

6. Bundesstaatlichkeit als Teil der nationalen Identität Deutschlands

6.1 Einleitendes

6.1.1 Deutschland als Bundesstaat

Föderalismus hat in Deutschland eine lange Tradition.¹¹³⁷ Mit dem Grundgesetz 1949 wurde Deutschland als Bundesstaat wiedererrichtet, der seit der Wiedervereinigung 1991 sechzehn Länder hat.¹¹³⁸ Bei der – auch auf starkes Drängen der Besatzungsmächte hin erfolgten – Einrichtung Deutschlands als Bundesstaat nach dem 2. Weltkrieg stand vor allem die gewaltenteilende Funktion der Bundesstaatlichkeit im Vordergrund; die Länder sollten eine Übermacht des Zentralstaates und damit das Entstehen eines neuerlichen totalitären Regimes verhindern.¹¹³⁹ Deutschland ist ein kulturell und sprachlich vergleichsweise homogener Bundesstaat;¹¹⁴⁰ Unterschiede insb auch in wirtschaftlicher Hinsicht lassen sich aber auch heute noch im Verhältnis zwischen Ost und West sowie Nord und Süd ausmachen.¹¹⁴¹

Die grundsätzliche Proklamation der Bundesstaatlichkeit Deutschlands findet sich in Art 20 Abs 1 GG, der wie folgt lautet: „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“. Die Bundesstaatlichkeit Deutschlands wird in zahlreichen Verfassungsbestimmungen näher ausgestaltet. So liegt etwa nach Art 30 GG die Residualkompetenz bei den Ländern. Der deutsche Bundesstaat wird zwar ebenfalls als relativ zentralistisch bzw unitarisch¹¹⁴² charakterisiert,¹¹⁴³ im Vergleich zu den österreichischen Ländern verfügen die deutschen Länder aber über umfangreiche Kompetenzen (insb im Bereich der –

1137 Als Bundesstaat wurde bereits der Norddeutsche Bund 1867 qualifiziert, ebenso das Deutsche Reich 1870/71, und auch die Weimarer Reichsverfassung 1919 richtete einen Bundesstaat ein, wenngleich in allen drei Systemen zahlreiche Kompetenzen zentralisiert waren und insb die Weimarer Reichsverfassung als unitarisch qualifiziert werden kann. Dazu im Überblick zB *Hrbek* in Griffiths, Handb. 150 ff; *Elazar*, Federal Systems 102; *Marschall*, System 215 ff; *Heun*, Verfassungsordnung 61; *Hartmann*, System 60 ff; *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 960 ff; ausführlich auch *Oeter*, Integration 17 ff.

1138 Siehe dazu insb die Präambel des Grundgesetzes.

1139 Vgl zB *Elazar*, Federal Systems 102 ff; *Hesse/Ellwein*, Regierungssystem 40; *Marschall*, System 32, 216 f; *Dreier* in HB Ius Publicum Europaeum Band I 19 f; *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 975 ff. Allgemein zur Entstehung des Grundgesetzes zB *Dreier* in HB Ius Publicum Europaeum Band I 6 ff.

1140 *Benz*, Publius Fall 1999, 55, 61; *Erk*, Federalism 59.

1141 *Watts*, Federal Systems 35; *Benz*, Publius Fall 1999, 56 f; *Hesse/Ellwein*, Regierungssystem 71 ff.

1142 Begriffsbildend *Hesse*, Bundesstaat insb 9 ff (sowie im Titel); weiters zB *Heun*, Verfassungsordnung 88; vgl zB auch *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 1037 ff.

1143 Zur diesbezüglichen Entwicklung *Benz*, Publius Fall 1999, 61 ff. Vgl weiters zB *Gramm*, AöR 1999, 215 ff; *Huster/Rux* in Epping/Hillgruber, Art 20 GG Rz 14 ff; *Grzeszick* in Maunz/Dürig, Art 20 GG Rz 187 ff.

etwa auch Bildung und Hochschulen umfassenden – Kulturpolitik).¹¹⁴⁴ Auch die Ausgestaltung der Verwaltungsstrukturen in den Ländern und die Organisation der Regierung des Landes wird den Ländern überlassen.¹¹⁴⁵ Die Gesetzgebung im Bereich der Länder wird von Landtagen ausgeführt. Hervorgehoben wird auch die Stellung der Länder im deutschen Modell des Exekutivföderalismus:¹¹⁴⁶ Bundesrecht wird nach Art 83 GG grundsätzlich von den Ländern vollzogen, die dabei autonom agieren und insb nicht an Weisungen des Bundes gebunden sind.

Auch das deutsche Modell der Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung weist der Länderexekutive eine bedeutende Stellung zu.¹¹⁴⁷ Nach Art 51 GG setzt sich der Bundesrat aus Vertreterinnen und Vertretern der Landesregierungen zusammen. Dem Bundesrat kommt nach dem Grundgesetz in vielen Bereichen ein Zustimmungsrecht zu; er kann daher das Zustandekommen von Bundesgesetzen blockieren.¹¹⁴⁸ In der Vergangenheit kam es oft dazu, dass die regierenden Parteien auf Bundesebene zwar über eine Mehrheit im Bundestag verfügten, nicht aber im Bundesrat. Bundesgesetzen wurde dann häufig nicht die erforderliche Zustimmung erteilt – eine Situation, die in der politikwissenschaftlichen Literatur die Bezeichnung „Politikverflechtungsfälle“¹¹⁴⁹ erhalten hat.¹¹⁵⁰

Weiters wird der kooperative Charakter des deutschen Bundesstaates hervorgehoben, der auf verfassungsrechtlicher Ebene insb durch die Verankerung sog „Gemeinschaftsaufgaben“ zum Ausdruck kommt.¹¹⁵¹ Auch in Deutschland gibt es überdies ausgeprägte horizontale Kooperationen zwischen den Ländern, sowohl im Rahmen von Länderkonferenzen als auch durch Abschluss von rechtlich bindenden Verträgen.¹¹⁵² In der Rsp des deutschen BVerfG¹¹⁵³ bildet darüber

1144 *Elazar*, Federal Systems 105; *Hesse/Ellwein*, Regierungssystem 164 f.

1145 *Elazar*, Federal Systems 104 f.

1146 *Hrbek* in Griffiths, Handbook 155; *Watts*, Federal Systems 35, 86; *Benz*, Publius Fall 1999, 55; *Hesse/Ellwein*, Regierungssystem 181; *Heun*, Verfassungsordnung 74 ff.

1147 *Hrbek* in Griffiths, Handbook 155 f; *Watts*, Federal Systems 35, 154; *Elazar*, Federal Systems 103; *Benz*, Publius Fall 1999, 57 f; *Hesse/Ellwein*, Regierungssystem 179, 181; *Marschall*, System 223 f; *Heun*, Verfassungsordnung 82 ff.

1148 *Benz*, Publius Fall 1999, 56; *Marschall*, System 225 ff; *Hartmann*, System 78 ff.

1149 Begriffsbildend *Scharpf*, Politische Vierteljahresschrift 1985, 327 ff; grundlegend insb *Scharpf/Reisert/Schnabel*, Politikverflechtung, 1 ff; vgl weiters zB *Benz*, Politik 56 ff; *Benz*, Politische Vierteljahresschrift 2005, 204; *Benz*, Publius Fall 1999, 56, 64 ff; *Hesse/Ellwein*, Regierungssystem 1182 f; *Marschall*, System 229.

1150 *Watts*, Federal Systems 84; *Heun*, Verfassungsordnung 84; die Verflechtung als „zentrale Eigenschaft des deutschen politischen Systems“ bezeichnend *Marschall*, System 213.

1151 Art 91a ff GG; dazu zB *Hesse/Ellwein*, Regierungssystem 167 f; *Heun*, Verfassungsordnung 66 f, 86 ff.

1152 Etwa die Ständige Konferenz der Kultusminister der Länder (<https://www.kmk.org/>, [abgerufen am 16.08.2020]), dazu *Hesse/Ellwein*, Regierungssystem 180; *Heun*, Verfassungsordnung 87.

1153 Zum Beispiel BVerfGE 6, 309 (Reichskonkordat) 361 („Zu den dem Grundgesetz immanenten Verfassungsnormen, die das Verhältnis von Bund und Ländern regeln, gehört der Verfassungsgrundsatz der Bundestreue“). Die Rolle des BVerfG als föderale Konfliktlösungsinstanz betonend *Hrbek* in Griffiths, Handbook 156; *Heun*, Verfassungsordnung 86.

hinaus der Grundsatz der „Bundestreue“ eine wichtige Ausprägung des kooperativen Föderalismus.¹¹⁵⁴

6.1.2 Deklaration der Bundesstaatlichkeit im GG

6.1.2.1 Positionierung im Grundgesetz

Die Bundesstaatlichkeit Deutschlands kommt bereits in der Präambel des Grundgesetzes¹¹⁵⁵ zum Ausdruck;¹¹⁵⁶ sie wird außerdem in Art 20 Abs 1 GG deklariert. Für die hier interessierende Forschungsfrage gibt die grundsätzliche Festlegung der Bundesstaatlichkeit an prominenter Stelle des Grundgesetzes – zum einen in der Präambel, zum anderen zu Beginn der staatsorganisatorischen Bestimmungen über das Verhältnis von Bund und Ländern – einen Hinweis darauf, dass bundesstaatliche Aspekte der Rechtsordnung einen Bestandteil der grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen iSd Art 4 Abs 2 EUV ausmachen können.¹¹⁵⁷ Zu erwähnen ist hier schließlich noch, dass die Bundesstaatlichkeit auch Thema der in Art 79 Abs 3 GG verankerten Ewigkeitsklausel ist, wie im Folgenden noch ausführlich analysiert wird.¹¹⁵⁸ Welche Elemente der Rechtsordnung genau unter Art 4 Abs 2 EUV zu subsumieren sind, kann allein anhand dieser Bestimmungen aber nicht beantwortet werden.

6.1.2.2 Bundesstaatsprinzip und Art 20 GG

Art 20 GG wird von Teilen der Literatur auch als Grundlage eines „Bundesstaatsprinzips“ qualifiziert.¹¹⁵⁹ Manche Autorinnen und Autoren gehen sogar davon aus, dass dieses Bundesstaatsprinzip durch den in Art 79 Abs 3 GG enthalte-

1154 Vgl zB *Heun*, Verfassungsordnung 67 f; *Hrbek* in Griffiths, Handbook 156; *Erk*, Federalism 60.

1155 Zur Bedeutung der Präambel in politischer und rechtlicher Hinsicht BVerfGE 5, 85 (KPD Verbot) 127 f.

1156 Dazu *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 1000 („Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass schon die Präambel des Grundgesetzes als eine Art Gegengewicht zu der Einheit des Volkes die Länder der Bundesrepublik namentlich aufzählt. Auch die Länder stehen am Anfang des Grundgesetzes und der Verfassungsstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland.“).

1157 Vgl *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 986. Die grundlegende Bedeutung der in Art 20 GG verankerten Staatsstrukturprinzipien betonend zB *Hofmann* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 20 GG Rz 3; *Schnapp* in von Münch/Kunig, Art 20 GG Rz 1; *Leisner* in Sodan, Art 20 GG Rz 1.

1158 Insb unten bei 6.3.3.1 (= 278) und 6.3.4 (= 296); zur Bedeutung des Art 79 Abs 3 GG für die Verfassungsidentität unten bei 6.1.3.2 (= 264).

1159 Vgl zB *Sommermann* in von Mangoldt, Art 20 GG Rz 20, der die Existenz eines Bundesstaatsprinzips außerdem auf die Bezeichnung als „Bundesrepublik“ zurückführt; *Bauer* in Dreier, Art 20 GG Rz 22, der allerdings darauf hinweist, dass die Ermittlung des Inhalts dieses Prinzips anhand der anderen Bestimmungen des Grundgesetzes zu erfolgen hat; *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 957; *Schnapp* in von Münch/Kunig, Art 20 GG bei Rz 91. Kritisch *Šarčević*, Bundesstaatsprinzip 64 ff, der sich dort auch mit anderen Normen auseinandersetzt, die, wie zB Art 28 GG, als Sitz des Bundesstaatsprinzips ins Treffen geführt werden.

nen Verweis auf Art 20 GG von der Ewigkeitsklausel geschützt wird.¹¹⁶⁰ Und auch jene, die das Bundesstaatsprinzip nicht (explizit) Art 79 Abs 3 GG zuordnen, sprechen regelmäßig davon, dass es sich dabei um einen tragenden Grundsatz des Grundgesetzes handle.¹¹⁶¹ Auch das BVerfG bestätigt dies in einigen Entscheidungen: So führte das Gericht schon in der Südweststaat-Entscheidung aus 1951 aus: „[eine weitere] Grundlage der Verfassung ist das bundesstaatliche Prinzip (Art. 20, 28, 30 GG)“.¹¹⁶² In seiner Lissabon-Entscheidung bezeichnete es die Bundesstaatlichkeit unter Bezugnahme auf Art 20 Abs 1 GG als eines der integrationsfesten Staatsstrukturprinzipien.¹¹⁶³ In der Entscheidung zum Finanzausgleichsgesetz nannte das BVerfG das bundesstaatliche Prinzip unmittelbar im Anschluss an die Erwähnung von Art 20 Abs 1 und Art 79 Abs 3 GG;¹¹⁶⁴ in der Entscheidung zur Besoldungsvereinheitlichung erwähnte das BVerfG nur noch Art 20 Abs 1 GG als Grundlage des bundesstaatlichen Prinzips.¹¹⁶⁵

Dem steht eine Ansicht in der Literatur gegenüber, der zufolge die Verwendung des Wortes „Bundesstaat“ in Art 20 Abs 1 GG keine taugliche Grundlage für die Ableitung eines Bundesstaatsprinzips im regelmäßig angenommenen Umfang sein kann.¹¹⁶⁶ In Art 20 Abs 1 GG werde vielmehr nur angeordnet, dass Deutschland ein Bundesstaat sei; daraus allein ließen sich aber noch keine Schlüsse auf Rechtsfolgen der Bundesstaatlichkeit – etwa den Grundsatz der Bundestreue – ziehen.¹¹⁶⁷ Es sei nämlich methodisch nicht zulässig, aus dem in Art 20 Abs 1 GG normierten Bundesstaatsbegriff deduktiv ein Bundesstaatsprinzip mit konkreten Rechtsfolgen abzuleiten; Rechtsfolgen müssten sich – ganz grundsätzlich, aber eben auch hinsichtlich bundesstaatlicher Rechte und Pflichten – vielmehr aus dem Normenbestand des Grundgesetzes ableiten lassen.¹¹⁶⁸

Es stellt sich daher die Frage, ob das Bundesstaatsprinzip als Bestandteil der grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen iSd Art 4 Abs 2 EUV qualifiziert werden kann. Dies liegt jedenfalls dann nahe, wenn man eine

1160 Zum Beispiel *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 957 f, 992; *Dreier* in *Dreier*, Art 79 Abs 3 GG Rz 47 f; *Dietlein* in *Epping/Hillgruber*, Art 79 GG Rz 52 f; *Herdegen* in *Maunz/Dürig*, Art 79 GG Rz 70, 158 ff; *Haratsch* in *Sodan* Art 79 GG Rz 34 f; *Hain* in *von Mangoldt*, Art 79 GG Rz 119, der davon ausgeht, dass der bundesstaatliche Regelungsgehalt von Art 20 Abs 1 GG mit Art 79 Abs 3 1. und 2. Variante GG ident ist.

1161 Zum Beispiel *Sommermann* in *von Mangoldt*, Art 20 GG Rz 37, der davon ausgeht, dass die (von ihm als wesentliches Element des Bundesstaatsprinzips qualifizierte) Bundestreue „Voraussetzung für eine stabile Bundesstaatlichkeit“ ist. Relativierend zB *Franzius*, NVwZ 2008, 497, wonach dem Bundesstaatsprinzip eine „schwache Normativität“ zukomme, weil „seine Aussagen zu einem großen Teil in der Kompetenzordnung aufgegangen sind“.

1162 BVerfGE 1, 14 (Südweststaat) 34.

1163 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 343.

1164 BVerfGE 1, 117 (Finanzausgleichsgesetz) 131.

1165 BVerfGE 34, 9 (Besoldungsvereinheitlichung) 20.

1166 *Šarčević*, Bundesstaatsprinzip 64 ff, der sich dort auch mit anderen Normen wie zB Art 28 GG auseinandersetzt, die als Sitz des Bundesstaatsprinzips ins Treffen geführt werden.

1167 *Šarčević*, Bundesstaatsprinzip 64 ff.

1168 *Šarčević*, Bundesstaatsprinzip 77.

Verankerung des Bundesstaatsprinzips in der grundlegenden Bestimmung des Art 20 Abs 1 GG bejaht; verstärkt wird die Vermutung für die Identitätsrelevanz des Bundesstaatsprinzips dann, wenn man dieses auch durch die Ewigkeitsklausel des Art 79 Abs 3 GG für geschützt erachtet.

