

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 822

**Normative Auswirkungen
des Grundsatzes der Subsidiarität
gemäß Artikel 23 Absatz 1 Satz 1 GG
auf die Verfassungsposition
der Kommunen**

Von

Alexander Hübner



Duncker & Humblot · Berlin

ALEXANDER HÜBNER

**Normative Auswirkungen des Grundsatzes
der Subsidiarität gemäß Artikel 23 Absatz 1 Satz 1 GG
auf die Verfassungsposition der Kommunen**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 822

Normative Auswirkungen
des Grundsatzes der Subsidiarität
gemäß Artikel 23 Absatz 1 Satz 1 GG
auf die Verfassungsposition
der Kommunen

Von

Alexander Hübner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Hübner, Alexander:

Normative Auswirkungen des Grundsatzes der Subsidiarität
gemäß Artikel 23 Absatz 1 Satz 1 GG auf die Verfassungsposition

der Kommunen / Alexander Hübner. –

Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 822)

Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 1999

ISBN 3-428-09973-7

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Druck: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-09973-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

*Amicae
amicis
parentibusque*

In Erinnerung an Andreas

Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 1999 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im April 1998 abgeschlossen. Spätere Veröffentlichungen konnten nur noch vereinzelt berücksichtigt werden.

Die Untersuchung ist überwiegend während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Dekanat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel entstanden, sowohl unter dem Dekanat von Herrn Prof. Dr. Jürgen Sonnenschein als auch unter dem Dekanat von Herrn Bundesminister a. D. Prof. Dr. Edzard Schmidt-Jortzig (MdB), meinem Doktorvater. Ihm danke ich an erster Stelle. In wunderbarer Verachtung seiner Zeitnot als Parlamentarier und Bundesjustizminister unterstützte er die Fertigstellung der Arbeit in jedem Stadium durch seine praktisch allzeit abrufbare Bereitschaft zum Gedankenaustausch, seine unbestechliche Kritik und seine ansteckende Freude an der systematischen Eroberung verfassungsrechtlicher Fragestellungen. Ein Vorbild bleibt er mir in seinem dem Menschen zugewandten Humor, seiner augenzwinkernden Unbekümmertheit gegenüber manchem äußerlichen Zwang, vor allem aber in seinem bedingungslosen Bekenntnis zur argumentationsgeleiteten Lösung rechtlicher Problemstellungen auf der Grundlage offengelegter Prämissen.

Der fortwährenden Förderung durch Herrn Prof. Dr. Jürgen Sonnenschein verdanke ich in besonderer Weise meine enge Verbundenheit zur Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Für die Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Jost Delbrück. Ohne die unermüdliche Unterstützung durch meine Frau, Dr. Birgit Weitemeyer, wäre meine Arbeit nicht zustandegekommen. Großer Dank gilt daher auch ihr. Ein herzliches Dankeschön sage ich meiner Mutter, die mir die mühevoll Detailarbeit des Korrekturlesens abgenommen hat.

Besonderen Dank spreche ich schließlich dem Deutschen Landkreistag, Bonn, aus, der die Entstehung der Arbeit von Anfang an interessiert und tatkräftig begleitet hat. So verdanke ich Herrn Prof. Dr. Ralf von Ameln, dem Leiter des Europa-Büros der Deutschen Kommunalen Selbstverwaltung in Brüssel, tiefere Einblicke in die Praxis des europäischen Beihilferegimes aus der Sicht betroffener Kommunen. Mit einem großzügigen finanziellen Beitrag hat der Deutsche Landkreistag die Veröffentlichung des Werks gefördert. Namentlich dem Stellvertretenden Hauptgeschäftsführer des Deutschen Landkreistages, Herrn Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, danke ich hierfür herzlich.

