentschaftswahl entschieden¹³. Der Grundsatz, dass Bundesgerichte die Auslegung des

⁸ Vgl. auch *G. Roellecke*, in: *Umbach/Clemens*, GG, Art. 20, Rn. 160.

⁹ Ausführlich *R. Dahl*, *Democracy*, S. 193–209, insbesondere S. 204 und 207 ff., zu Föderalismus und Demokratie S. 197–204. Vgl. daran anknüpfend *B.-O. Bryde*, in: *Sitter-Liever*, *Herausgeforderte Verfassung*, S. 223, 228 ff.; *A. Wallrabenstein*, *Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit*, S. 144 f.

¹⁰ *R. Lhotta*, in: *Jahrbuch des Föderalismus 2001*, S. 36 und 48.

¹¹ Aus deutscher Sicht wirkt dies nicht unmittelbar wie eine den Bundesstaat betreffende Frage, da in Deutschland die Rechtsprechungskompetenzen nicht nach Sachgebieten zwischen Bund und Ländern aufgeteilt sind, sondern organisatorisch nach den herkömmlichen Funktionen der Gerichtsinstanzen. Entsprechend wird aus Art. 95 GG hergeleitet, dass die obersten Bundesgerichte der Wahrung der Einheit der Rechtsordnung nicht nur unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten dienen, sondern auch im Hinblick auf die Einheit der bundesstaatlichen Rechtsordnung, vgl. *H. Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Art. 95, Rn. 13; *W. Meyer*, in: *v. Münch/Kunig*, GG, Art. 95, Rn. 3; *C. Degenhart*, in: *HdbStR III*, § 75, Rn. 5. Zudem ist nicht nur das Prozessrecht im wesentlichen Bundesrecht, sondern auch das von den Gerichten angewandte materielle Recht, *W. Blümel*, in: *HdbStR IV*, § 102, Rn. 39. Damit wird die Frage der Rechtsprechungszuständigkeit in Deutschland keine besonders akuten bundesstaatlichen Probleme auf.

¹² *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). Die Entscheidung umfasst das Votum der Mehrheit sowie 5 zusätzliche Voten, eines davon zustimmend, die übrigen 4 abweichende Meinungen. Vgl. zum Ganzen auch *W. Heun*, *JZ* 2001, S. 421 ff.; *M.H. Wiegandt*, *KJ* 2001, S. 1 ff.; *H.-P. Schneider*, *NJW* 2001, S. 487 ff.

¹³ Auffällig an der, kaum noch überschaubaren, wissenschaftlichen Reaktion in den USA ist die Härte der Kritik an der Mehrheit des Supreme Court, z. B. *J.M. Balkin/S. Levinson*, *Virginia Law Review* 87, S. 1049: „Five members of the United States Supreme Court, confident of their power, and brazen in their authority, engaged in flagrant judicial misconduct that undermined the foundations of constitutional government“ und S. 1109 „that five Justices fundamentally betrayed their oaths of office and helped to place in the White House someone who does not deserve the title of President“. Vgl. auch *M.J. Klarman*, *California Law Review* 89, S. 1723: „[I]t will be difficult to find neutral and detached lawyers who believe that *Bush v. Gore* was „grounded truly in principal“ or „in the language or design of the Constitution“, rather than in the conservative Justices' preference for George W. Bush in the 2000 presidential election.“ Ebd., in Fn. 14 werden weitere Kritiker zitiert, z. B. Ronald