Allerdings ist dabei zu beachten, dass nicht abschließend geklärt ist, welchen Inhalt das Bundesstaatsprinzip hat. Versteht man es lediglich als grundlegende Festlegung dahingehend, dass Deutschland ein Bundesstaat ist, dann spricht sehr viel dafür, dieses Prinzip als identitätsstiftend iSd Art 4 Abs 2 EUV zu qualifizieren;¹¹⁶⁹ aus dieser Einordnung lassen sich aber noch keine konkreten Konsequenzen ableiten.

Das Bundesstaatsprinzip wird aber zum größten Teil so verstanden, dass sich aus ihm auch konkrete Rechtsfolgen ableiten lassen,¹¹⁷⁰ insb im Hinblick auf Konstellationen, die im Grundgesetz nicht explizit geregelt sind. Eine dieser Folgen des Bundesstaatsprinzips ist zahlreichen Autorinnen und Autoren zufolge etwa der Grundsatz der Bundestreue,¹¹⁷¹ der weiter unten im Detail analysiert wird.¹¹⁷² Für die so verstandenen Inhalte des Bundesstaatsprinzips ist aber sinnvollerweise jeweils im Einzelnen zu überlegen, ob sie zur nationalen Identität Deutschlands iSd Art 4 Abs 2 EUV gezählt werden können.

6.1.3 Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit im deutschen Verfassungsrecht

6.1.3.1 Kompetenzen des BVerfG

Um den Inhalt der deutschen bundesstaatlichen Identität ermitteln zu können, ist vorab auch auf die Bedeutung von Entscheidungen des BVerfG für die Auslegung des Grundgesetzes einzugehen. Das BVerfG fungiert im deutschen Verfassungsrecht als zentralisiertes Verfassungsgericht:¹¹⁷³ Es ist in verschiedenen Verfahren zur Auslegung des Grundgesetzes und zur Klärung der Vereinbarkeit staatlicher Akte mit dem Grundgesetz berufen. Hervorzuheben sind dabei die Befugnisse des BVerfG, im Verfahren der abstrakten¹¹⁷⁴ und konkreten¹¹⁷⁵ Normenkontrolle Gesetze wegen Verstoßes gegen das Grundgesetz für nichtig zu erklären sowie im Organstreitverfahren¹¹⁷⁶ eine Auslegung des Grundgesetzes vorzunehmen.

1169 Dies ist wohl auch die Stoßrichtung des BVerfG in BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 343.

1170 Etwa *Sachs* in *Sachs*, Art 20 GG Rz 65 ff, der dazu ua die Staatlichkeit von Bund und Ländern zählt; weiters zB *Haratsch* in *Sodan* Art 79 GG Rz 34 f.

1171 *Robbers* in *BK* Art 20 GG Rz 1126; *Sachs* in *Sachs*, Art 20 GG Rz 68 ff; *Sannwald* in *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, Art 79 GG Rz 58; *Haratsch* in *Sodan* Art 79 GG Rz 35; vgl *Dreier* in *Dreier*, Art 79 Abs 3 GG Rz 48.

1172 Unten bei 6.4.2.2.2 (= 301).

1173 Zur Rolle des BVerfG vgl zB *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht Rz 26 ff.

1174 Art 93 Abs 1 Z 2 GG.

1175 Art 100 Abs 1 GG.

1176 Art 93 Abs 1 Z 1 GG.

Erörterungsbedürftig sind in diesem Zusammenhang die Rechtswirkungen, die von Entscheidungen des BVerfG in den genannten Verfahren ausgehen. Verfassungsrechtliche Vorgaben¹¹⁷⁷ dazu finden sich in Art 94 Abs 2 1. Satz GG und Art 100 Abs 3 GG. Nach Art 94 Abs 2 1. Satz ist in einem Bundesgesetz neben der Organisation des und dem Verfahren vor dem BVerfG auch festzulegen, in welchen Fällen die Entscheidungen des BVerfG „Gesetzeskraft“ haben. Dies ist nach § 31 Abs 2 BVerfGG insb bei Entscheidungen über abstrakte und konkrete Normenkontrollanträge der Fall. Darüber, was „Gesetzeskraft“ iSd Art 94 Abs 2 1. Satz GG und § 31 Abs 2 BVerfGG bedeutet, gibt es unterschiedliche Ansichten;¹¹⁷⁸ jedenfalls sind die Entscheidungen des BVerfG keine formellen Gesetze.¹¹⁷⁹ Mit dem Begriff der Gesetzeskraft wollte der Verfassungsgesetzgeber auch offensichtlich keine Bindung des Verfassungsgesetzgebers selbst oder des BVerfG bei späterer Verfassungsauslegung bewirken.¹¹⁸⁰ Aus Art 94 Abs 2 1. Satz GG iVm § 31 Abs 2 BVerfGG lässt sich daher keine allgemeingültige Rechtsverbindlichkeit früherer Entscheidungen des BVerfG und der darin vorgenommenen Auslegung des Grundgesetzes durch das BVerfG für die spätere Auslegung des Grundgesetzes¹¹⁸¹ begründen.

Eine weitere verfassungsrechtliche Bestimmung über die Bindungswirkung von Entscheidungen des BVerfG stellt – mittelbar – Art 100 Abs 3 GG dar: Dort ist die sog „Divergenzvorlage“ geregelt. Demnach hat ein Landesverfassungsgericht, das in seiner Rsp bei der Auslegung des GG von der Rsp des BVerfG abweichen will, zunächst eine Entscheidung des BVerfG einzuholen. Die vom BVerfG¹¹⁸² vorgenommene Auslegung des Grundgesetzes ist also insofern verbindlich, als die Landesverfassungsgerichte nicht selbstständig davon abweichen dürfen. Durch die Pflicht zur Einholung einer Entscheidung des BVerfG soll die einheitliche Auslegung und damit die einheitliche Anwendung des Grundge-

1177 Sollen die Entscheidungen des BVerfG rechtliche Relevanz für die Auslegung der Normen des Grundgesetzes haben, dann kann ihnen diese Wirkung nur im Grundgesetz selbst zugeschrieben werden. Über die im Grundgesetz angeordneten Wirkungen hinausgehende Wirkungsanordnungen in einfachen Gesetzen – etwa § 31 Abs 1 BVerfGG, § 16 BVerfGG – können daher für die hier vorzunehmende Beurteilung außer Acht gelassen werden (sofern das Grundgesetz nicht – wie beim gleich diskutierten Art 94 Abs 2 1. Satz GG – explizit nach einer Ausgestaltung durch „einfaches“ Gesetz verlangt). Vgl kritisch zu § 31 Abs 1 BVerfGG und der entsprechenden Rsp des BVerfG *Hensel*, Der Staat 2011, 593 f.

1178 Etwa, dass diese Wendung heute keine Bedeutung mehr habe; vgl etwa *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht Rz 497. Zur historischen Bedingtheit vgl etwa *Remmert*, Der Staat 1993, 530 ff; *Wieland* in Dreier, Art 94 GG Rz 26 f.

1179 *Bethge* in Maunz, § 31 BVerfGG Rz 156.

1180 Vgl dazu *Wieland* in Dreier, Art 94 GG Rz 27; *Vofskuhle* in von Mangoldt, Art 94 GG Rz 35 f; *Remmert*, Der Staat 1993, 548 ff. Schließlich unterscheidet das Grundgesetz konsequent zwischen „einfachen“ Gesetzen und höherrangigem Verfassungsrecht; hätte also der Verfassungsgesetzgeber den Entscheidungen des BVerfG Bindungswirkung zuschreiben wollen, die auch bei der Auslegung des Verfassungsrechts (durch den Gesetzgeber oder andere Verfassungsorgane wie das BVerfG) verbindlich sein soll, so hätte er dies durch eine andere Formulierung zum Ausdruck gebracht.

1181 Insb auch durch den Gesetzgeber; vgl dazu *Ziekow*, NVwZ 1995, 248.

1182 Oder einem anderen Landesverfassungsgericht als dem vorlegenden.

setzes sichergestellt werden.¹¹⁸³ Das BVerfG selbst wird durch Art 100 Abs 3 GG allerdings nicht zur Beibehaltung einer einmal vorgenommenen Auslegung des Grundgesetzes verpflichtet, sondern kann von dieser abweichen.

Aus den vorangehend skizzierten Vorgaben des Grundgesetzes bleibt festzuhalten: Das BVerfG ist als Verfassungsgericht in einigen Verfahren dazu berufen, eine von der Entscheidung über einen konkreten Fall bzw der Nichtigklärung einer konkreten Norm relativ unabhängige Auslegung des Grundgesetzes vorzunehmen, die insb für die Landesverfassungsgerichte Rechtsverbindlichkeit aufweist. Das BVerfG selbst kann von seiner Auslegung aber auch wieder abweichen.¹¹⁸⁴

Gerade um solche Rechtsprechungsänderungen zu ermöglichen, ist es Aufgabe der Wissenschaft, die für eine durch das BVerfG vorgenommene Auslegung vorgebrachten Argumente kritisch zu würdigen und zu hinterfragen. Gegenstand der hier vorzunehmenden rechtswissenschaftlichen Analyse der nationalen Identität Deutschlands bleiben aber das positive Verfassungsrecht und die in ihm vorgenommenen Wertentscheidungen, die va auch durch den in weiterer Folge untersuchten Art 79 Abs 3 GG zum Ausdruck kommen. Zwar kann der Verfassungsgesetzgeber eine vom BVerfG vorgenommene „unrichtige“ Auslegung gerade dieser Bestimmung nicht mehr korrigieren¹¹⁸⁵ – der erwähnten Auslegung des Art 79 Abs 3 GG widersprechende Verfassungsänderungen könnten vom BVerfG ja wiederum als Verstoß gegen Art 79 Abs 3 GG qualifiziert werden.¹¹⁸⁶ Allein auf Grund dieser Umstände kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass jede Aussage des BVerfG zu Art 79 Abs 3 GG bzw der Verfassungsidentität Deutschlands unangefochten als solche akzeptiert werden muss und gleichsam bindendes und unabänderliches Verfassungsrecht darstellt, da andernfalls jeder wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit diesen Fragen der Boden entzogen

1183 *Wieland* in Dreier, Art 100 GG Rz 43; *Sieckman/Kessal-Wulf* in von Mangoldt, Art 100 GG Rz 84; *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht Rz 181; *Morgenthaler* in Epping/Hillgruber, Art 100 GG Rz 43. BVerfGE 3, 261 (Niedersächsische Verfassungsgerichtsbarkeit) 264 f. Das BVerfG entscheidet dementsprechend im Verfahren nach Art 100 Abs 3 GG gem § 85 Abs 3 BVerfGG „nur“ über die maßgebliche Rechtsfrage; in der Sache hat weiterhin das Landesverfassungsgericht selbst zu entscheiden (dazu zB *Sieckman/Kessal-Wulf* in von Mangoldt, Art 100 GG Rz 95). Die angesprochene Kompetenz des BVerfG ist auch für die Frage, auf „wessen“ Rsp der EuGH bei der Bestimmung der nationalen Identität Deutschlands zurückgreifen darf von Interesse: Im Lichte der genannten Regelungen ist bei divergierenden Auslegungen des Grundgesetzes durch das BVerfG auf der einen Seite und ein Landesverfassungsgericht auf der anderen Seite der Rsp des BVerfG der Vorzug zu geben.

1184 Vgl dahingehend etwa auch *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht Rz 482. Bejaht man die Existenz von Verfassungsgewohnheitsrecht in der deutschen Rechtsordnung, kann eine jahrzehntelange Rsp des BVerfG die für die Entstehung von Gewohnheitsrecht notwendige „Übung“ (consuetudo) bilden. Vgl außerdem zur (nicht bestehenden) Bindung anderer Verfassungsorgane an (abstrakte) Auslegungen des Grundgesetzes durch das BVerfG *Kischel*, AöR 2006, 229 ff.

1185 So auch *Rademacher*, EuR 2018, 147.

1186 Auch wenn, wie oben bereits betont wurde, nicht davon auszugehen ist, dass das BVerfG an seine eigene Rsp gebunden ist; dazu auch *Kischel*, AöR 2006, 231.

würde. Dennoch können sich aus der Rsp des BVerfG Hinweise auf die nationale Identität Deutschlands iSd Art 4 Abs 2 EUV ergeben.

6.1.3.2 Verfassungsidentität und nationale Identität in der Rsp des BVerfG

6.1.3.2.1 Entwicklung der Identitätskontrolle und Verhältnis zu Art 4 Abs 2 EUV

Wie oben im Zusammenhang mit den verschiedenen Modellen der Integrations-schranken bereits ausgeführt,¹¹⁸⁷ hat sich die deutsche Rechtsordnung nicht vorbehaltlos für das EU-Recht geöffnet. Mit Art 23 GG findet sich im deutschen Verfassungsrecht eine Integrationsschranke. Diese Integrationsschranke ist in erster Linie für zukünftige Änderungen des Primärrechts von Relevanz: Expliziert wird dies durch Art 23 Abs 1 3. Satz GG, der festlegt, dass Art 79 Abs 2 und 3 GG auch für Änderungen der vertraglichen Grundlagen der EU gelten. Eine durch einen solchen Vertrag bewirkte Änderung des Grundgesetzes müsste also nach Art 79 Abs 2 GG mit qualifizierter Mehrheit im Bundestag und Bundesrat beschlossen werden. Nach dem Grundgesetz gar nicht zulässig wäre hingegen eine Änderung der vertraglichen Grundlagen der EU, 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“ – also die Schutzobjekte der Ewigkeitsklausel des Art 79 Abs 3 GG – berührt. Bei den von Art 79 Abs 3 GG geschützten Grundsätzen der deutschen Verfassung¹¹⁸⁸ handelt es sich somit um absolute¹¹⁸⁹ Integrationsschranken des deutschen Verfassungsrechts, die – ohne Verfassungsbruch – nicht überwunden werden können.¹¹⁹⁰ So führt das BVerfG etwa im Lissabon-Urteil aus, dass das Grundgesetz den Gesetzgeber zu einer Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU ermächtigt; „[d]ie Ermächtigung steht aber unter der Bedingung, dass dabei die souveräne Verfassungsstaatlichkeit auf der Grundlage eines Integrationsprogramms nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und unter Achtung der verfassungsrechtlichen Identität als Mitgliedstaaten gewahrt bleibt und zugleich die Mit-

1187 Oben bei 2.3.2.1 (= 48) und 2.3.3.3 (= 55).

1188 Zu diesen im Detail noch unten ab 6.1.4 (= 272).

1189 Die Qualifikation als absolute Integrationsschranke bedeutet lediglich, dass die fragliche Schranke im Rahmen der jeweiligen Verfassungsrechtsordnung unüberwindbar ist. Damit ist nicht automatisch die Qualifikation als grundlegende Bestimmung des innerstaatlichen Rechts iSd Art 46 WVK verbunden. Selbst wenn man die aus Art 23 iVm Art 79 Abs 3 GG erwachsenden Schranken als unter Art 46 WVK fallend qualifiziert (was sich durchaus vertreten lässt), wird ein Verstoß gegen sie regelmäßig nicht offenkundig sein. Die Subsumtion unter Art 46 WVK hat aber jedenfalls nichts mit der hier vorgenommenen Unterscheidung in absolute und relative Integrationsschranken zu tun – auch relative Integrationsschranken könnten als grundlegende Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts iSd Art 46 WVK zu qualifizieren sein.

1190 Dazu zB *Schwerdtfeger*, EuR 2015, 301; *Kirchhof* in HB StR § 214 318; *Wismeyer*, AöR 2015, 438.

gliedstaaten ihre Fähigkeit zu selbstverantwortlicher politischer und sozialer Gestaltung der Lebensverhältnisse nicht verlieren“¹¹⁹¹. Konkret mit Blick auf Art 23 GG führt das BVerfG in der Lissabon-Entscheidung weiter aus, dass das „Grundgesetz [...] nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG an die Entwicklung der Europäischen Union angepasst werden [kann]; zugleich wird dieser Möglichkeit durch Art. 79 Abs. 3 GG, auf den die Norm verweist, eine absolute Grenze gesetzt. Der durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Mindeststandard darf auch durch die Einbindung Deutschlands in überstaatliche Strukturen nicht unterschritten werden“¹¹⁹². Zur Überprüfung der Einhaltung dieser Grenzen ist das BVerfG berufen, wie ebenfalls im Lissabon-Urteil ausgeführt wird: „Der unübertragbaren und insoweit integrationsfesten Identität der Verfassung (Art. 79 Abs. 3 GG) entspricht die europarechtliche Pflicht, die verfassungsgebende Gewalt der Mitgliedstaaten als Herren der Verträge zu achten. Das Bundesverfassungsgericht hat im Rahmen seiner Zuständigkeit gegebenenfalls zu prüfen, ob diese Prinzipien gewahrt sind“¹¹⁹³.