Stuttgart, im Februar 2000

Alexander Hübner

Inhaltsverzeichnis

Einführung	19
A. Problemaufriß	19
B. Plan und Zielsetzung der Untersuchung	24

1. Teil

Der Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf die Kommunen in der Bundesrepublik Deutschland am Beispiel des Verbotes der Beihilfengewährung gemäß Art. 93 III 3 EGV	27
---	----

A. Die Regelung in Art. 93 III 3 EGV	28
B. Der Tatbestand des Durchführungsverbotes nach Art. 93 III 3 EGV	28
I. Die Staatlichkeit der Beihilfe	28
II. Der Beihilfebegriff	29
III. Die Betroffenheit der kommunalen Wirtschaftsförderung durch die Beihilfen- aufsicht	30
C. Die Rechtsfolgen des Durchführungsverbotes nach Art. 93 III 3 EGV	33
I. Die Pflicht zur Anmeldung und das Verbot der Durchführung der Beihilfe	33
II. Die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 93 III 3 EGV	33
III. Die grundsätzliche Verpflichtung zur Anordnung der Rückerstattung	35
D. Ergebnis	38

2. Teil

**Die Entscheidungen des Grundgesetzes zur Garantie
der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG und
zugunsten der offenen Staatlichkeit**

	41
A. Die Geltung des Gemeinschaftsrechts für die Kommunen nach Maßgabe des Grundgesetzes	42
I. Die Übertragung von Hoheitsrechten nach Artt. 24 I, 23 I 2 GG	42
II. Der Rechtsanwendungsbefehl zur unmittelbaren Wirkung und zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts	44
1. Der Rechtsanwendungsbefehl zur unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts	45
2. Der Rechtsanwendungsbefehl zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts	46
III. Der unmittelbare und mittelbare Vollzug des Gemeinschaftsrechts durch die Kommunen in der Bundesrepublik Deutschland	48
1. Der unmittelbare Vollzug des Gemeinschaftsrechts	49
2. Der mittelbare Vollzug des Gemeinschaftsrechts	52
IV. Ergebnis	53
B. Die Betroffenheit der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung gemäß Art. 28 II GG durch Gemeinschaftsrecht	53
I. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 II GG	54
1. Der Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen	54
2. Schranken eines Eingriffs in das Recht der kommunalen Selbstverwaltung – die institutionelle Garantie nach Art. 28 II GG	57
a) Dogmatische Grundlagen der institutionellen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung	57
b) Die institutionelle Rechtssubjektsgarantie	58
c) Die objektive Rechtsinstitutionsgarantie	58
d) Die subjektive Rechtsstellungsgarantie	60
e) Die Vorfeldsicherung des Kernbereichs kommunaler Selbstverwaltung ...	60

Inhaltsverzeichnis	11
II. Kollisionen des Gemeinschaftsrechts mit der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung?	62
1. Kollisionen beim unmittelbaren Vollzug des Gemeinschaftsrechts durch die Kommunen	62
a) Kollisionen mit der institutionellen Rechtssubjektsgarantie?	63
b) Kollisionen im Kernbereich?	63
c) Kollisionen im Vorfeld des Kernbereichs der kommunalen Selbstverwaltung?	64
2. Kollisionen beim mittelbaren Vollzug des Gemeinschaftsrechts durch die Kommunen	65
C. Ergebnis	66

3. Teil

Die Verfassungsposition der Kommunen in Art. 28 Abs. 2 GG vor Einfügung von Art. 23 GG in das Grundgesetz – Verfassungsvorbehalt des Bekenntnisses zur offenen Staatlichkeit?	67
A. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung – möglicher Gegenstand der Hoheitsrechtsübertragung durch einfaches Parlamentsgesetz?	68
B. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung – verfassungsimmanente Grenze der Befugnis zur Übertragung von Hoheitsrechten gemäß Art. 24 I GG?	69
C. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung – Gegenstand der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 III GG?	71
D. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung – identitätsstiftende Struktur der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland?	72
E. Ergebnis	73