Auf Basis des Art 23 GG iVm Art 79 Abs 3 GG behält sich das BVerfG aber darüber hinaus auch vor, Sekundärrecht zumindest mittelbar auf seine Vereinbarkeit mit dem deutschen Verfassungsrecht zu beurteilen und das EU-Recht im Fall eines Widerspruchs mit dem Verfassungsrecht für unanwendbar zu erklären: EU-Rechtsakte sind keine Akte deutscher Hoheitsgewalt und können daher vom BVerfG nicht überprüft werden; allerdings kann die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Sekundärrechtsakten eine Vorfrage darstellen, deren Beantwortung erforderlich ist, um die Einhaltung der Integrationsverantwortung durch die Vertreter:innen Deutschlands im Rat zu beurteilen, wie das BVerfG etwa im Bankenunion-Urteil ausführte: „Rechtsakte des Sekundär- und Tertiärrechts der Europäischen Union sind danach insoweit tauglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde, als mit ihr eine Verletzung der Integrationsverantwortung deutscher Verfassungsorgane beim Zustandekommen und der Umsetzung dieser Rechtsakte beziehungsweise in der Folge durch das Unterlassen eines aktiven Hinwirkens auf die (Wieder-)Einhaltung des Integrationsprogramms geltend gemacht wird.“¹¹⁹⁴

Das BVerfG beansprucht in inhaltlicher Hinsicht eine qualifizierte, ausnahmsweise erfolgende Grundrechtskontrolle sowie die sog „Identitätskontrolle“, die teilweise zusammenhängen.¹¹⁹⁵ So hat das BVerfG bekanntlich in seiner Entscheidung *Solange I* befunden, dass es auf Grund des Grundgesetzes zur Kontrolle

1191 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 347.

1192 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 348; vgl schon BVerfGE 89, 155 (Maastricht) 190 f.

1193 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 350.

1194 BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 102; dazu zB *Gentzsch/Brade*, EUR 2019, 602 ff; *Forsthoff*, EuZW 2019, 977 ff.

1195 Prägnant zur Judikatur des BVerfG *Walter*, ZaöRV 2012, 181 ff; *Sommermann* in HB Ius Publicum Europaeum Band II 14 ff; Huber, AöR 2016, 124 ff; zur Verwendung des Identitätsbegriffs durch das BVerfG etwa *Ingold*, AöR 2015, 3 ff.

unionaler Rechtsakte am Maßstab der deutschen Grundrechte berufen ist, solange es in der Unionsrechtsordnung keinen äquivalenten Grundrechtsschutz gibt,¹¹⁹⁶ diesen Kontrollanspruch in *Solange II* aber wieder zurückgenommen, solange sichergestellt ist, dass der durch das Unionsrecht gewährleistete Grundrechtsschutz dem deutschen äquivalent ist.¹¹⁹⁷ Verdeutlicht wurde diese Rücknahme des Kontrollanspruchs in der Entscheidung zur Bananenmarktordnung, nach der Verfassungsbeschwerden, die eine Verletzung in Grundrechten durch Sekundärrecht behaupten, „von vornherein unzulässig [sind], wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nach Ergehen der Solange II-Entscheidung [...] unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei“.¹¹⁹⁸ Eine Grundrechtsverletzung durch Sekundärrecht kann also nur ausnahmsweise vor dem BVerfG geltend gemacht werden. Liegt sie aber vor, dann besteht gleichzeitig eine Verletzung der nach der Judikatur des BVerfG¹¹⁹⁹ durch Art 23 Abs 1 3. Satz iVm Art 79 Abs 3 GG geschützten Verfassungsidentität, die das BVerfG nach seiner Judikatur im Rahmen der Identitätskontrolle wahrzunehmen hat: Dem BVerfG zufolge ermöglicht diese Identitätskontrolle „die Prüfung, ob infolge des Handelns europäischer Organe die in Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze der Art. 1 und Art. 20 GG verletzt werden“¹²⁰⁰. Das BVerfG behält sich mit der Identitätskontrolle vor, auf dem Primärrecht basierende Akte wegen qualifizierter Verfassungswidrigkeit für unanwendbar zu erklären: Der Anwendungsvorrang soll nach dem BVerfG „nur kraft und im Rahmen der fortbestehenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung“¹²⁰¹ gelten und wird – so die Formulierung im Haftbefehl-Urteil – „durch die in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verfassungsänderungs- und integrationsfest

1196 BVerfGE 37, 271 (Solange I); dazu *Simon*, Grenzen 56 f.

1197 BVerfGE 73, 339 (Solange II).

1198 BVerfGE 102, 147 (Bananenmarktordnung).

1199 Begründet va in seiner Lissabon-Entscheidung, BVerfGE 123, 267 (Lissabon). Dazu zB *Simon*, Grenzen 64 ff; *Polzin*, Verfassungsidentität 48 ff; *Wahl*, Der Staat 2009, 612 ff; *Thym*, Der Staat 2009, 559 ff; *Schönberger*, Der Staat 2009, 535 ff; *Khushal Murkens*, Der Staat 2009, 517 ff; *Jestaedt*, Der Staat 2009, 497 ff; *Grimm*, Der Staat 2009, 475 ff; *Walter*, ZaöRV 2012, 182 ff; *Schwarze*, EuR 2010, 108 ff; *Everling*, EuR 2010, 91 ff; *Lepsius* in JBÖR 2015, 63 ff.

1200 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 354.

1201 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 354; s auch BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 397 („Vorrang kraft verfassungsrechtlicher Ermächtigung“); BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 398 („Der europarechtliche Anwendungsvorrang lässt entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht in seinem Geltungsanspruch unberührt und drängt es nur in der Anwendung soweit zurück, wie es die Verträge erfordern und nach dem durch das Zustimmungsgesetz erteilten innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl auch erlauben“); auch BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 402 („Der Grund und die Grenze für die Geltung des Rechts der Europäischen Union in der Bundesrepublik Deutschland ist der im Zustimmungsgesetz enthaltene Rechtsanwendungsbefehl, der nur im Rahmen der geltenden Verfassungsordnung erteilt werden kann [...]. [D]er Vorrang des Unionsrechts gilt in Deutschland nur kraft des durch Zustimmungsgesetz zu den Verträgen erteilten Rechtsanwendungsbefehls. Der Anwendungsvorrang reicht für in Deutschland ausgeübte Hoheitsgewalt nur so weit, wie die Bundesrepublik Deutschland dieser Kollisionsregel zugestimmt hat und zustimmen durfte“).

ausgestaltete Verfassungsidentität des Grundgesetzes begrenzt¹²⁰². Dies ist nach Ansicht des BVerfG auch durch Art 4 Abs 2 EUV – der insofern auch auf Art 79 Abs 3 GG verweist – geboten.¹²⁰³

Die Identitätskontrolle tritt nach dem BVerfG *neben* die ultra-vires-Kontrolle und hat als solche einen eigenen Kontrollmaßstab, nämlich die ausreichende Berücksichtigung der durch Art 79 Abs 3 GG geschützten Verfassungsidentität.¹²⁰⁴ Das BVerfG hat bereits in einigen Fällen eine Verletzung der Verfassungsidentität erwogen, im Ergebnis aber eine Beschränkung des Anwendungsvorrangs wegen Verletzung der Verfassungsidentität noch nie für notwendig erachtet:

In einer Entscheidung betreffend einen Europäischen Haftbefehl befasste sich das BVerfG mit dem strafrechtlichen Schuldprinzip als Teil der Verfassungsidentität, nahm aber im Ergebnis Übereinstimmung zwischen dem durch Art 1 GG geschützten Schuldprinzip im Strafverfahren und unionalen Grundrechten an, welche eine grundrechtskonforme Auslegung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl durch die nationalen Gerichte möglich mache und gebiete.¹²⁰⁵ In seiner OMT-Entscheidung identifizierte das BVerfG die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestags als Teil des Demokratieprinzips und damit der Verfassungsidentität der Bundesrepublik, verneinte aber auch hier im Ergebnis nach Einholung einer Vorabentscheidung¹²⁰⁶ die Verletzung der Verfassungsidentität durch das OMT-Programm der EZB.¹²⁰⁷ In seiner Entscheidung zur Bankenunion stand im Hinblick auf die Identitätskontrolle vor allem zur Diskussion, ob die durch die einschlägigen Sekundärrechtsakte verlangte Einrichtung unabhängiger Behörden auf unionaler und nationaler Ebene, die vom BVerfG als „Vorgabe eines ministerialfreien Raums“¹²⁰⁸ bezeichnet wurde, mit dem „durch Art. 20 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Grundsatz der Volkssouveränität“¹²⁰⁹ vereinbar sei. Das BVerfG bejahte dies gestützt auf die vorgesehenen, weitreichenden Mechanismen – etwa Informations- und Kontrollrechte – zur Kompensation des durch die Unabhängigkeit be-

1202 BVerfGE 140, 317 (Haftbefehl) Rz 41.

1203 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 354; BVerfGE 140, 317 (Haftbefehl) Rz 44. Da Art 4 Abs 2 EUV nach Ansicht des BVerfG auf derartige Fälle anwendbar ist, müsste das BVerfG bei entsprechenden Fragen zunächst dem EuGH vorlegen, bevor es einen Rechtsakt der EU für unanwendbar erklärt; so auch die Praxis des BVerfG, etwa in BVerfGE 134, 366 (OMT-Vorlagebeschluss); BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 314 ff. Vgl zur ultra-vires-Kontrolle auch BVerfGE 126, 286 (Honeywell) 303 f.

1204 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 353 f („Darüber hinaus prüft das Bundesverfassungsgericht“).

1205 BVerfGE 140, 317 (Haftbefehl) insb Rz 84 und 107. Umfassend dazu zB *Burchardt*, ZaöRV 2016, 529 ff; *Huang*, Der Staat 2017, 110 ff; kritisch ebenfalls *Classen*, EuR 2016, 30 ff.

1206 EuGH 16.06.2015, Rs C-62/14 (Gauweiler) ECLI:EU:C:2015:400; zum Vorabentscheidungsersuchen des BVerfG zB *Claes/Reestman*, GLJ 2015, 918 ff.

1207 BVerfGE 142, 123 (OMT-Urteil).

1208 BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 222; dazu zB *Gentzsch/Brade*, EUR 2019, 602 ff; *Forsthoff*, EuZW 2019, 977 ff.

1209 BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 222.

wirkten demokratischen Defizits.¹²¹⁰ In der PSPP-Entscheidung qualifizierte das BVerfG die verfahrensgegenständlichen Beschlüsse der EZB als ultra-vires, weil ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip vorläge,¹²¹¹ erachtete aber die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages als gewahrt und verneinte daher eine Verletzung der Verfassungsidentität.¹²¹²

In der Judikatur des BVerfG ist die Abgrenzung der Identitätskontrolle von der ultra-vires-Kontrolle nicht ganz klar¹²¹³ – diese Abgrenzung wird auch vom BVerfG nicht konsequent durchgehalten:¹²¹⁴ So führte das BVerfG etwa in der Haftbefehl-Entscheidung aus: „Soweit Maßnahmen eines Organs oder einer sonstigen Stelle der Europäischen Union Auswirkungen zeitigen, die die durch Art. 79 Abs. 3 GG in Verbindung mit den in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätzen geschützte Verfassungsidentität berühren, gehen sie über die grundgesetzlichen Grenzen offener Staatlichkeit hinaus. Auf einer primärrechtlichen Ermächtigung kann eine derartige Maßnahme nicht beruhen, weil auch der mit der Mehrheit des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 GG entscheidende Integrationsgesetzgeber der Europäischen Union keine Hoheitsrechte übertragen kann, mit deren Inanspruchnahme eine Berührung der von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität einherginge.“¹²¹⁵ Ganz ähnlich argumentierte das BVerfG auch im OMT-Urteil,¹²¹⁶ wo es aber auch ausführte, dass die „Ultra-vires-Kontrolle einen besonderen, an das Zustimmungsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG anknüpfenden Anwendungsfall des allgemeinen Schutzes der Verfassungsidentität durch das Bundesverfassungsgericht“ darstelle.¹²¹⁷ In seiner Entscheidung zur Bankenunion führt das BVerfG dann aus, dass die Identitätskontrolle „auch im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle Prüfungsmaßstab“¹²¹⁸ ist; differenzierte aber auch danach, ob seitens der Beschwerdeführer nur eine ultra-vires-, eine Identitätsrüge oder allgemein eine Verletzung des Anspruchs auf Demokratie gerügt werde – im letzten Fall seien auch ultra-vires- und Identitätskontrolle vorzunehmen.¹²¹⁹ In der PSPP-Entscheidung prüfte das BVerfG das Vorliegen einer Identitätsverletzung im Anschluss an die allgemeine ultra-vires-Kontrolle.¹²²⁰

1210 BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 224 ff; 285 ff; 310.

1211 BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15 ua (PSPP) Rz 154 ff.

1212 BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15 ua (PSPP) Rz 222 ff.

1213 Vgl. dazu zB *Schwerdtfeger*, EuR 2015, 296.

1214 Vgl. dazu auch *Sauer*, EuR 2017, 203 ff; *Kottmann/Wohlfahrt*, ZaöRV 2009, 463 f; *Burchardt*, ZaöRV 2016, 544 ff.

1215 BVerfGE 140, 317 (Haftbefehl) Rz 42.

1216 BVerfGE 142, 123 (OMT-Urteil) Rz 137.

1217 BVerfGE 142, 123 (OMT-Urteil) Rz 153.

1218 BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 203.

1219 BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 204 f.

1220 BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15 ua (PSPP) Rz 222 ff.

Konsequenterweise ist die Identitätskontrolle als Unterfall der ultra-vires-Kontrolle zu qualifizieren, wie es das BVerfG in der Bankenunion-Entscheidung¹²²¹ und in der Haftbefehl-Entscheidung¹²²² tut: Wenn die Übertragung von Hoheitsrechten an die EU durch Art 23 Abs 1 3. Satz GG an die materielle Voraussetzung der Einhaltung des Art 79 Abs 3 GG geknüpft ist, dann ist jeder Rechtsakt, der sich nicht an diese Beschränkung hält, ein ultra-vires-Akt.¹²²³

Aus Perspektive des Art 4 Abs 2 EUV kann die Argumentation des BVerfG allerdings nicht überzeugen: Denn gerade die Einfügung von Art 4 Abs 2 EUV, der die Organe der EU zur Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten verpflichtet, entzieht die Aufgabe der Identitätskontrolle hinsichtlich der Sekundärrechtsakte der Allein- und vor allem auch der Letztverantwortung der mitgliedstaatlichen (Verfassungs-)Gerichte.¹²²⁴ Nunmehr ist der EuGH befugt zu überprüfen, ob Sekundärrechtsakte die nationalen Identitäten der Mitgliedstaaten achten und damit den Anforderungen des Art 4 Abs 2 EUV entsprechen.¹²²⁵ Auf Basis des Primärrechts erlassene Sekundärrechtsakte sind daher nicht unmittelbar am Maßstab von Art 79 Abs 3 GG zu messen.¹²²⁶

Hervorzuheben ist auch, dass selbst ein Verstoß gegen Art 4 Abs 2 EUV aus unionsrechtlicher Perspektive nicht zum Entfall des Anwendungsvorrangs führt, sondern lediglich zur Rechtswidrigkeit des betreffenden Rechtsaktes.¹²²⁷ Insoweit das BVerfG also im Rahmen der Identitätskontrolle den Anwendungsvorrang von Sekundärrechtsakten beschränken möchte, ist dies aus unionsrechtlicher Perspektive als problematisch zu beurteilen, da an die Verletzung des Art 4 Abs 2 EUV aus unionsrechtlicher Perspektive keine anderen Konsequenzen geknüpft sind als an die Verletzung sonstigen Unionsrechts.

Art 79 Abs 3 GG und die dazu ergangene Judikatur des BVerfG ist für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Sekundärrechtsakten aber insofern von Relevanz, als diese Rechtsprechung einen Anhaltspunkt dafür liefert, was die deutsche nationale Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV ausmacht.¹²²⁸ Im Folgenden wird daher skizziert, was das BVerfG in seiner bisherigen Rsp als Bestandteil der durch Art 79 Abs 3 GG geschützten Verfassungsidentität qualifiziert hat.

1221 BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 203.

1222 BVerfGE 140, 317 (Haftbefehl) Rz 42.

1223 So zB auch *Klein* in Niedobitek/Sommermann, Wertegemeinschaft 73; *Hufeld* in HB StR § 215 421 f.

1224 Dazu zB *Schwerdtfeger*, EuR 2015, 310; *Schwarze*, EuR 2010, 115; *Everling*, EuR 2010, 100 f; vgl auch schon zur Rechtslage vor dem Vertrag von Lissabon *Hammer*, Juridikum 2004, 112.

1225 Die Qualifikation eines Rechtsaktes als „identitätsverletzend“ führt insb auch nicht dazu, dass dieser nicht wirksam entsteht, vgl *Sauer*, EUR 2017, 194.

1226 Ausführlich *Polzin*, Verfassungsidentität 178 ff.

1227 Dazu ausführlich oben bei 3.6.7 (= 138).

1228 Dazu im Detail oben bei 3.4 (= 76) und 6 (= 257).

6.1.3.2.2 *Inhalte der Verfassungsidentität nach der Rsp des BVerfG*

Das BVerfG hat bereits einige Aussagen zum konkreten Inhalt der durch Art 23 iVm 79 Abs 3 GG geschützten Verfassungsidentität getroffen. In der Lissabon-Entscheidung etwa führte das BVerfG aus, dass das Grundgesetz „die Übertragung der Kompetenz-Kompetenz“¹²²⁹ an die EU untersage. Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes fordere überdies die „Wahrung der Souveränität im vom Grundgesetz angeordneten integrationsoffenen und völkerrechtsfreundlichen Sinne“¹²³⁰. Ein nicht mehr hinnehmbares Demokratiedefizit liegt nach Ansicht des BVerfG dann vor, „wenn der Kompetenzumfang, die politische Gestaltungsmacht und der Grad an selbständiger Willensbildung der Unionsorgane ein der Bundesebene im föderalen Staat entsprechendes (staatsanaloges) Niveau erreichte, weil etwa die für die demokratische Selbstbestimmung wesentlichen Gesetzgebungszuständigkeiten überwiegend auf der Unionsebene ausgeübt würden.“¹²³¹ Ebenfalls aus dem Demokratieprinzip leitet das BVerfG schon in seiner Maastricht-Entscheidung ab, dass „die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und die Ausübung staatlicher Befugnisse sich auf das Staatsvolk zurückführen lassen und grundsätzlich ihm gegenüber verantwortlich werden“¹²³² muss. Auch das Budgetrecht des Bundestages „und seine haushaltspolitische Gesamtverantwortung sind als unverfügbarer Teil des grundgesetzlichen Demokratieprinzips durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 79 Abs. 3 GG geschützt“¹²³³, so das BVerfG aktuell in seinen Entscheidungen zur Bankenunion und gleichlautend auch zum PSPP,¹²³⁴ aber auch schon zuvor in den Urteilen Lissabon¹²³⁵ und OMT.¹²³⁶

Weiters wurde in der Rsp des BVerfG mit dem Schuldprinzip ein sehr konkreter Aspekt der durch Art 79 Abs 3 GG geschützten Verfassungsidentität benannt:¹²³⁷ Auf Grund „seiner Grundlage in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG gehört der Schuldgrundsatz zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist“¹²³⁸, so das BVerfG im Haftbefehl-Urteil.

1229 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 349.

1230 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 357.

1231 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 364 f.

1232 BVerfGE 89, 155 (Maastricht) 182.

1233 BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 123.

1234 BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15 ua (PSPP) Rz 104, 115. Die mangelnde Vorlage durch das BVerfG an den EuGH bedauernd *Calliess*, NVWZ 2020, 901.

1235 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 361 f.

1236 BVerfGE 142, 123 (OMT-Urteil) Rz 138.

1237 Siehe schon BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 413.

1238 BVerfGE 140, 317 (Haftbefehl) Rz 53.

Außerdem gibt es nach dem BVerfG einige besonders „identitätssensible“ Bereiche: „Als besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates gelten seit jeher Entscheidungen über das materielle und formelle Strafrecht (1), die Verfügung über das Gewaltmonopol polizeilich nach innen und militärisch nach außen (2), die fiskalischen Grundentscheidungen über Einnahmen und – gerade auch sozialpolitisch motivierte – Ausgaben der öffentlichen Hand (3), die sozialstaatliche Gestaltung von Lebensverhältnissen (4) sowie kulturell besonders bedeutsame Entscheidungen etwa im Familienrecht, Schul- und Bildungssystem oder über den Umgang mit religiösen Gemeinschaften (5).“¹²³⁹ Zum zuletzt angesprochenen Bereich der kulturell besonders bedeutsamen Entscheidungen führte das BVerfG aus, dass „[d]emokratische Selbstbestimmung [hier] erfordert [...], dass die jeweilige durch solche Traditionen und Überzeugungen verbundene politische Gemeinschaft das Subjekt demokratischer Legitimation bleibt.“¹²⁴⁰ Diese Aussage kann nicht nur auf das Verhältnis der EU zu ihren Mitgliedstaaten, sondern auch mit Blick auf die deutschen Länder von Relevanz sein: Das BVerfG qualifiziert nämlich bestimmte Kompetenzbereiche als nach Art 79 Abs 3 GG zwingend den Ländern zustehend.¹²⁴¹ Es ist naheliegend, dass diese Bereiche auch nicht – jedenfalls nicht zur Gänze – an die EU übertragen werden dürfen und insofern durch die Verfassungsidentität iSd Art 79 Abs 3 iVm Art 23 GG geschützt werden. Darüber hinaus finden sich in der bisherigen Rsp des BVerfG zur Verfassungsidentität keine konkreten, expliziten Aussagen zum Ausmaß des Schutzes der Bundesstaatlichkeit durch die Verfassungsidentität, was aber im Lichte dessen, dass die Bundesstaatlichkeit durch Art 79 Abs 3 GG geschützt wird und dies auch im Verhältnis zur damaligen EG bereits Thema war,¹²⁴² eher auf die bisher an das BVerfG herangetragenen Fallkonstellationen zurückzuführen ist – die keine bundesstaatlichen Themen betrafen – als darauf, dass die Bundesstaatlichkeit keinen Verfassungsidentitätscharakter hätte.

6.1.3.2.3 Relevanz der Verfassungsidentitäts-Rechtsprechung für die nationale Identität nach Art 4 Abs 2 EUV

Die Rsp des BVerfG ist unabhängig davon, ob sich das Gericht der Verfassungsidentitäts-Begrifflichkeit bedient, relevant für die Ermittlung der nationalen Identität.

1239 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 359.

1240 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 363.

1241 Zum Beispiel BVerfGE 34, 9 (Besoldungsvereinheitlichung) 20, dazu ausführlich und mwN unten bei 6.3.3.4 (= 282).

1242 Zum Beispiel BVerfGE 92, 203 (EG-Fernsehrichtlinie) 237 („wo das Gemeinschaftsrecht eine Mehrheitsentscheidung zwar an sich zulässt, einer solchen jedoch das Verfassungsprinzip der Bundesstaatlichkeit [Art. 79 Abs. 3 GG] entgegensteht – das aus der Gemeinschaftstreue folgende Gebot wechselseitiger Rücksichtnahme zur Geltung zu bringen haben“).

tität Deutschlands iSd Art 4 Abs 2 EUV. Dies ergibt sich schon aus den oben¹²⁴³ erörterten Befugnissen des BVerfG, das Grundgesetz und dabei insb auch Art 79 Abs 3 GG auszulegen. Auch wenn in einer rechtswissenschaftlichen Abhandlung Platz für Kritik an höchstgerichtlichen Entscheidungen sein muss, bleibt festzuhalten, dass die Rsp des BVerfG insb in jenen Fällen, in denen das Gericht explizit die Begrifflichkeit der integrationsfesten Verfassungsidentität bemüht, vom EuGH bei der Beurteilung der nationalen Identität Deutschlands iSd Art 4 Abs 2 EUV nicht einfach ignoriert werden kann, wenn der Dialog zwischen den Höchstgerichten konstruktiv ablaufen soll. Die Dialogoffenheit des BVerfG zeigt sich in der Bereitschaft, Fragen im Zusammenhang mit der Verfassungsidentität an den EuGH vorzulegen¹²⁴⁴ bzw solche Vorlagen anzudenken.¹²⁴⁵

6.1.4 Die Ewigkeitsklausel des Art 79 Abs 3 GG im Überblick

Bei der Analyse des deutschen Verfassungsrechts auf bundesstaatsrelevante Inhalte der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV kommt entsprechend den obigen Ausführungen¹²⁴⁶ auch der nationalen Normenhierarchie eine Indizfunktion dahingehend zu, dass bestimmte Inhalte in einer Rechtsordnung einen besonderen Stellenwert einnehmen und daher zu den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen iSd Art 4 Abs 2 EUV gezählt werden können. Es ist also zu fragen, ob es auch im deutschen Verfassungsrecht Verfassungsinhalte gibt, die auf Grund ihrer derogatorischen Kraft oder des für sie geltenden Erzeugungsverfahrens im Vergleich zum sonstigen Verfassungsrecht einen höheren Rang im Stufenbau der Rechtsordnung einnehmen. Dies ist in Anbetracht der in Art 79 Abs 3 GG enthaltenen Ewigkeitsklausel zu bejahen. Während die anderen Verfassungsbestimmungen nämlich im Verfahren nach Art 79 Abs 2 GG abgeändert werden können, gilt dies nicht für Änderungen der von Art 79 Abs 3 GG erfassten Inhalte. Eine Änderung dieser Inhalte ist im Rahmen des Grundgesetzes unzulässig.¹²⁴⁷

Dies bedeutet zwar noch nicht, dass eine Abschaffung oder Veränderung von Art 79 Abs 3 GG vollkommen unmöglich ist. Jedenfalls denkbar wäre die Abschaffung oder Veränderung der Inhalte durch Verfassungsbruch.¹²⁴⁸ Teilweise wird in der Literatur auch vertreten, dass die Möglichkeit besteht, Art 79 Abs 3

1243 Bei 6.1.3.1 (= 261).

1244 BVerfGE 134, 366 (OMT-Vorlagebeschluss).

1245 BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 314 ff.

1246 Oben bei 3.6.4.4.5 (= 121).

1247 Zur historischen Bedingtheit dieser materiellen Verfassungsänderungsschranken s zB *Hain* in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 28 ff.

1248 Vgl dazu *Evers* in BK Art 79 Abs 3 GG Rz 73; *Hain* in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 33 f; *Dietlein* in Epping/Hillgruber, Art 79 GG Rz 20.2; *Sachs* in Sachs, Art 79 GG Rz 5 f; *Sannwald* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 79 GG Rz 3.

GG ohne Verfassungsbruch abzuändern und dann auch auf die ursprünglich geschützten Inhalte zuzugreifen.¹²⁴⁹ Diese Diskussion muss aber hier nicht vertieft werden, denn es steht so oder so fest, dass die in Art 79 Abs 3 GG genannten Inhalte im deutschen Verfassungssystem zu den grundlegendsten verfassungsmäßigen Strukturen der deutschen Rechtsordnung zählen¹²⁵⁰ – dies ist ja der Grund, warum ihnen der stärkste im Grundgesetz verfügbare Bestandsschutz und damit auch der höchste Rang in der Normenhierarchie der deutschen Rechtsordnung¹²⁵¹ zuteil werden soll.

Die in Art 79 Abs 3 GG geschützten Inhalte zählen also zu den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen Deutschlands¹²⁵² und machen damit einen Teil der nationalen Identität Deutschlands iSd Art 4 Abs 2 EUV aus.¹²⁵³ Auch in der Literatur wird der Begriff der Identität im Zusammenhang mit Art 79 Abs 3 GG verwendet: So spricht etwa *Hain*¹²⁵⁴ davon, dass es bei Art 79 Abs 3 GG „um den Schutz des ‚Grundsätzlichen‘ als das die Verfassungsordnung in ihrer Identität prägenden Wesentlichen“ gehe. Zur nationalen Identität Deutschlands gehören somit jedenfalls die in Art 79 Abs 3 GG explizit genannte Gliederung des Bundes in Länder und die Mitwirkung der Länder bei der Bundesgesetzgebung.¹²⁵⁵

Die in Art 79 Abs 3 GG zum Ausdruck kommende Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers schließt aber nicht aus, dass es auch andere Elemente des bundesstaatsrelevanten Verfassungsrechts gibt, die zwar nicht änderungsfest sind, aber dennoch anhand der anderen oben genannten Indizien – Präambeln und Zielbestimmungen, Rsp der Höchstgerichte, politikwissenschaftliche Charakterisierungen – als grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen iSd Art 4 Abs 2 EUV identifiziert werden können.

Gleichzeitig lässt sich aber nicht bestreiten, dass der Verfassungsgeber mit Art 79 Abs 3 GG eine Grundsatzentscheidung dahingehend getroffen hat, was er als besonders schützenswert und damit wesentlich für den deutschen Bundesstaat erachtet. Im Lichte dessen müssen gewichtige Argumente dafür ins Treffen geführt werden können, wenn ein Norminhalt, der nicht in Art 79 Abs 3 GG genannt ist, dennoch als identitätsstiftend iSd Art 4 Abs 2 EUV qualifiziert werden

1249 Vgl die Diskussion bei *Hain* in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 41 f, der allerdings selbst (nur) davon ausgeht, dass der Verfassungsgeber (pouvoir constituant) Art 79 Abs 3 GG ändern könnte, nicht aber der verfassungsändernde Gesetzgeber (pouvoir constitué).

1250 Vgl zB *Evers* in BK Art 79 Abs 3 GG Rz 90.

1251 Vgl *Hain* in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 109.

1252 So etwa auch BVerfG 123, 267 (Lissabon) 348.

1253 So statt vieler etwa auch *Dreier* in HB Ius Publicum Europaeum Band I 83. Auch in der Literatur wird der Begriff der Identität in Zusammenhang mit Art 79 Abs 3 GG verwendet: So spricht etwa *Hain* in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 43 davon, dass es bei Art 79 Abs 3 GG „um den Schutz des ‚Grundsätzlichen‘ als das die Verfassungsordnung in ihrer Identität prägenden Wesentlichen“ gehe.

1254 So etwa *Hain* in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 43.

1255 Zu beidem noch unten bei 6.4.1 (= 299).

soll. Im Zweifel ist daher nicht vom Vorliegen eines Bestandteils der nationalen bundesstaatlichen Identität auszugehen.

6.2 Strukturelle Voraussetzungen der Kompetenzverteilung

6.2.1 Fragestellung

Als Voraussetzung der Kompetenzverteilung wird hier die Existenz föderaler Hoheitsträger, also von Bund und Ländern, verstanden. Den ersten Punkt der Untersuchung der bundesstaatlichen Identität stellt also die Frage dar, wie das deutsche (Verfassungs-)Recht die Existenz der föderalen Hoheitsträger sichert.

6.2.2 Bestand der Länder und des Bundes

Art 79 Abs 3 1. Variante GG verbietet eine Änderung des Grundgesetzes, mit der die Gliederung des Bundes in Länder „berührt“ wird. Damit wird eine der grundlegenden Voraussetzungen der Bundesstaatlichkeit, nämlich das Bestehen mehrerer föderaler Hoheitsträger, vorausgesetzt und geschützt.¹²⁵⁶ Nach unbestrittener Ansicht des BVerfG¹²⁵⁷ schützt Art 79 Abs 3 1. Variante GG allerdings nicht den Bestand der Länder in seiner konkreten Ausgestaltung, weder was die Zahl noch was die territoriale Erstreckung der Länder betrifft.¹²⁵⁸ Dies ergibt sich, wie das BVerfG betont, insb aus der im GG selbst vorgesehenen Möglichkeit zur Neugliederung des Bundesgebiets (Art 29 GG, vgl auch Art 118a GG).¹²⁵⁹ Umstritten ist, ob sich aus dem Erfordernis des Bestands von Ländern auch eine obligatorische Mindestanzahl an Ländern ableiten lässt; vertreten wird in diesem Zusammenhang zuweilen die Notwendigkeit des Bestehens von mindestens drei Ländern;¹²⁶⁰ an anderer Stelle wird das Bestehen von nur zwei Ländern als ausreichend erachtet.¹²⁶¹ Schließlich wird auch verneint, dass sich aus dem Erfordernis der Gliederung des Bundes in Länder eine allgemeingültige,

1256 Zum Beispiel *Sannwald* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 79 GG Rz 42.

1257 BVerfGE 1, 14 (Südweststaat) 47 ff; BVerfGE 5, 34 (Baden-Abstimmung) 38.

1258 Wie hier *Evers* in BK Art 79 Abs 3 GG Rz 212; *Herdegen* in Maunz/Dürig, Art 79 GG Rz 97; *Sachs* in Sachs, Art 79 GG Rz 42; *Sachs* in Sachs, Art 20 GG Rz 67; *Sannwald* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 79 GG Rz 42; *Hofmann* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 20 GG Rz 11; *Haratsch* in Sodan, Art 79 GG Rz 21; *Bryde* in von Münch/Kunig, Art 79 GG Rz 40; *Dreier* in HB Ius Publicum Europaeum Band I 58 Rz 98; *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 997; *Isensee* in HB StR § 126 Rz 23, 295.

1259 BVerfGE 1, 14 (Südweststaat) 47 ff; BVerfGE 5, 34 (Baden-Abstimmung) 39 ff. Vgl weiters zB *Dreier* in Dreier, Art 79 Abs 3 GG Rz 21; vgl auch *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 1123 f; *Isensee* in HB StR § 126 Rz 24 ff.

1260 *Dreier* in Dreier, Art 79 Abs 3 GG Rz 21; *Haratsch* in Sodan, Art 79 GG Rz 21.