4. Teil

Die Verfassungsposition der Kommunen nach der Einfügung des Grundsatzes der Subsidiarität gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG in das Grundgesetz	74
A. Meinungsstand	75
I. Befürworter normativer Auswirkungen des Subsidiaritätsgrundsatzes auf die Verfassungsposition der Kommunen gemäß Art. 28 II GG	75

II. Befürworter diskreter Auswirkungen des Subsidiaritätsgrundsatzes auf die Verfassungsgeschichte der Kommunen gemäß Art. 28 II GG	77
III. Literaturstimmen, die Auswirkungen des Subsidiaritätsgrundsatzes auf die Verfassungsgeschichte der Kommunen gemäß Art. 28 II GG verneinen	78
IV. Zusammenfassung	79
B. Subsidiaritätsgrundsatz und kommunale Selbstverwaltungsgarantie in der Entstehungsgeschichte des Art. 23 I 1 GG	80
I. Der historische Anlaß der Einfügung von Art. 23 GG in das Grundgesetz	80
II. Die Gemeinsame Verfassungskommission	81
1. Einsetzung und Aufgabe der Gemeinsamen Verfassungskommission	81
2. Die Empfehlung der GVK zur Einfügung von Art. 23 GG in das Grundgesetz	82
3. Der Grundsatz der Subsidiarität in Art. 23 I 1 GG	82
4. Die Bedeutung der Empfehlung der GVK zur Einfügung von Art. 23 in das GG	84
III. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung und die erste Stellungnahme des Bundesrates	85
1. Die Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf	85
2. Die Stellungnahme des Bundesrates	85
IV. Das parlamentarische Verfahren	86
1. Der Sonderausschuß „Europäische Union (Vertrag von Maastricht)“	86
2. Die zweite und dritte Beratung des Bundestages	87
V. Zusammenfassung und Bewertung	87
VI. Die Bedeutung der Auslegung von Art. 23 I 1 GG nach dem Willen des Gesetzgebers	90
C. Die Normativität der Strukturklausel in Art. 23 I 1 GG	91
I. Die vom Gesetzgeber verfolgten Normzwecke der Strukturklausel	93
II. Die funktionale Zuordnung der Strukturklausel zur Normkategorie „Staatszielbestimmung“	94

Inhaltsverzeichnis	13
1. Fortdauernde Beachtung oder Erfüllung bestimmter Ziele	95
a) Abgrenzung gegenüber Staatsstrukturbestimmungen	95
b) Abgrenzung gegenüber Einrichtungsgarantien	97
2. Rechtlich bindende Wirkung	98
3. Verbindlichkeit für alle Staatstätigkeit der Bundesrepublik Deutschland	100
4. Ergebnis	101
III. Art und Umfang der Normativität der Strukturklausel in Art. 23 I 1 GG	102
1. Positiv-richtungsweisende Zielvorgabe	102
a) Keine Festlegung auf Mittel oder Zeitpunkt der Verwirklichung	103
b) Vielzahl der Ziele	104
c) Optimierungskonflikte	104
2. Das Verbot der Zielvereitelung	106
a) Das Verbot der Totalaufgabe der Zielverfolgung	106
b) Das Gebot der Gewährleistung minimaler Zielverwirklichung	107
3. Ergebnis	111
IV. Möglichkeiten und Grenzen normativer Auswirkungen des Subsidiaritätsgrundsatzes in Art. 23 I 1 GG für das Recht der kommunalen Selbstverwaltung	112
1. Thesen	113
2. Jenseits der Normleistung: Die Verankerung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie im Europarecht	114
3. Ergebnis	117
D. Die inhaltliche Bedeutung des Grundsatzes der Subsidiarität in Art. 23 I 1 GG	118
I. Die These der Identität des Grundsatzes der Subsidiarität in Art. 23 I 1 GG mit dem europarechtlichen Subsidiaritätsprinzip	119
1. Die Bedeutung der Identitätsthese für die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung	120
2. Meinungsstand	125
a) Befürworter der Identitätsthese	125
b) Befürworter einer eingeschränkten Identitätsthese	126