1261 *Dietlein* in Epping/Hillgruber, Art 79 GG Rz 24; dies offenlassend *Sachs* in Sachs, Art 79 GG Rz 42.

konkret zu beziffernde Mindestanzahl an Ländern ableiten lässt, vielmehr sei diese situationsabhängig unter Beachtung des Grundsatzes der vertikalen Gewaltenteilung zu bestimmen.¹²⁶² Eine solche, situationsabhängige Beurteilung entspricht am ehesten dem Zweck¹²⁶³ des Art 79 Abs 3 1. Var GG, das Bestehen eines funktionierenden, gewaltenteiligen Bundesstaates sicherzustellen.¹²⁶⁴

Die im Grundgesetz vorgesehene Zusammensetzung der Länder ist prägend für den deutschen Bundesstaat – dies wird insb durch die Aufzählung der einzelnen Länder in der Präambel des Grundgesetzes nahegelegt. Die besondere Bedeutung der derzeitigen Zusammensetzung und Abgrenzung der Länder wird auch dadurch hervorgehoben, dass für Gebietsänderungen besondere Verfahrensregelungen vorgesehen sind (insb Art 29 GG, Art 118a GG). Im Lichte dessen lässt sich die vom Grundgesetz vorgesehene Struktur des deutschen Bundesstaates mit derzeit sechzehn Ländern und deren gebietsmäßige Zusammensetzung als grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur iSd Art 4 Abs 2 EUV qualifizieren. Käme es zu Änderungen im Bestand der Länder, so wäre auch eine neue Zusammensetzung der Länder identitätsstiftend.

In Art 79 Abs 3 GG wird überdies vorausgesetzt, dass es neben den Ländern einen Bund gibt, wie sich aus der Formulierung „die Gliederung des Bundes in Länder“ ergibt. Dies bestätigt auch die Rsp des BVerfG, der zufolge die „Wahrung der Souveränität im vom Grundgesetz angeordneten integrationsoffenen und völkerrechtsfreundlichen Sinne“¹²⁶⁵ einen Bestandteil der durch Art 79 Abs 3 GG geschützten Verfassungsidentität ausmacht. Insofern lässt sich auch annehmen, dass das Bestehen des Bundes durch Art 79 Abs 3 GG grundsätzlich geschützt wird¹²⁶⁶ und in weiterer Folge auch eine grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur iSd Art 4 Abs 2 EUV darstellt.

1262 Evers in BK Art 79 Abs 3 GG Rz 212; Hain in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 132; ähnlich Herdegen in Maunz/Dürig, Art 79 GG Rz 97; Sannwald in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 79 GG Rz 42.

1263 Vgl zB Elazar, Federal Systems 102 ff; Hesse/Ellwein, Regierungssystem 40; Marshall, System 32, 216 f.

1264 Zur Gewaltenteilung als Zweck der Bundesstaatlichkeit zB BVerfGE 12, 205 (1. Rundfunkentscheidung) 229 („Diese Grundentscheidung der Verfassung, die nicht zuletzt eine Entscheidung zugunsten des föderalistischen Staatsaufbaus im Interesse einer wirksamen Teilung der Gewalten ist“).

1265 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 357.

1266 Vgl etwa Hain in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 136; Sachs in Sachs, Art 79 GG Rz 60, 62; Sannwald in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 79 GG Rz 57; weiters Dreier in Dreier, Art 79 Abs 3 GG Rz 55 ff sowie Sommermann, DÖV 2013, 710 f.

6.3 Strukturelle Anforderungen an die Ausgestaltung der Kompetenzverteilung

6.3.1 Fragestellung

Im Folgenden wird die Frage gestellt, ob sich aus dem Grundgesetz strukturelle Anforderungen an die Ausgestaltung der Kompetenzverteilung ergeben, die als grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen Deutschlands iSd Art 4 Abs 2 EUV qualifiziert werden können. Dazu ist erstens zu erörtern, wie eine Abänderung der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung nach dem Grundgesetz erfolgen kann und ob die Regelungen darüber identitätsstiftend sind. Weiters ist es auf Grund des besonderen Stellenwertes des Art 79 Abs 3 GG in der deutschen Rechtsordnung geboten, sich näher mit den ersten beiden Varianten des Art 79 Abs 3 GG auseinanderzusetzen. Dort werden mit dem Bestand der Länder und der Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung zwei bundesstaatsrelevante Aspekte des deutschen Verfassungsrechts geschützt.

6.3.2 Abänderung der Kompetenzverteilung

Die Kompetenzverteilung im deutschen Bundesstaat ist im Grundgesetz geregelt. Änderungen der Kompetenzverteilung erfolgen also durch Änderung des Grundgesetzes. In Art 79 Abs 1 und 2 werden Regelungen über Grundgesetzänderungen getroffen. Art 79 Abs 1 GG legt diesbezüglich ein Kodifikationsgebot fest; Änderungen des Grundgesetzes müssen im Text des Grundgesetzes vorgenommen werden bzw diesen ergänzen.¹²⁶⁷ In verfahrensmäßiger Hinsicht wird in Art 79 Abs 2 GG festgelegt, dass für Änderungen des Grundgesetzes eine Zwei-Drittel-Mehrheit in Bundestag und Bundesrat erforderlich ist.¹²⁶⁸ Dies ist damit auch das relevante Beschlussfassungserfordernis für Änderungen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung.

Ein starkes Indiz dafür, diese Regelungen über die Abänderung der Kompetenzverteilung – und damit über die Abänderung des Grundgesetzes – zu den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen Deutschlands iSd Art 4 Abs 2 EUV zu zählen, würde vorliegen, wenn die genannten Regelungen durch Art 79 Abs 3 GG geschützt wären. Dafür ist auf Art 79 Abs 3 2. Var GG einzugehen.

1267 Dazu zB *Sachs* in *Sachs*, Art 79 GG Rz 12 ff; *Sannwald* in *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, Art 79 GG Rz 17; *Haratsch* in *Sodan*, Art 79 GG Rz 6; *Hain* in *von Mangoldt*, Art 79 GG Rz 6 ff; *Dreier* in *Dreier*, Art 79 Abs 1 GG Rz 21 ff; *Bryde* in *von Münch/Kunig*, Art 79 GG Rz 6 f.

1268 Dazu zB *Sachs* in *Sachs*, Art 79 GG Rz 21 ff; *Sannwald* in *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, Art 79 GG Rz 31 ff; *Haratsch* in *Sodan*, Art 79 GG Rz 16 f; *Hain* in *von Mangoldt*, Art 79 GG Rz 26; *Dreier* in *Dreier*, Art 79 Abs 2 GG Rz 19 ff.

Art 79 Abs 3 2. Var GG stellt die Mitwirkung der Länder an der Gesetzgebung unter Schutz. Zutreffenderweise ergibt sich aus der Systematik des Grundgesetzes, dass durch Art 79 Abs 3 2. Var GG zunächst und vorrangig die Mitwirkung der Länder an der Gesetzgebung des Bundes unter Schutz gestellt wird.¹²⁶⁹

Auch Änderungen des Grundgesetzes sind nach dem Konzept des Grundgesetzes zunächst Akte der Bundesgesetzgebung, die allerdings in einem nach Art 79 Abs 2 GG qualifizierten Verfahren zustande kommen.¹²⁷⁰ Die Mitwirkung der Länder an der Gesetzgebung hat aber nach Art 79 Abs 3 GG nur „grundsätzlich“ zu erfolgen; ein (genereller) Ausschluss der Mitwirkung der Länder an Verfassungsänderungen steht daher mit Art 79 Abs 3 GG in Einklang, solange insb betreffend die „einfache“ Bundesgesetzgebung weiterhin Mitwirkungsrechte der Länder bestehen. Allerdings ließe sich auch argumentieren, dass die Mitwirkung gerade an Änderungen des Grundgesetzes eine „grundsätzliche“ Bedeutung für das Ausmaß der Einflussnahmemöglichkeiten und Kompetenzen der Länder hat; schließlich erfolgt insb die Kompetenzverteilung im Grundgesetz. Insofern ließe sich vertreten, dass die Mitwirkung der Länder an Grundgesetzänderungen jedenfalls zum von Art 79 Abs 3 GG geschützten „grundsätzlichen“¹²⁷¹ Mindestmaß an Mitwirkungsmöglichkeiten zu zählen ist. Dieses Argument kann aber dadurch entkräftet werden, dass der Schutz der Einflussnahmemöglichkeiten der Länder sowie eines Mindestbestands an Länderkompetenzen¹²⁷² nach dem Konzept des Art 79 Abs 3 GG gerade nicht den Ländern selbst überantwortet wird, sondern durch die Ewigkeitsklausel sichergestellt ist. Es kann also Art 79 Abs 3 GG nicht unterstellt werden, dass der Zweck des Schutzes der Mitwirkungsmöglichkeit der Länder an der Gesetzgebung des Bundes jener ist, den Ländern ein Mitspracherecht (insb) hinsichtlich der Kompetenzverteilung zu gewähren. Vielmehr soll die Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung um ihrer selbst willen geschützt werden. Im Lichte dessen wäre es mit Art 79 Abs 3 GG vereinbar, wenn den Ländern im Zusammenhang mit Grundgesetzänderungen keine Mitwirkungsmöglichkeiten mehr zukämen,¹²⁷³ sofern bei der „einfachen“ Bundesgesetzgebung weiterhin Mitwirkungsmöglichkeiten bestehen.¹²⁷⁴

1269 Dreier in Dreier, Art 79 Abs 3 GG Rz 23; Sachs in Sachs, Art 79 GG Rz 44; *Sannwald* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 79 GG Rz 46; *Haratsch* in Sodan, Art 79 GG Rz 23.

1270 So zB *Sachs* in Sachs, Art 79 GG Rz 10; *Dreier* in Dreier, Art 79 Abs 2 GG Rz 15; *Hain* in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 1.

1271 „Grundsätzlich“ würde hier also nicht in quantitativer Hinsicht verstanden, wonach Mitwirkung nach Art 79 Abs 3 GG in den meisten Fällen geboten wäre, sondern in qualitativer Hinsicht, wonach Mitwirkung nach Art 79 Abs 3 GG insb bei „wichtigen“ Angelegenheiten geboten ist.

1272 Dazu unten bei 6.3.3 (= 278).

1273 Insb ist auch die konkrete Ausgestaltung der derzeit in Art 79 Abs 2 GG angeordneten Mitwirkung (qualifizierte Zustimmung durch den Bundesrat) nicht von Art 79 Abs 3 GG geschützt, wie sogleich unten erörtert wird.

1274 Vgl dazu auch *Hain* in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 134, der zwar nicht die hier diskutierte Frage anspricht, insgesamt aber auf die Gesamtbalance zwischen Bund und Ländern abstellt.

Art 79 Abs 3 GG kann also nicht als Indiz dafür herangezogen werden, dass die Regelungen über die Änderungen des Grundgesetzes (aus bundesstaatlicher Perspektive) identitätsstiftend iSd Art 4 Abs 2 EUV sind. Die Präambel und die programmatische Bestimmung des Art 20 Abs 1 GG enthalten keinen Anhaltspunkt dahingehend, dass gerade die Bestimmungen über die Änderung des Grundgesetzes (auch) aus bundesstaatlicher Perspektive von grundlegender Bedeutung sind; weiters ergeben sich solche Anhaltspunkte, soweit ersichtlich, weder aus der Rsp des BVerfG noch aus der eingangs zitierten politikwissenschaftlichen Literatur.

6.3.3 Mindestausmaß an autonomen Länderkompetenzen

6.3.3.1 Art 79 Abs 3 1. Var GG als Ausgangspunkt

Art 79 Abs 3 1. Var GG verbietet eine Änderung des Grundgesetzes, durch die „die Gliederung des Bundes in Länder“ berührt wird. Ob sich daraus ein Bestandsschutz zu Gunsten der bestehenden Länder ergibt, wurde oben diskutiert und verneint.¹²⁷⁵ Es stellt sich nun aber die Frage, ob Art 79 Abs 3 1. Var GG mehr schützt als nur den formellen Bestand einer Mindestanzahl an Ländern. Die soweit ersichtlich einhellige Ansicht bejaht dies:¹²⁷⁶ Art 79 Abs 3 1. Var GG schützt demnach nicht nur das Bestehen von Ländern an sich, sondern verlangt auch danach, dass die Länder als autonome, also eigenständige Einheiten bestehen. Art 79 Abs 3 1. Var GG würde also nicht genüge getan, wenn die Länder nur formell bestehen, materiell aber keine eigenständigen Hoheitsträger mit entsprechenden Befugnissen sind.

Das BVerfG etwa geht bereits in seiner Südweststaat-Entscheidung davon aus, dass die Länder „als Glieder des Bundes Staaten mit eigener – wenn auch gegenständlich beschränkter – nicht vom Bund abgeleiteter, sondern von ihm anerkannter staatlicher Hoheitsmacht“¹²⁷⁷ sind.¹²⁷⁸ Diese Staatlichkeit der Länder hat zur Folge, dass den Ländern ein Mindestmaß an autonomen Kompetenzen zukommen muss: Die Länder sind dem BVerfGE zufolge „nur dann Staaten, wenn ihnen ein Kern eigener Aufgaben als ‚Hausgut‘ unentziehbar verbleibt.

¹²⁷⁵ Oben bei 6.2.2 (= 274).

¹²⁷⁶ Zum Beispiel *Evers* in BK Art 79 Abs 3 GG Rz 213; *Sachs* in Sachs, Art 79 GG Rz 43; *Sachs* in Sachs, Art 20 GG Rz 65 f; *Sannwald* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 79 GG Rz 43; *Haratsch* in Sodan Art 79 GG Rz 22; *Leisner* in Sodan, Art 20 GG Rz 16.

¹²⁷⁷ BVerfGE 1, 14 (Südweststaat) 34.

¹²⁷⁸ Vgl. weiters BVerfGE 6, 309 (Reichskonkordat) 347 („Eigenstaatlichkeit der Länder“); BVerfGE 14, 221 (Fremdrenten) 234 („auch die Länder sind Staaten“); BVerfGE 34, 9 (Besoldungsvereinheitlichung) 19 f; BVerfGE 36, 342 (Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz) 360 f; BVerfGE 60, 175 (Startbahn West) 207; BVerfGE 72, 330 (Finanzausgleich I) 385; BVerfGE 81, 310 (Kalkar II) 334; BVerfGE 101, 158 (Finanzausgleich III) 221; BVerfGE 104, 249 (Biblis A) 279; BVerfGE 116, 327 (Berliner Haushalt) 380; BVerfGE 129, 108 (Legislativstreit Schuldenbremse) 122.

Was immer im einzelnen dazu gehören mag, jedenfalls muß dem Land die freie Bestimmung über seine Organisation einschließlich der in der Landesverfassung enthaltenen organisatorischen Grundentscheidungen sowie die Garantie der verfassungskräftigen Zuweisung eines angemessenen Anteils am Gesamtsteueraufkommen im Bundesstaat verbleiben.“¹²⁷⁹

In der Literatur wird der vom BVerfG als Hausgut umschriebene Kompetenzbestand auch als Notwendigkeit der Einräumung eines Mindestmaßes an materieller Eigenständigkeit umschrieben.¹²⁸⁰ Teilweise wird die Notwendigkeit des Bestehens bestimmter Länderkompetenzen bzw eines bestimmten Mindestausmaßes an Länderkompetenzen auch allein aus der „Staatlichkeit“ der Länder abgeleitet;¹²⁸¹ diese wird wiederum zum Teil als Begriffsmerkmal der deutschen Bundesstaatlichkeit angesehen,¹²⁸² von manchen aber auch als dem Art 79 Abs 3 Var 1. GG inhärent qualifiziert.¹²⁸³ Dabei soll es sich um einen verfassungsrechtlichen Begriff der Staatlichkeit handeln, der sich von der Staatlichkeit im völkerrechtlichen Sinn unterscheidet.¹²⁸⁴

Unabhängig von der Herleitung des Erfordernisses eines Mindestbestands an Länderkompetenzen¹²⁸⁵ besteht allerdings Einigkeit darüber, dass dieses von Art 79 Abs 3 GG erfasst wird. Weiters besteht Einigkeit darüber, dass das Mindestausmaß an Kompetenzen nicht abstrakt quantifiziert werden kann¹²⁸⁶ und dass Kompetenzverluste der Länder durch Kompetenzgewinne in anderen Bereichen ausgeglichen werden können.¹²⁸⁷ Die Notwendigkeit des Bestehens eines Mindestausmaßes von Länderkompetenzen führt also nicht zu einer Versteinerung der grundgesetzlichen föderalen Kompetenzverteilung in dem Sinn, dass

1279 Vgl zB auch BVerfGE 99, 1 (Bayerische Kommunalwahlen) 11; BVerfGE 87, 181 (7. Rundfunkentscheidung) 196; BVerfGE 137, 108 (Art 91e GG) 144.

1280 Dreier in Dreier, Art 79 Abs 3 GG Rz 22.

1281 Robbers in BK Art 20 GG Rz 1079; Hain in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 126 ff; Dietlein in Epping/Hillgruber, Art 79 GG Rz 23; ähnlich Grzeszick in Maunz/Dürig, Art 20 GG Rz 95; Sommermann in von Mangoldt, Art 20 GG Rz 26 f; Dreier in HB Ius Publicum Europaeum Band I 58 Rz 98; Isensee in HB StR § 126 Rz 65 ff.

1282 Robbers in BK Art 20 GG Rz 1080; Huster/Rux in Epping/Hillgruber, Art 20 GG Rz 7; Grzeszick in Maunz/Dürig, Art 20 GG Rz 35; vgl auch Leisner in Sodan, Art 20 GG Rz 14; Kirchhof in HB StR § 181 Rz 297.

1283 Dietlein in Epping/Hillgruber, Art 79 GG Rz 23.

1284 Zum Beispiel Sachs in Sachs, Art 79 GG Rz 43: „Staatsqualität im bundesstaatl. Sinn“; Sommermann in von Mangoldt, Art 20 GG Rz 26: „Staatsqualität, allerdings nur im staatsrechtlichen Sinne“. Vgl aber auch Evers in BK Art 79 Abs 3 GG Rz 216 (umstrittene staatstheoretische Frage, aber ohne Bedeutung für Art 79 Abs 3 GG).

1285 Grundsätzlich ist es zutreffend, dass der Verfassungsgeber nicht beabsichtigt hat, die Länder als bloße bürokratische Einheiten zu errichten, sondern ihnen eine Stellung einräumen wollte, die es ihnen ermöglicht, im Bundesstaat ein Gegengewicht zur Zentralgewalt darzustellen; vgl Sommermann in von Mangoldt, Art 20 GG Rz 33; die Annahme der Notwendigkeit des Bestehens eines Mindestausmaßes an Länderkompetenzen ist daher grundsätzlich zutreffend.

1286 BVerfGE 34, 9 (Besoldungsvereinheitlichung) 20.

1287 Zum Beispiel Dreier in Dreier, Art 79 Abs 3 GG Rz 22; vgl auch Hain in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 129 f; Evers in BK Art 79 Abs 3 GG Rz 214.

den Ländern von ihrem „Urkompetenzbestand“ nur ein bestimmtes Ausmaß an Kompetenzen abgezogen werden dürfte.¹²⁸⁸

6.3.3.2 Komplementarität der Kompetenzverteilung?

Als Komplementarität der Kompetenzverteilung kann man den Umstand bezeichnen, dass jede Kompetenz, die nicht den Ländern zukommt, beim Bund liegt und umgekehrt. Da es aber im Grundgesetz auch konkurrierende Kompetenzen als Regelfall gibt (Art 72 GG), bedeutet die Zuordnung einer Kompetenz zum Bund noch nicht zwingend, dass diese nicht auch den Ländern zukommt (und umgekehrt). Nach dem Grundgesetz kommt den Ländern eine Subsidiärkompetenz für alle nicht anders zugeordneten Bereiche zu.¹²⁸⁹

6.3.3.3 Autonome Kompetenzen in allen Bereichen der Staatsgewalt?

Hinsichtlich der durch Art 79 Abs 3 1. Var GG geforderten Eigenständigkeit bzw Autonomie der Länder ist weiters zu diskutieren, ob das aus Art 79 Abs 3 1. Var GG abgeleitete Gebot der Eigenständigkeit der Länder verlangt, dass diesen jeweils autonome Kompetenzen in den Bereichen der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung zukommen.¹²⁹⁰ Denkbar wäre nämlich auch, dass das Bestehen ausreichender eigenständiger Kompetenzen in einem Bereich – etwa der Verwaltung – die Notwendigkeit des Bestehens eigenständiger Kompetenzen in einem anderen Bereich – etwa der Gesetzgebung – ausschließt.¹²⁹¹ Dem steht schon die Aussage des BVerfG, wonach „den Ländern im Bereich aller drei Staatsfunktionen – Legislative, Exekutive und Judikative – Aufgaben von substantiellem Gewicht als ‚Hausgut‘ unentziehbar verbleiben“¹²⁹² entgegen.

Die Länder sollen im Konzept des Grundgesetzes außerdem nicht nur um ihrer Eigenständigkeit willen eigenständig sein, sondern vor allem auch ein Gegenge-

1288 Vgl Dreier in Dreier, Art 79 Abs 3 GG Rz 22.

1289 Art 30 GG; vgl auch Art 70 GG (Gesetzgebung), Art 83 GG (Ausführung der Bundesgesetze), Art 92 GG (Gerichtbarkeit).

1290 So etwa Dreier in Dreier, Art 79 Abs 3 GG Rz 48, der dies aus dem Erfordernis der „Eigenstaatlichkeit“ der Länder ableitet, wobei nicht ganz klar ist, ob er dieses in Art 20 Abs 1 GG oder Art 79 Abs 3 1. Var GG verankert sieht; auch Dietlein in Epping/Hillgruber, Art 79 GG Rz 23, leitet aus dem seiner Ansicht nach in Art 79 Abs 3 1. Var GG verankerten Konzept der Staatlichkeit der Länder die Notwendigkeit des Bestehens von Kompetenzen in allen drei Bereichen der Staatsgewalt ab; weiters Hain in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 127 f, 130; Bauer in Dreier, Art 20 GG Rz 42; Sommermann in von Mangoldt, Art 20 GG Rz 33 f; Sannwald in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 79 GG Rz 43.

1291 In diese Richtung Huster/Rux in Epping/Hillgruber, Art 20 GG Rz 18, wenn sie davon ausgehen, dass dem Bundesstaatsprinzip dadurch entsprochen wird, dass das Fehlen substantieller Gesetzgebungskompetenzen der Länder durch deren Zuständigkeit zur Ausführung der Bundesgesetze nach Art 83 GG ausgeglichen wird.

1292 BVerfGE 137, 108 (Art 91e GG) 144.

wicht zum „Machtzentrum“ des Bundes bilden,¹²⁹³ wie dies auch das BVerfG immer wieder betont.¹²⁹⁴ Um ein solches wirksames Gegengewicht zum Bund darstellen zu können, ist es aber erforderlich, dass die Länder über eigenständige Gesetzgebungsbefugnisse verfügen, die nicht durch (umfassende) Verwaltungsbefugnisse ersetzt werden können.¹²⁹⁵ Dies klingt auch an, wenn gefordert wird, dass die Länder im deutschen Bundesstaat „Zentren demokratisch legitimer politischer Entscheidung“¹²⁹⁶ sein sollen, denn diese Funktion kann am ehesten durch demokratisch legitimierte Gesetzgebung auf Landesebene erfüllt werden.

Auch eine vollkommene Ersetzung der Landesgesetzgebungskompetenzen durch Mitwirkungsrechte bei der Gesetzgebung des Bundes wäre nicht mit dem Konzept des Art 79 Abs 3 1. Var GG vereinbar,¹²⁹⁷ da dadurch – zumindest nach dem derzeitigen Bundesratsmodell – die Länder nicht *jeweils* als „demokratische Entscheidungszentren“ fungierten, sondern nur durch *Zusammenwirken* bzw. Mehrheitsbildung Einfluss auf die Bundesgesetzgebung nehmen könnten. Das Erfordernis des Bestehens eigenständiger Landesgesetzgebungskompetenzen wird durch das Erfordernis des (grundsätzlich) eigenständigen Vollzugs der solcherart erlassenen Gesetze durch Verwaltungsbehörden der Länder effektiert. In den von ihren Gesetzgebungskompetenzen erfassten Bereichen müssen also die Länder zumindest dem Grundsatz nach auch die Entscheidungshoheit über die Verwirklichung der erlassenen Gesetze haben.¹²⁹⁸ Dies entspricht auch dem ursprünglichen Konzept des Grundgesetzes, in welchem den Ländern in allen drei Bereichen der Staatsgewalt eigenständige Kompetenzen zukamen.¹²⁹⁹

Auch die Verwaltungsbefugnisse der Länder können aber der Rsp des BVerfG zufolge nicht einfach ersatzlos gestrichen werden, da gerade der Exekutivföderalismus zur vertikalen Gewaltenteilung beiträgt.¹³⁰⁰

Hinsichtlich der Gerichtsbarkeit ist die schon in der Stammfassung des Grundgesetzes vorgesehene Unterordnung der Landesgerichtsbarkeit insb unter die Rechtsprechung des BVerfG, das zur letztverbindlichen Auslegung des GG berufen ist, hervorzuheben. Dabei ist als Mittel zur Sicherung der Einheitlichkeit der (verfassungsgerichtlichen) Rechtsprechung insb die Divergenzvorlage nach Art 100 Abs 3 GG zu nennen.

1293 Vgl zB *Hain* in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 121 ff; *Kirchhof* in HB StR § 181 Rz 299.

1294 BVerfGE 12, 205 (1. Rundfunkentscheidung) 229 („Diese Grundentscheidung der Verfassung, die nicht zuletzt eine Entscheidung zugunsten des föderalistischen Staatsaufbaus im Interesse einer wirksamen Teilung der Gewalten ist“); BVerfGE 55, 274 (Berufsausbildungsabgabe) 318 f; BVerfGE 104, 249 (Biblis A) 279.

1295 Wie hier zB *Sommermann* in von Mangoldt, Art 20 GG Rz 33.

1296 *Hesse*, AöR 1973, 14.

1297 Dazu *Hesse*, AöR 1973, 21 ff; *Kirchhof* in HB StR § 181 Rz 308; aA *Herdegen* in Maunz/Dürig, Art 79 GG Rz 95.

1298 Vgl dazu *Kirchhof* in HB StR § 181 Rz 303.

1299 Vgl *Hain* in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 127; zum Abstellen auf den ursprünglichen Stand der Kompetenzen als Ausgangspunkt *Kirchhof* in HB StR § 181 Rz 302.

1300 BVerfGE 55, 274 (Berufsausbildungsabgabe) 318 f; BVerfGE 104, 249 (Biblis A) 279.

6.3.3.4 Autonome Kompetenzen in bestimmten Sachbereichen?

In der Judikatur des BVerfG wird überdies bejaht, dass bestimmte Sachbereiche – insb die Entscheidung über die landesinterne Organisation sowie die Landesverfassungsgesetzgebung – nach Art 79 Abs 3 1. Var GG jedenfalls in die Kompetenzsphäre der Länder fallen müssen.¹³⁰¹ In der Literatur wurde überdies in Erwägung gezogen, die Kulturhoheit der Länder als durch Art 79 Abs 3 1. Var GG geschützt zu qualifizieren,¹³⁰² die vom BVerfG in einer Entscheidung als „wesentliches Element des bundesstaatlichen Aufbaus der Bundesrepublik Deutschland“¹³⁰³ qualifiziert wurde. Denkbar wäre es, auch die Befugnis zur (grundlegenden) Entscheidung über die Landesfinanzen als notwendig zur Wahrung der materiellen Eigenständigkeit iSd Art 79 Abs 3 1. Var GG einzuordnen, wie es auch in der Rsp des BVerfG anklingt.¹³⁰⁴

Hinsichtlich der Notwendigkeit der Zuordnung der Kompetenz zur Landesverfassungsgesetzgebung an die Länder ist dem BVerfG zuzustimmen:¹³⁰⁵ Es entspricht der dem Grundgesetz schon in seiner Ursprungsfassung zu Grunde liegenden Konzeption der Eigenständigkeit der Länder, dass diese jeweils selbst über ihre Verfassung – und damit auch über ihre innere Organisation – entscheiden können.¹³⁰⁶ Nicht vereinbar mit Art 79 Abs 3 1. Var GG wäre daher eine verfassungsmäßige Übertragung dieser Befugnisse auf den Bund bzw den Bundesgesetzgeber. Allerdings ist die diesbezügliche Entscheidungsfreiheit der Länder auch nach dem Grundgesetz beschränkt, namentlich durch die Homogenitätsklausel des Art 28 GG, die anordnet, dass die Verfassungsordnungen der Länder den Grundsätzen eines republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates zu entsprechen haben.¹³⁰⁷ Die Homogenitätsklausel war bereits in der Stammfassung des Grundgesetzes vorgesehen;¹³⁰⁸ die Verfassungsautonomie der Länder war also von Anfang an dadurch beschränkt und ist daher auch nur in diesen Grenzen durch Art 79 Abs 3 1. Var GG geschützt. Unzulässig wäre es im Lichte der letztgenannten Vorschrift allerdings, noch spezifischere Vorgaben für die

1301 BVerfGE 1, 14 (Südweststaat) 34; BVerfGE 34, 9 (Besoldungsvereinheitlichung) 20; BVerfGE 36, 342 (Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz) 360 f; BVerfGE 60, 175 (Startbahn West) 207; BVerfGE 96, 345 (Landesverfassungsgerichte) 368 f; BVerfGE 99, 1 (Bayerische Kommunalwahlen) 11; BVerfGE 102, 224 (Funktionszulagen) 264; BVerfGE vgl zB *Hofmann* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 20 GG Rz 12; *Isensee* in HB StR § 126 Rz 80 ff.

1302 Vgl dazu die Nachweise bei *Hain* in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 128; weiters zB *Isensee* in HB StR § 126 Rz 223.

1303 BVerfGE 6, 309 (Reichskonkordat) 354.

1304 BVerfGE 34, 9 (Besoldungsvereinheitlichung) 20.

1305 Wie hier zB *Hesse*, AöR 1973, 17 f. Vgl weiters *Grzeszick* in Maunz/Dürig, Art 20 GG Rz 96; *Huster/Rux* in Epping/Hillgruber, Art 20 GG Rz 7 ff.

1306 Vgl *Isensee* in HB StR § 126 Rz 80.

1307 Vgl dazu *Schwarz* in von Mangoldt, Art 28 GG Rz 5, 11, 17 ff; *Dreier* in Dreier, Art 28 GG Rz 41 ff.

1308 Zur Entstehung zB *Dreier* in Dreier, Art 28 GG Rz 16.

Landesverfassungsordnungen aufzunehmen und ihre Autonomie dadurch noch weiter zu beschränken. Unproblematisch erscheint aus Perspektive des Art 79 Abs 3 1. Var GG im Gegensatz dazu eine Abschaffung der Homogenitätsklausel.

Dass auch die Kulturhoheit der Länder von der Garantie materieller Eigenständigkeit in Art 79 Abs 3 1. Var GG umfasst wird, ist im Gegensatz dazu eher zweifelhaft.¹³⁰⁹ Als Kulturhoheit wird die Kompetenz der Länder bezeichnet, die Angelegenheiten der Bildung, des Schul- und Hochschulwesens, des Rundfunks und der Kunst wahrzunehmen.¹³¹⁰ Auch das BVerfG bezeichnet die Kulturhoheit der Länder zwar als „wesentliches Element des bundesstaatlichen Aufbaus der Bundesrepublik Deutschland“,¹³¹¹ stellt aber in der fraglichen Entscheidung keinen Konnex zur Ewigkeitsklausel des Art 79 Abs 3 GG her. In der Lissabon-Entscheidung werden zu den besonders integrationssensiblen Bereichen auch „kulturell besonders bedeutsame Entscheidungen etwa im Familienrecht, Schul- und Bildungssystem oder über den Umgang mit religiösen Gemeinschaften“¹³¹² gezählt. Ob daraus und aus der anschließenden Ausführung des BVerfG, wonach in derartigen Bereichen „[d]emokratische Selbstbestimmung [hier] erfordert [...], dass die jeweilige durch solche Traditionen und Überzeugungen verbundene politische Gemeinschaft das Subjekt demokratischer Legitimation bleibt“,¹³¹³ geschlossen werden kann, dass die Übertragung von Zuständigkeiten im Bereich der Kulturhoheit nicht nur an die EU, sondern auch an den Bund gegen Art 79 Abs 3 GG verstößt, ist unklar. Die entsprechende Zuständigkeit kam den Ländern schon nach der Ursprungsfassung des GG zu und stellt heute einen der wichtigsten (verbleibenden) Bereiche dar, in welchem die Länder ausschließliche Kompetenzen ausüben. Gleichwohl ist kein Grund ersichtlich, warum die materielle Eigenständigkeit der Länder von der Ausübung autonomer Kompetenzen im Kulturbereich abhängig sein sollte. Gerade auch die viele Bereiche der Kulturhoheit betreffende Harmonisierung durch Länderstaatsverträge spricht dagegen, dass es sich dabei um Angelegenheiten handelt, die jedenfalls von Land zu Land unterschiedlich geregelt werden müssen, um der Eigenart der Länder Genüge zu tun. Es handelt sich also bei der Kulturhoheit der Länder um einen Kompetenzbereich, der den Ländern nach der, wie oben angeführt, zulässigen bilanzierenden Betrachtung unter der Voraussetzung entzogen werden könnte, dass dafür andere Kompetenzen in ausreichendem Umfang an sie übertragen werden.¹³¹⁴ Gleichwohl stellt die Kulturhoheit der Länder im Hinblick auf die Übertragung von Kompetenzen an die EU nach der Rsp des BVerfG¹³¹⁵ einen besonders inte-

1309 So auch *Huster/Rux* in Epping/Hillgruber, Art 20 GG Rz 48.

1310 Dazu umfassend *Häberle*, AöR 1999, 560 ff.

1311 BVerfGE 6, 309 (Reichskonkordat) 354.

1312 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 359.

1313 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 363.

1314 So auch *Hain* in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 128.

1315 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 359.

grationssensiblen Bereich dar, dem bei der Übertragung von Befugnissen an die EU besondere Aufmerksamkeit zu widmen ist. Dennoch handelt es sich bei der Kulturhoheit der Länder im Gesamten nicht um eine grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur iSd Art 4 Abs 2 EUV, die jegliche Tätigkeit der EU in diesem Bereich rechtswidrig machen würde.