c)	Das Bundesverfassungsgericht	126
d)	Gegner der Identitätsthese	127
e)	Argumente	127
3.	Stellungnahme	127
a)	Der Begriff „der Europäischen Union“ in Art. 23 GG – Identität mit der historischen Europäischen Union nach dem Maastrichter Vertrag?	128
aa)	Die Entstehungsgeschichte	128
bb)	Die Meinungen der Literatur	130
cc)	Ergebnis	132
b)	Das verfassungssystematische Argument	132
aa)	Die Strukturelemente des Art. 23 I 1 GG	132
bb)	Die Strukturelemente des Art. 88 S. 2 GG	135
cc)	Ergebnis	136
c)	Argumente aus der Staatszieleigenschaft des Grundsatzes der Subsidiarität in Art. 23 I 1 GG	136
aa)	Subsidiaritätsregelungen im Wandel des Europarechts	137
bb)	Folgen der Änderung des europarechtlichen Subsidiaritätsprinzips für die Auslegung des Subsidiaritätsgrundsatzes in Art. 23 I 1 GG ...	140
(1)	Die These der dynamischen Verweisung	141
(2)	Die These der Anfangsidentität	142
cc)	Ergebnis	142
d)	Historische Bedingtheit der Subsidiaritätsklausel im Grundgesetz durch das Maastrichter Subsidiaritätsprinzip?	143
aa)	Das Subsidiaritätsverständnis des Europäischen Parlaments	144
bb)	Das Subsidiaritätskonzept der deutschen Länder und des Bundesrates	145
cc)	Der Vorschlag der deutschen Delegation in der Regierungskonferenz zur Definition des Subsidiaritätsprinzips	149
dd)	Schlußfolgerungen	150
4.	Zusammenfassung und Ergebnis	155
II.	Die Kontinuitätsthese – Umsetzung des in Maastricht unerfüllten deutschen Subsidiaritätskonzepts in Art. 23 I 1 GG	156
1.	Die Strukturmerkmale des Subsidiaritätsgrundsatzes in Art. 23 I 1 GG im Sinne der Kontinuitätsthese	158
a)	Die Einbeziehung der Länder, Regionen und autonomen Gemeinschaften in den Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips	159
b)	Die Wahrung eines Kernbestandes an Aufgaben bei den regionalen und lokalen Gebietskörperschaften: Institutionalisierung	162

c) Subsidiarität nach Maßgabe des Notwendigkeitstests	163
d) Der Subsidiaritätsgrundsatz als Kompetenzausübungs- und Kompetenzverteilungsregel	166
e) Zusammenfassung	168
2. Die Richtigkeit der Kontinuitätsthese	168
a) Meinungen der Literatur	169
b) Etymologische Auslegung des Begriffs der Subsidiarität	170
c) Die strukturelle Übereinstimmung des im Sinne der Kontinuitätsthese verstandenen Subsidiaritätsgrundsatzes in Art. 23 I 1 GG mit dem Subsidiaritätsprinzip der katholischen Soziallehre	171
aa) Die Formulierung des Subsidiaritätsprinzips der katholischen Soziallehre	171
bb) Die Legitimation einer Auslegung des Subsidiaritätsgrundsatzes in Art. 23 I 1 GG am Maßstab des Subsidiaritätsprinzips im Sinne der katholischen Soziallehre	172
cc) Strukturenvergleich	174
(1) Einbeziehung auch innermitgliedstaatlicher Ebenen	174
(2) Umfassende Geltung als Kompetenzausübungs- und Kompetenzverteilungsregel	175
(3) Subsidiarität nach Maßgabe des Notwendigkeitstests	176
(4) Die Wahrung eines Kernbestandes an Aufgaben: Institutionalisierung	176
dd) Ergebnis	177
d) Der Wortlaut „dem Grundsatz der Subsidiarität“ in Art. 23 I 1 GG	177
e) Die Entstehungsgeschichte des Art. 23 I 1 GG	178
f) Der Stellenwert des Schutzes innermitgliedstaatlicher Gebietskörperschaften – die Verpflichtung der Europäischen Union auf föderative Grundsätze nach Art. 23 I 1 GG	179
aa) Die strukturelle Verwandtschaft von Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus	180
bb) Die Bedeutung der föderativen Grundsätze in Art. 23 I 1 GG	181
cc) Ergebnis	183
3. Zusammenfassung und Ergebnis	185
E. Die inhaltliche Bedeutung des Grundsatzes der Subsidiarität in Art. 23 I 1 GG für das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen in Deutschland	186
I. Das Schutzprogramm des Grundsatzes der Subsidiarität in Art. 23 I 1 GG	187
II. Die Gewährleistung des Kernbereichs der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in der Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 23 I 1 GG	187

III. Berücksichtigung der kommunalen Ebene in der Bundesrepublik Deutschland auch beim Notwendigkeitstest des Subsidiaritätsgrundsatzes?	190
1. Die Meinungen in der Literatur	191
2. Die Beurteilung nach Maßgabe der Kontinuitätsthese	192
3. § 10 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBLG)	194
a) Gemeinsame Regelungsbereiche von § 10 EUZBLG und Art. 23 I 1 GG	195
b) Der Grundsatz der Subsidiarität nach Art. 23 I 1 GG – Regelungsgegenstand von § 10 EUZBLG?	197
c) Der Schutzbereich des Subsidiaritätsgrundsatzes zugunsten der Kommunen in Deutschland nach Maßgabe von § 10 EUZBLG	199
d) Ergebnis	200
e) Gewichtung des gefundenen Ergebnisses – Verfassungskonkretisierung nach Maßgabe einfachen Gesetzesrechts?	201
4. Subsidiarität im Grundgesetz außerhalb von Art. 23 I 1 GG	202
a) Die Tradition der Subsidiaritätsdiskussion in Deutschland	202
b) Folgerungen für die Auslegung des Grundsatzes der Subsidiarität nach Art. 23 I 1 GG	206
IV. Zusammenfassung	208
F. Normative Auswirkungen des Grundsatzes der Subsidiarität in Art. 23 I 1 GG auf die Verfassungsposition der Kommunen in Art. 28 II GG	209
I. Staatszieltypische Grenzen der Normativität	210
1. Die Offenheit des Zeitpunkts der Zielverwirklichung	210
2. Die Freiheit der Mittelwahl	210
3. Das Verbot der Totalaufgabe der Zielverfolgung	212
II. Normative Auswirkungen aus dem Gebot der Gewährleistung minimaler Zielverwirklichung	213
1. Der Schutz des Kernbereichs der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie – unverzichtbare Mindestforderung des Staatsziels „Grundsatz der Subsidiarität“	214
2. Der Schutz der Institutionen „Gemeinden“ und „Gemeindeverbände“ – unverzichtbare Mindestforderung des Staatsziels „Grundsatz der Subsidiarität“	218