6.3.3.5 *Autonome Kompetenzen und Determinierung durch Völker- und Unionsrecht*

6.3.3.5.1 *Allgemeines*

Schließlich stellt sich auch die Frage, ob die von Art 79 Abs 3 1. Var GG verlangte materielle Eigenständigkeit als (freie) Entscheidungsbefugnis über die den Ländern zustehenden Kompetenzen zu verstehen ist, die frei von jeglichen Einflüssen des Völker- oder Unionsrechts sein muss, oder ob bzw inwieweit die Eigenständigkeit durch die Eingliederung der Bundesrepublik Deutschlands und damit auch der Länder in die internationale Staatengemeinschaft und die EU bedingt ist. Dies wird im Folgenden zunächst für die Frage nach der Determinierung durch völkerrechtliche Verträge und die Übertragung von Hoheitsrechten an zwischenstaatliche Einrichtungen diskutiert, bevor auf die Frage der Integration in die EU eingegangen wird.

6.3.3.5.2 *Relativierung der Eigenständigkeit durch völkerrechtliche Verträge?*

6.3.3.5.2.1 Grundlegung: Abschluss- und Umsetzungskompetenz bei völkerrechtlichen Verträgen

Nach Art 32 Abs 1 GG ist die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten Sache des Bundes. Zur Pflege der auswärtigen Beziehungen zählt auch der Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit anderen Völkerrechtssubjekten.¹³¹⁶ Allerdings ordnet Art 32 Abs 3 GG an, dass die Länder völkerrechtliche Verträge über Angelegenheiten abschließen können, die ihre Gesetzgebungszuständigkeiten betreffen. Im Lichte dieser Bestimmung ist bis heute umstritten,¹³¹⁷ ob sich die Kompetenz des Bundes zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge nach Art 32 Abs 1 GG auch auf Verträge erstreckt, die inhaltlich die ausschließlichen Kompetenzen der Länder betreffen.¹³¹⁸ Dabei wird sowohl das Bestehen einer Abschluss-

¹³¹⁶ Zum Beispiel *Kempen* in von Mangoldt, Art 32 GG Rz 33, 66; *Wollenschläger* in Dreier, Art 32 GG Rz 22; *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 11; *Fassbender* in BK Art 32 GG Rz 78 f.

¹³¹⁷ Vgl auch BVerfGE 92, 203 (EG-Fernsehrichtlinie) 231.

¹³¹⁸ Dazu zB *Kempen* in von Mangoldt, Art 32 GG Rz 48 ff; *Wollenschläger* in Dreier, Art 32 GG Rz 34 ff; *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 60 ff; *Fassbender* in BK Art 32 GG Rz 99 ff.

als auch einer Transformationskompetenz des Bundes diskutiert. Im Wesentlichen lassen sich dazu drei unterschiedliche Meinungen ausmachen:¹³¹⁹

Nach der in der Literatur als „föderalistische süddeutsche Lösung“ bezeichneten Ansicht¹³²⁰ kommt dem Bund keine Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge über Angelegenheiten zu, die in die ausschließliche Kompetenz der Länder fallen. Da nach dieser Ansicht nicht einmal eine entsprechende Abschlussbefugnis des Bundes besteht, erübrigt sich auch die Frage nach einer speziellen Verortung der Umsetzungskompetenz.

Im Gegensatz dazu steht die sog. „zentralistische Berliner Lösung“. ¹³²¹ Nach dieser Variante hat der Bund auf Grund von Art 32 Abs 1 GG nicht nur die Kompetenz, völkerrechtliche Verträge betreffend Angelegenheiten zu schließen, die in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder fallen. Dem Bund kommt in diesem Modell darüber hinaus die Umsetzungskompetenz für solche Verträge zu; schließt der Bund also einen Vertrag über eine Angelegenheit ab, die grundsätzlich in die ausschließliche Landeskompentenz fällt, so wird diese dadurch kraft Umsetzungskompetenz des Bundes zu einer Bundeskompetenz.¹³²²

Eine vermittelnde Position zwischen den beiden vorgenannten Lösungen nimmt die sog. „nordeutsche Lösung“ ein.¹³²³ Dieser zufolge besteht auch hinsichtlich der in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder fallenden Angelegenheiten eine (konkurrierende) Zuständigkeit des Bundes zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge. Der Abschluss eines solchen Vertrags durch den Bund zieht nach dieser Ansicht auf innerstaatlicher Ebene aber keine Umsetzungskompetenz nach sich; vielmehr bleiben die Länder im fraglichen Bereich für die Umsetzung des Vertrags zuständig.

Die Frage, ob die in Art 79 Abs 3 1. Var GG geschützte Eigenständigkeit der Länder durch eine dem Bund zustehende Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge über Angelegenheiten, die innerstaatlich in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder fallen, bedingt ist, stellt sich demnach vor allem dann, wenn man sich der letztgenannten norddeutschen Lösung anschließt. Hat nämlich der Bund im Sinne der ersten Ansicht gar keine entsprechende Außenkompetenz oder zieht im Sinne der zweitgenannten Ansicht die Außenkompetenz

1319 Siehe schon *Grewe*, VVDStRL 12, 165 f.

1320 Zum Beispiel *Bernhardt*, Abschuß 140 ff; *Blumenwitz*, Schutz 93 ff; *Busch*, Vereinbarung 47 ff; *Fassbender* in BK Art 32 GG Rz 97 f; vgl weiters *Wollenschläger* in Dreier, Art 32 GG Rz 35; *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 62; *Kempen* in von Mangoldt, Art 32 GG Rz 48 jeweils mwN.

1321 Zum Beispiel *Dreher*, Kompetenzverteilung 27 ff; *Grewe*, VVDStRL 12, 167 ff, 177; vgl weiters *Wollenschläger* in Dreier, Art 32 GG Rz 35; *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 63; *Kempen* in von Mangoldt, Art 32 GG Rz 48 jeweils mwN.

1322 *Grewe*, VVDStRL 12, 177; vgl auch *Kempen* in von Mangoldt, Art 32 GG Rz 52 ff.

1323 Zum Beispiel *Fastenrath*, Kompetenzverteilung 120 ff; *Bleckmann*, Grundgesetz 204 ff; vgl weiters *Wollenschläger* in Dreier, Art 32 GG Rz 35; *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 64; *Kempen* in von Mangoldt, Art 32 GG Rz 48 jeweils mwN.

des Bundes auch eine innerstaatliche Umsetzungskompetenz nach sich, so ist eine Konstellation, in welcher die Länder bei der Ausübung ihrer ausschließlichen Kompetenzen durch einen vom Bund abgeschlossenen Vertrag rechtmäßigerweise in ihrer Kompetenzausübung beschränkt werden, nicht denkbar. Auch bei der zentralistischen Berliner Lösung stellt sich allerdings die Frage, ob der Bund bei der Ausübung seiner umfassenden Außenkompetenz samt daran anknüpfender Umsetzungskompetenz durch Art 79 Abs 3 1. Var GG gebunden ist. Dass alle drei Auslegungsvarianten dem Grundgesetz plausibel zu Grunde gelegt werden können, zeigt schon die Tatsache, dass der Meinungsstreit bis heute nicht beigelegt werden konnte.¹³²⁴

In der Staatspraxis der Bundesrepublik Deutschland wurde mit dem sog „Lindauer Abkommen“¹³²⁵ eine Lösung gefunden, die am ehesten der norddeutschen Lösung entspricht: Demzufolge darf der Bund auch Verträge abschließen, die innerstaatlich in den Bereich der ausschließlichen Kompetenzen der Länder fallen, hat aber in derartigen Fällen vorab die Zustimmung der Länder einzuholen. Eine aus der Vertragsschlusskompetenz folgende Umsetzungskompetenz wird im Gegensatz dazu nicht angenommen; zuständig für die Umsetzung solcher Verträge sind demnach die Länder, die dazu nach der überwiegenden Ansicht auf Grund des Grundsatzes der Bundestreue¹³²⁶ verpflichtet sind, soweit sie dem Vertrag im Rahmen des im Lindauer Abkommen vorgesehenen Verfahrens zugestimmt haben.¹³²⁷ Da im Lindauer Abkommen – das selbst nicht rechtsverbindlich ist,¹³²⁸ sondern eine Art gentlemen's agreement darstellt¹³²⁹ – selbst darauf hingewiesen wird, dass über die Frage des Bestehens einer Außenkompetenz des Bundes im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der Länder kein Konsens besteht, kann daraus allerdings kein Verfassungsgewohnheitsrecht abgeleitet werden.¹³³⁰

Die besseren Argumente sprechen dafür, von der Relevanz der norddeutschen Lösung für die Verteilung der Außenkompetenzen und daran anschließende Umsetzungskompetenzen im deutschen Bundesstaat auszugehen.¹³³¹ Aus systematischer Perspektive ist darauf hinzuweisen, dass der Bund nach Art 24 GG per

1324 Vertiefend dazu *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 65 ff.

1325 Dazu schon oben in FN 276; vgl dazu zB *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 72; *Wollenschläger* in Dreier, Art 32 GG Rz 38 ff; *Kempen* in von Mangoldt, Art 32 GG Rz 58 ff.

1326 Dazu unten bei 6.4.2.2.2 (= 301).

1327 Vgl *Grzeszick* in Maunz/Dürig, Art 20 GG Rz 129; *Sommermann* in von Mangoldt, Art 20 GG Rz 40; *Huster/Rux* in Epping/Hillgruber, Art 20 GG Rz 37; weiters zB *Bauer* in Dreier, Art 20 GG Rz 51 (Verbot widersprüchlichen Verhaltens).

1328 Vgl BVerfGE 92, 203 (EG-Fernsehrichtlinie) 232.

1329 Zum gescheiterten Versuch, das Abkommen verbindlich zu machen, *Schmalenbach*, Europaartikel 172 ff.

1330 Wie hier zB *Wollenschläger* in Dreier, Art 32 GG Rz 43; vgl auch *Kempen* in von Mangoldt, Art 32 GG Rz 60, 62.

1331 Wie hier *Wollenschläger* in Dreier, Art 32 GG Rz 37; *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 71.

Gesetz Hoheitsrechte an zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen darf.¹³³² Wenn der Bund aber schon bei der Übertragung von Hoheitsrechten nicht auf seine eigenen Kompetenzen beschränkt ist,¹³³³ so ist nicht ersichtlich, warum dies beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge der Fall sein sollte. In teleologischer Hinsicht spricht vor allem die Sicherstellung einer inhaltlich unbeschränkten völkerrechtlichen Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland für die Annahme einer umfassenden Vertragsschlusskompetenz des Bundes.¹³³⁴ Dabei geht es nicht darum, dass irgendeine Gebietskörperschaft Verträge über die fraglichen Landesangelegenheiten abschließen kann, da ansonsten auf die Vertragsschlusskompetenz der Länder nach Art 32 Abs 3 GG hingewiesen werden könnte. Vielmehr stellt es bereits eine beträchtliche Einschränkung der Verhandlungsfähigkeit der Bundesrepublik dar, wenn bestimmte Inhalte nicht zum Gegenstand einer Paketlösung gemacht werden können.¹³³⁵

Aus dem Bestehen einer kompetenzübergreifenden Außenkompetenz des Bundes kann noch nicht auf eine entsprechende Umsetzungskompetenz des Bundes geschlossen werden. Gegen die Annahme einer solchen Kompetenz spricht zunächst, dass die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes damit zur freien Verfügung des Bundes stünde, der dann jegliche Angelegenheit durch Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags an sich ziehen könnte; damit würde aber das Erfordernis einer Abänderung der verfassungsrechtlich festgelegten Kompetenzverteilung durch Vornahme einer Verfassungsänderung weitgehend bedeutungslos.¹³³⁶

Für die Heranziehung der norddeutschen Lösung als Grundlage für die weitere Untersuchung spricht auch, dass die Staatspraxis dieser am ehesten entspricht; dies ist freilich kein rechtsdogmatisches Argument – im Lichte der relativen Gleichwertigkeit der verschiedenen Auslegungsvarianten aber dennoch berücksichtigungswürdig.

6.3.3.5.2.2 Determinierung der Kompetenzausübung der Länder durch völkerrechtlichen Vertrag?

Voraussetzung dafür, dass ein Vertragsabschluss durch den Bund das Potential hat, die durch Art 79 Abs 3 1. Var GG garantierte Eigenständigkeit der Länder einzuschränken, ist nun zum einen, dass den Ländern beim Vertragsabschluss

1332 So zB auch *Wollenschläger* in Dreier, Art 32 GG Rz 37.

1333 Dazu gleich unten bei 6.3.3.5.3 (= 291).

1334 Wie hier zB auch *Wollenschläger* in Dreier, Art 32 GG Rz 37; *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 69. Vgl auch BVerfGE 55, 349 (Hess-Entscheidung) 368 („Angesichts dieser Sachlage ist es für die Wahrung der Interessen der Bundesrepublik Deutschland von erheblicher Bedeutung, daß sie auf internationaler Ebene mit einer einheitlichen Stimme auftritt, wahrgenommen von den zuständigen Organen der auswärtigen Gewalt“); BVerfGE 2, 347 (Kehler Hafen) 379.

1335 Wie hier zB auch *Wollenschläger* in Dreier, Art 32 GG Rz 37.

1336 Wie hier zB *Kempen* in von Mangoldt, Art 32 GG Rz 54.

kein ihre Eigenständigkeit wahrendes Mitwirkungsrecht zukommt. Zum anderen müssten die so zustande gekommenen Verträge die Länder auch tatsächlich zur Umsetzung verpflichten. Maßgeblich für die Analyse dieser Fragen ist das Grundgesetz; das Lindauer Abkommen¹³³⁷ kann dabei insofern außer Betracht bleiben, als es als nicht rechtsverbindliche Absprache keine Auswirkungen für die Bedeutung des Begriffs der Eigenständigkeit iSd Art 79 Abs 3 1. Var GG haben kann.

Das Grundgesetz sieht grundsätzlich keine Mitwirkungsrechte der Länder¹³³⁸ beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch den Bund vor, und zwar auch dann nicht, wenn der abzuschließende Vertrag eine ausschließliche Zuständigkeit der Länder betrifft. Anderes gilt nach Art 32 Abs 2 GG für den Fall, dass ein Vertrag die „besonderen Verhältnisse eines Landes berührt“; in diesem Fall ist das entsprechende Land vor dem Vertragsabschluss „zu hören“. Art 32 Abs 2 GG stellt aber keine generelle Mitwirkungsgarantie zu Gunsten der Länder für den Fall des Abschlusses eines Vertrags dar, der ihre ausschließlichen Zuständigkeiten betrifft: Denn die Anwendbarkeit des Art 32 Abs 2 GG setzt voraus, dass ein Land oder mehrere Länder im Vergleich zu den übrigen Ländern durch den Vertragsabschluss besonders betroffen sind.¹³³⁹ Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Grenzen eines Landes durch völkerrechtlichen Vertrag geändert werden sollen. Betrifft ein Vertrag aber die ausschließlichen Kompetenzen der Länder, so sind diese alle gleichermaßen davon betroffen und es kommt nicht zu einer besonderen Betroffenheit einzelner Länder. Art 32 Abs 2 GG ist daher nicht bereits im Fall der Betroffenheit ausschließlicher Landeskompetenzen anwendbar. Zudem räumt Art 32 Abs 2 GG selbst im Fall der besonderen Betroffenheit eines oder mehrerer Länder nur ein Anhörungsrecht ein, verpflichtet den Bund aber nicht dazu, einer abgegebenen Stellungnahme entsprechend zu handeln.¹³⁴⁰

Den Ländern kommt hinsichtlich eines Vertragsabschlusses durch den Bund also auch dann kein Mitwirkungsrecht zu, wenn ihre ausschließlichen Kompetenzen durch den Vertrag berührt werden. Es stellt sich aber daran anschließend die Frage, ob schon allein der Vertragsabschluss durch den Bund bewirkt, dass der Vertrag Teil der deutschen Rechtsordnung wird und die Länder zur Einhaltung und Umsetzung des Vertrags verpflichtet werden. Denn wenn dafür, dass

1337 Siehe dazu schon oben sowie *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 72 ff.

1338 Zwar besteht in vielen Fällen ein Mitwirkungsrecht des Bundesrates bei der Erlassung eines Zustimmungsgesetzes nach Art 59 Abs 2 GG; dies ist aber auf Grund der Notwendigkeit einer Mehrheitsbildung im Bundesrat nicht mit einer unmittelbaren Mitwirkung der Länder vergleichbar; vgl dazu *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 85. Gerade dann, wenn es um die ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen der Länder geht, ist der Bundesrat nicht das passende Organ für eine Mitwirkung; vgl zu den Rechten des Bundesrats *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 59 GG Rz 148.

1339 *Wollenschläger* in Dreier, Art 32 GG Rz 46; *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 88; *Kempen* in von Mangoldt, Art 32 GG Rz 75.