3. Objektivrechtliche Auswirkungen des Grundsatzes der Subsidiarität auf die Verfassungsposition der Kommunen bei der Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union gemäß Art. 23 I 1 GG	219
a) Die Formen der „Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union“ gemäß Art. 23 I 1 GG	219
aa) Die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union (Art. 23 I 2 GG)	219
bb) Die Mitwirkung von Bund und Ländern an Rechtssetzungsakten der Europäischen Union (Art. 23 II 1, III 1 GG)	220
cc) Die Gesetzgebung von Bund und Ländern zur Umsetzung umsetzungsbedürftigen Gemeinschaftsrechts in innerstaatliches Recht (Art. 23 I 1 GG)	223
dd) Der unmittelbare Vollzug des Gemeinschaftsrechts (Art. 23 I 1 GG)	223
b) Die Verfassungsposition der Kommunen nach Art. 28 II GG – absolute Integrationsschranke der Bundesrepublik Deutschland bei der Mitwirkung an der Entwicklung der Europäischen Union gemäß Art. 23 I 1 GG?	224
aa) Die Problemstellung	224
bb) Die Meinungen in der Entstehungsgeschichte zu Art. 23 GG und in der Literatur	226
cc) Sinn und Zweck der Struktursicherungsklausel	227
dd) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Maastricht-Urteil	228
ee) Positivierung neuer Integrationsschranken als Ausdruck einer Integrationsfeindlichkeit des Grundgesetzes?	228
c) Schlußfolgerungen	229
d) Die Auflösung einer Kollision zwischen grundgesetzlichem (Art. 23 I 1 GG) und gemeinschaftsrechtlichem (Art. 3 b II EGV) Subsidiaritätsprinzip	232
4. Ausblick: Die prozessuale Durchsetzung der objektivrechtlichen Auswirkungen des Grundsatzes der Subsidiarität auf die Verfassungsposition der Kommunen	233
Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse in Thesen	237
Verzeichnis des zitierten Schrifttums	240
Sachregister	253

Einführung

A. Problemaufriß

Subsidiarität, Chancen und Grenzen der deutschen Mitwirkung bei der Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft und die Rechtsposition der Kommunen im Mitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland – damit sind Schlüsselbegriffe der Integration Deutschlands in der europäischen Rechtsgemeinschaft angesprochen, Grundfragen, die seit Jahrzehnten, teilweise seit der Gründung der Europäischen Gemeinschaften vor über vierzig Jahren, immer wieder neu in den Vordergrund der Diskussion getreten sind, wenn die Vertiefung oder Erweiterung der Europäischen Gemeinschaft auf der Tagesordnung standen.

Entsprechend der Bedeutung dieser Grundfragen für das Verständnis des Integrationsrechts sind zahllos die Abhandlungen, Dokumente und Äußerungen, die zu den genannten Themenbereichen bereits veröffentlicht worden sind. Was rechtfertigt die weitere Vermehrung des Schrifttums durch die vorliegende Arbeit? Diese Frage drängt sich insbesondere im Hinblick auf das bereits vielerorts¹ thematisierte und auch den Gegenstand dieser Untersuchung bildende Subsidiaritätsprinzip auf – jenes Thema, mit dem nach den mahnenden Worten *Pescatores* „den Juristen die unerwartete Gelegenheit gegeben [wurde], eine Diskussion ohne jeden Bezug auf eine sachliche Problematik zu führen und so das Erlebnis eines seligen Schwebens in der Schwerelosigkeit reiner Theorie zu kosten.“² Welcher praktisch erhebliche Erkenntnisgewinn im Schnittfeld des Integrations- und Kommunalrechts darf aus einer Untersuchung über „normative Auswirkungen des Grundsatzes der Subsidiarität in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG auf die Verfassungsposition der Kommunen“ erwartet werden?

Mit dem Ziel, die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für das deutsche Zustimmungsgesetz zum Maastrichter Vertrag vom 7. Februar 1992 über die Europäische Union³ zu schaffen, ist am 21. Dezember 1992 der „Europa-Artikel 23“ in das Grundgesetz eingefügt worden.⁴ Nach dem Wortlaut von Art. 23 I 1 GG wirkt die Bundesrepublik Deutschland zur Verwirklichung eines vereinten Europas bei

¹ Übersichten bei *Jarass/Pieroth-Jarass*, Art. 23, vor Rz. 1, S. 496, sowie bei *Schima*, Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 2, Fn. 1.

² *Pescatore*, in: Due u. a. (Hrsg.), FS Everling, Band II, S. 1093.

³ Gesetz vom 28. 12. 1992, BGBl. II S. 1251.

⁴ Gesetz vom 21. 12. 1992, BGBl. I S. 2086.

der Entwicklung der Europäischen Union mit, die [...] dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist. Aus der Sicht der deutschen Kommunen vielversprechend heißt es in den Materialien der Entstehungsgeschichte zum Grundsatz der Subsidiarität in Art. 23 I 1 GG, „daß der Begriff der Subsidiarität die Bestandsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung in der Bundesrepublik Deutschland einschließt.“⁵ Aufhorchen läßt diese Äußerung vor allem deshalb, weil es unter der Geltung des Grundgesetzes vor Einfügung von Art. 23 I GG höchst unsicher war, ob das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen nach Art. 28 II GG zu den „europafesten“ Verfassungspositionen zählte – den Strukturprinzipien des Grundgesetzes also, die nicht Gegenstand einer Hoheitsrechtsübertragung auf die Europäische Gemeinschaften gemäß Art. 24 GG, dem Vorläufer von Art. 23 GG, sein konnten.⁶ Unter der Geltung von Art. 23 I 1 GG hingegen – folgt man dem entstellungsgeschichtlichen Hinweis – könnte es sein, daß die Bundesrepublik Deutschland nur dann an der Entwicklung der Europäischen Union mitwirken darf, beispielsweise also Hoheitsrechte auf sie übertragen darf (Art. 23 I 2 GG), wenn die Europäische Union dem Grundsatz der Subsidiarität und damit der Bestandsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung verpflichtet ist. Art. 23 I 1 GG gibt Raum für die Annahme, daß die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland nicht mehr zur Disposition des Integrationsgesetzgebers steht, sondern unverzichtbare Voraussetzung für die Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland in der Europäischen Union ist. Ob diese Annahme zutreffend ist, wird im Schrifttum kontrovers beantwortet, überwiegend⁷ jedoch nicht vertiefend behandelt. Die damit noch ausstehende Untersuchung der Frage, ob der Grundsatz der Subsidiarität gemäß Art. 23 I 1 GG Auswirkungen auf die Integrationsfestigkeit der Verfassungsposition der Kommunen nach Art. 28 II GG hat, soll mit der vorliegenden Arbeit geleistet werden.

Europarechtlicher Zündstoff ist die entstellungsgeschichtliche Äußerung, „daß der Begriff der Subsidiarität die Bestandsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung in der Bundesrepublik Deutschland einschließt“⁸, deshalb, weil sich damit ein Verständnis des grundgesetzlichen Subsidiaritätsgrundsatzes abzeichnet, das im offenen Widerspruch steht zu dem Subsidiaritätsprinzip, auf das sich die Mitgliedsstaaten in den Art. B Abs. 2 EUV, 3 b⁹ Abs. 2 EGV des Maastrichter Unionsver-

⁵ Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drucks. 12/6000, S. 21.

⁶ Erschöpfend zum Meinungsstand bis zur Einfügung des Europaartikels 23 GG in das Grundgesetz Müller, Die Entscheidung des Grundgesetzes für die gemeindliche Selbstverwaltung im Rahmen der europäischen Integration (1992); vgl. dazu auch unten den 3. Teil.

⁷ So weit ersichtlich, widmet sich lediglich von Zimmermann-Wienhues, Kommunale Selbstverwaltung in einer Europäischen Union, S. 158 ff., der Frage eingehender.

⁸ So der Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission (oben, Fn. 5).

⁹ Der am 02. 10. 1997 unterzeichnete Vertrag von Amsterdam (ABl. EG Nr. C 340/1 vom 10. 11. 1997) sieht in Art. 12 Abs. 1 S. 1 eine Umnummerierung der Vertragsartikel des Unionsrechts vor (sog. „Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union“ bzw. „zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“; ABl. EG a. a. O., S. 145 ff., 173 ff.).

trages geeinigt haben. Während dieses nämlich ausweislich seines Wortlauts die Zuständigkeit zur Wahrnehmung von der Gemeinschaft nicht ausschließlich zugewiesenen Kompetenzen nur im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten regelt, ohne die innermitgliedstaatliche Kompetenzverteilung zu berücksichtigen, soll der Grundsatz der Subsidiarität nach Art. 23 I 1 GG auch den Schutz innerstaatlicher Untergliederungen, nämlich der Kommunen in ihrem Selbstverwaltungsrecht, leisten. Die Frage, wie ein Ausgleich zwischen diesen unterschiedlichen Subsidiaritätskonzepten im Fall einer Anwendungskollision von Art. 23 I 1 GG und Art. 3 b II EGV hergestellt werden kann, ist deshalb von allgemeinem integrationsrechtlichen Interesse, weil mit der grundgesetzlichen wie mit der europarechtlichen Subsidiaritätsregelung entschieden wird, ob eine Kompetenz zur Ausübung bei den Mitgliedstaaten verbleibt oder auf gemeinschaftlicher Ebene wahrgenommen werden kann. Die Klärung der normativen Auswirkungen des Subsidiaritätsgrundsatzes in Art. 23 I 1 GG auf die Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen verspricht somit einherzugehen mit grundlegenden Einsichten zum Verhältnis zwischen Europarecht und mitgliedstaatlichem Recht im denkbar kritischsten Fall einer Normenkollision: dem Sonderfall der Kollision von kompetenzregelndem europäischem Vertragsrecht (Art. B II EUV, 3 b II EGV) und mitgliedstaatlichem Integrationsöffnungsrecht (Art. 23 I 1 und 2 GG).

Die Gründe für das seit dem Bestehen der Europäischen Gemeinschaften anhaltende Interesse am Verhältnis zwischen Europarecht und mitgliedstaatlichem Recht liegen auf der Hand: Nach wie vor kennzeichnet die Gemeinschaft – so die Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts¹⁰ –, daß die Grundsatzfrage, „wohin ein europäischer Integrationsprozeß nach weiteren Vertragsänderungen letztlich führen soll, [...] im gemeinten Ziel letztlich offen (bleibt).“ „Es bestehen erhebliche Unsicherheiten, was die Europäische Union ist und was aus ihr werden soll,“ bemängelte auch der Bundestagsabgeordnete *Schily* anlässlich der parlamentarischen Beratung über die Einfügung des Europa-Artikels 23 in das Grundgesetz.¹¹ Aus der Sicht des Kultursoziologen und Politikwissenschaftlers fragt *Derrida*: „Was ist mit dem Bevorstehenden gemeint? [...] Wer sollte die Grenzen dessen, was den Namen Europa trägt, umreißen?“¹² Da die Mitgliedstaaten gleichzeitig mit fortschrei-

Art. 3 b EGV a.F. heißt nun Art. 5 EGV, Art. B EUV a.F. heißt nun Art. 2 EUV (ABl. EG a. a. O., S. 152, 182). Da der Amsterdamer Vertrag diese Bestimmungen inhaltlich aber unverändert läßt, wird – der besseren Vergleichbarkeit mit Schrifttum und Literatur zur bisherigen Rechtslage wegen – im folgenden die bis zur Ratifikation des Vertrages geltende Artikelbezeichnung beibehalten.

¹⁰ BVerfGE 89, 155 [189] = EuGRZ 1993, 429 [439] unter C. II. 1.a), unter Berufung auf die Ansicht des damaligen Präsidenten der Europäischen Kommission, *Delors*, Entwicklungsperspektiven der Europäischen Gemeinschaft, APuZ 1/1993, S. 3 [4].

¹¹ *Schily*, StenoBer BT, 126. Sitzung am 02. 12. 1992, S. 10875 (B).

¹² *Derrida*, in: ders., Das andere Kap. Die vertagte Demokratie. Zwei Essays zu Europa (1992), S. 9; vgl. auch S. 57 zur Pflicht, „das – *ausschließlich* – europäische Erbe der demokratischen Idee anzunehmen, zugleich aber auch zu erkennen, daß diese Idee der Demokratie – nicht anders als die des internationalen Rechts – niemals eine (vor)gegebene Idee ist: [...]