1340 *Wollenschläger* in Dreier, Art 32 GG Rz 47; *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 91; *Kempen* in von Mangoldt, Art 32 GG Rz 76 ff.

der Vertrag (auch) für die Länder verbindlich wird, ein Tätigwerden der Länder selbst erforderlich ist, kann von vornherein nicht von einer Einschränkung der Eigenständigkeit der Länder die Rede sein.

Um dies zu beurteilen, ist zunächst auf Art 59 GG einzugehen. Nach dieser Bestimmung ist der Bundespräsident dafür zuständig, die Bundesrepublik Deutschland nach außen zu vertreten und im Namen des Bundes völkerrechtliche Verträge zu schließen. Art 59 Abs 2 GG ordnet für bestimmte Verträge einen Gesetzesvorbehalt an.¹³⁴¹ Demnach bedarf der Abschluss politischer Verträge¹³⁴² oder von Verträgen, die sich „auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung“ beziehen, der Zustimmung in Form eines Bundesgesetzes.¹³⁴³ Ein solches Zustimmungsgesetz nach Art 59 Abs 2 GG hat mehrere Funktionen:¹³⁴⁴ Erstens ermächtigt das Zustimmungsgesetz den Bundespräsidenten zur Ratifikation des Vertrags. Zweitens stellt das Zustimmungsgesetz iSd Vollzugstheorie¹³⁴⁵ einen innerstaatlichen Anwendungsbefehl¹³⁴⁶ für den völkerrechtlichen Vertrag dar und verleiht ihm den Rang von (einfachem) Bundesrecht.¹³⁴⁷

Nun kann ein politischer Vertrag iSd Art 59 Abs 2 1. Var GG (auch) ausschließliche Zuständigkeiten der Länder betreffen. In diesem Fall wird der Vertrag durch den im (Bundes-)Zustimmungsgesetz enthaltenen Anwendungsbefehl auch für die Länder verbindlich, die insoweit in ihrer Eigenständigkeit beschränkt werden, da sie weder beim Vertragsabschluss Mitwirkungsrechte haben noch über die Verbindlichkeit des Vertrags in der innerstaatlichen Rechtsordnung (mit-)entscheiden dürfen. Allerdings sind auch bei derartigen Verträgen die Grenzen des Art 79 Abs 3 GG zu beachten, da ein gegen diese Bestimmung verstößendes Zustimmungsgesetz verfassungswidrig und damit nichtig wäre.¹³⁴⁸ Die in Art 79 Abs 3 1. Var GG garantierte Eigenständigkeit der Länder darf also nach dem Konzept des Grundgesetzes auch nicht durch politische Verträge iSd Art 59 Abs 2 GG unterlaufen werden.

1341 Vgl dazu zB *Pieper* in Epping/Hillgruber, Art 59 GG Rz 27 ff; *Kempen* in von Mangoldt, Art 59 GG Rz 46 ff; *Heun* in Dreier, Art 59 GG Rz 27 ff.

1342 Zum Begriff der politischen Verträge BVerfGE 1, 372 (Deutsch-Französisches Wirtschaftsabkommen) 380 ff.

1343 Vgl dazu *Grewe*, AöR 1987, 531.

1344 Dazu ausführlich *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 59 GG Rz 93 ff; *Kempen* in von Mangoldt, Art 59 GG Rz 81 ff; *Heun* in Dreier, Art 59 GG Rz 46 ff.

1345 Dazu prägnant *Kempen* in von Mangoldt, Art 59 GG Rz 89 f; *Streinz* in Sachs, Art 59 GG Rz 61 ff.

1346 Zur Bedeutung dieses Begriffs im Rahmen der Vollzugstheorie *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 59 GG Rz 176; *Kempen* in von Mangoldt, Art 59 GG Rz 89.

1347 Vgl *Grewe*, AöR 1987, 532; *Kempen* in von Mangoldt, Art 59 GG Rz 92; *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 59 GG Rz 97; *Pieper* in Epping/Hillgruber, Art 59 GG Rz 41 ff; *Jarass* in Jarass/Pieroth, Art 59 GG Rz 17; auch bei Zugrundelegung der Transformationstheorie bedarf es eines innerstaatlichen Rechtsaktes, damit der völkerrechtliche Vertrag in der staatlichen Rechtsordnung verbindlich ist; vgl zB *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 59 GG Rz 174.

1348 Vgl dazu zB *Polzin*, Verfassungsidentität 69. Zu Zustimmungsgesetzen als Gegenstand verfassungsgerichtlicher Kontrolle *Kempen* in von Mangoldt, Art 59 GG Rz 98 ff; *Heun* in Dreier, Art 59 GG Rz 51 ff.

Nach der zweiten Variante des Art 59 Abs 2 GG bedürfen auch Verträge, die sich „auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung“ beziehen, eines Zustimmungsgesetzes. Dies wird vom BVerfG so verstanden, dass auch Verträge, die Gegenstände der Landesgesetzgebung betreffen, dem in Art 59 Abs 2 GG normierten Gesetzesvorbehalt unterliegen und daher eines Zustimmungsgesetzes bedürfen, für dessen Erlassung der Bundesgesetzgeber zuständig sei.¹³⁴⁹ Die Außerachtlassung des insoweit expliziten Wortlautes, nach dem eben nur Verträge, die die *Bundesgesetzgebung* betreffen, zustimmungspflichtig nach Art 59 Abs 2 GG sind, wird dabei damit begründet, dass mit der Nennung der „Bundesgesetzgebung“ im Lichte der historischen Entwicklung nur eine Abgrenzung der Gesetzgebung von der Verwaltung beabsichtigt war; der Zusatz „Bundes-“ sei daher wegzudenken.¹³⁵⁰ Bejaht man die Zulässigkeit einer solchen erweiternden Auslegung des Art 59 Abs 2 GG, so unterliegen auch Staatsverträge des Bundes, die Gesetzgebungskompetenzen der Länder betreffen, einem vom Bundesgesetzgeber wahrzunehmenden Gesetzesvorbehalt. Auch in diesem Fall würde also der fragliche Vertrag durch Erlassung des Zustimmungsgesetzes durch den Bundesgesetzgeber für die Länder verbindlich.¹³⁵¹ Allerdings darf es dann auch in diesen Fällen nicht zu einer „Unterwanderung“ der in Art 79 Abs 3 1. Var GG garantierten Eigenständigkeit der Länder kommen, da das fragliche Zustimmungsgesetz andernfalls verfassungswidrig und damit nichtig wäre.

Verneint man aber die gerade dargelegte Auslegung des Begriffs „Bundesgesetzgebung“ in Art 59 Abs 2 GG, so stellt sich die Frage, ob völkerrechtliche Verträge des Bundes, die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeiten der Länder betreffen, ohne Dazwischentreten eines innerstaatlichen Vollzugsbefehls für die Länder verbindlich sein sollen. Dieselbe Frage stellt sich auch mit Blick auf Verträge des Bundes, die ausschließliche Landeskompetenzen betreffen, bei denen es sich nicht um Gesetzgebung handelt.

Im Lichte der nach der überwiegenden Ansicht und dem BVerfG für das Grundgesetz maßgeblichen Vollzugslehre ist das zu verneinen;¹³⁵² völkerrechtliche Verträge bedürfen jedenfalls eines innerstaatlichen Anwendungsbefehls, um (auch) in der deutschen Rechtsordnung verbindlich zu sein. Der völkerrechtliche Abschlussakt, der vom Bundespräsidenten gesetzt wird, reicht dafür nicht aus. Wenn aber Art 59 Abs 2 GG nicht anwendbar ist und der Vollzugsbefehl sich

1349 BVerfGE 1, 372 (Deutsch-Französisches Wirtschaftsabkommen) 388 ff; vgl. weiters zB *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 59 GG Rz 106; *Pieper* in Epping/Hillgruber, Art 59 GG Rz 32; *Heun* in Dreier, Art 59 GG Rz 31; *Kempen* in von Mangoldt, Art 59 GG Rz 76; *Rauschning* in BK Art 59 GG Rz 71 ff.

1350 BVerfGE 1, 372 (Deutsch-Französisches Wirtschaftsabkommen) 390; vgl. zB *Heun* in Dreier, Art 59 GG Rz 31.

1351 So zB auch *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 59 GG Rz 185.

1352 BVerfGE 6, 309 (Reichskonkordat) 362 f; vgl. dazu *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 59 GG Rz 176 ff; *Kempen* in von Mangoldt, Art 59 GG Rz 89 f; *Streinz* in Sachs, Art 59 GG Rz 61 ff.

daher nicht aus einem Bundeszustimmungsgesetz ergeben muss, so scheint es naheliegend, einen entsprechenden Vollzugsbefehl auf Landesebene anzusiedeln. Es bedarf daher eines von Landesorganen zu setzenden Rechtsaktes, um die Verbindlichkeit eines völkerrechtlichen Vertrags des Bundes für die Länder herbeizuführen, der ausschließliche Landeskompetenzen betrifft, aber nicht unter Art 59 Abs 2 1. Satz GG fällt.¹³⁵³ Damit liegt aber in solchen Fällen jedenfalls keine Einschränkung der Eigenständigkeit der Länder vor, da diese ja selbst entscheiden, ob der Vertrag des Bundes für sie verbindlich sein soll oder nicht. Anzumerken ist dazu auch, dass sich eine Verpflichtung der Länder zur Erlassung eines Vollzugsbefehls nicht aus der Bundestreue ableiten lässt, sofern die Länder bzw ein einzelnes Land nicht vorangehende Handlungen gesetzt haben, die ein berechtigtes Vertrauen des Bundes dahingehend begründen würden, dass die Länder den Vertrag umsetzen wollen.¹³⁵⁴ In der Praxis wird nach dem Lindauer Abkommen vor Abschluss eines entsprechenden Vertrags die Zustimmung der Länder eingeholt, die dann in den genannten Fällen auch als Vollzugsbefehl qualifiziert werden kann.¹³⁵⁵

Im Ergebnis wird also die Eigenständigkeit der Länder iSd Art 79 Abs 3 1. Var GG durch die Befugnisse des Bundes, auch über solche Gegenstände völkerrechtliche Verträge abzuschließen, die in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder fallen, nicht relativiert: Den Ländern kommen zwar nach dem Grundgesetz keine Mitwirkungsrechte beim Abschluss solcher Verträge zu. Der innerstaatliche Vollzugsbefehl für diese Verträge muss aber, soweit er vom Bundesgesetzgeber gesetzt wird, die Grenzen des Art 79 Abs 3 1. Var GG achten. Ist es den Ländern selbst überlassen, einen Vollzugsbefehl zu erlassen, so wird ihre Eigenständigkeit dadurch nicht geschmälert.

6.3.3.5.3 Relativierung der Eigenständigkeit durch Übertragung von Hoheitsbefugnissen?

Hinsichtlich der durch Art 79 Abs 3 1. Var GG geschützten Eigenständigkeit der Länder kann auch gefragt werden, ob diese durch die in Art 24 Abs 1 GG vorgesehene Übertragung von Hoheitsbefugnissen durch den Bund an zwischenstaatliche Einrichtungen relativiert wird. Nach der genannten Bestimmung kann der Bund „durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen“. Art 24 Abs 1 GG ist in vielerlei Hinsicht auslegungsbedürftig. Für die hier interessierende Fragestellung ist zunächst vor allem relevant, ob der

1353 Vgl für die Abkommen nach Art 59 Abs 2 2. Satz GG *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 59 GG Rz 190 f, der die Notwendigkeit eines eigenen Rechtsanwendungsbefehls für Verwaltungsabkommen verneint.

1354 Vgl zB *Kempfen* in von Mangoldt, Art 32 GG Rz 56.

1355 Vgl dazu *Wollenschläger* in Dreier, Art 32 GG Rz 43.

Bund nach dieser Bestimmung auch befugt ist, Hoheitsrechte zu übertragen, die nach der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes in den Kompetenzbereich der Länder fallen.

Zutreffenderweise ist dies zu bejahen;¹³⁵⁶ als Begründung dafür kann der Wortlaut des Art 24 Abs 1 GG herangezogen werden, der nicht explizit zwischen Hoheitsrechten des Bundes und solchen der Länder differenziert. Darüber hinaus lassen sich historische Argumente für diese Auslegung anführen.¹³⁵⁷ Schließlich spricht auch der Zweck des Art 24 Abs 1 GG für eine Erfassung von Hoheitsrechten der Länder: Art 24 Abs 1 GG soll es dem Bund ermöglichen, die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ des Grundgesetzes dadurch zu verwirklichen, dass die Eingliederung in die internationale Ordnung in diesem Teilbereich auch ohne Verfassungsänderung erfolgen kann. Eine Übertragung von Hoheitsrechten ist nach Art 24 Abs 1 GG nämlich bereits auf Grund eines entsprechenden Gesetzes zulässig, obwohl die Übertragung von Hoheitsrechten an sich insb im Lichte der demokratischen und rechtsstaatlichen Vorgaben des Grundgesetzes eine Verfassungsänderung darstellt.¹³⁵⁸ Diese Kompetenz des Bundes wird auch als Integrationsgewalt bezeichnet. Wenn aber der Bund bei der Übertragung von Hoheitsrechten nach Art 24 Abs 1 GG auch von der Einhaltung anderer verfassungsgesetzlicher Vorgaben befreit ist,¹³⁵⁹ ist nicht einsichtig, wieso gerade die föderale Kompetenzverteilung die in Art 24 Abs 1 GG vorgesehene Befugnis beschränken sollte.

Dem Bund steht daher nach Art 24 Abs 1 GG auch die Befugnis zur Übertragung von Hoheitsrechten der Länder zu; diese Befugnis bestand bereits nach dem ursprünglichen Konzept des Grundgesetzes; Art 24 Abs 1 GG wurde seit seinem Inkrafttreten nicht verändert.

Im Lichte dessen, dass der Bund nach Art 24 Abs 1 GG durch Bundesgesetz auch Hoheitsrechte der Länder übertragen kann, stellt sich die Frage, ob er dabei

1356 Zum Beispiel *Fastenrath*, Kompetenzverteilung, 149 f; *Wollenschläger* in Dreier, Art 24 GG Rz 23; *Calliess* in Maunz/Dürig, Art 24 GG Rz 27; *Randelzhofer* in Maunz/Dürig, Art 24 GG Rz 14.

1357 Vgl etwa *Wollenschläger* in Dreier, Art 24 GG Rz 5, der darauf hinweist, dass der Vorschlag für den Fall der Betroffenheit von Hoheitsrechten der Länder ein Zustimmungsrecht des Bundesrates vorzusehen, sich nicht durchgesetzt hat, was darauf schließen lässt, dass von Anfang an beabsichtigt wurde, auch Hoheitsrechte der Länder einer Übertragung als Gegenstand des Art 24 Abs 1 GG zu qualifizieren.

1358 Vgl *Grewe*, AöR 1987, 539; *Dietlein* in Epping/Hillgruber, Art 79 GG Rz 6 f; *Randelzhofer* in Maunz/Dürig, Art 24 GG Rz 8 ff, differenzierend ab 37 ff.

1359 Im Lichte der jüngeren Rsp des BVerfG kann freilich bezweifelt werden, dass diese Freiheit in jeder Hinsicht besteht; in einer Entscheidung aus dem Juli 2018 geht das BVerfG nämlich davon aus, dass die Vertreter:innen Deutschlands bei der Übertragung von Hoheitsrechten an zwischenstaatliche Einrichtungen nach Art 24 GG sicherzustellen haben, dass auch durch die Akte der zwischenstaatlichen Einrichtung die Grundrechte des GG nicht beeinträchtigt werden; BVerfG 24.07.2018, 2 BvR 1961/09 (Europäische Schulen). Eine Einhaltung der Kompetenzverteilung wird aber auch dort nicht verlangt.

die Grenze des Art 79 Abs 3 1. Var GG zu achten hat¹³⁶⁰ oder ob die dort geschützte Eigenständigkeit der Länder, wie eingangs angedeutet, nur insoweit bestehen soll, als der Bund nicht von seiner Ermächtigung nach Art 24 Abs 1 GG Gebrauch macht.

Der Begriff der Eigenständigkeit oder Autonomie der Länder wird in Art 79 Abs 3 1. Var GG nicht explizit verwendet oder gar definiert. Die Annahme des Schutzes dieser Eigenständigkeit der Länder durch Art 79 Abs 3 1. Var GG ergibt sich aus einer Auslegung der genannten Bestimmung. Bei der Auslegung dieser Bestimmung und dem ihr entnommenen Konzept der Eigenständigkeit der Länder sind aber in systematischer Perspektive auch die anderen Bestimmungen des Grundgesetzes in Betracht zu ziehen, die für den Begriff der Eigenständigkeit der Länder Bedeutung haben können. An der Zulässigkeit dieser Herangehensweise ändert auch der oben bereits diskutierte, höhere Rang bzw die höhere Bestandskraft von Art 79 Abs 3 GG nichts, da dieser nur bei einer nachfolgend erfolgten Änderung einer Bestimmung des Grundgesetzes für eine Auslegung im Lichte des Art 79 Abs 3 GG sprechen könnte: Nur dann könnte ja der Fall eintreten, dass die auszulegende Bestimmung gegen Art 79 Abs 3 GG verstößt und damit verfassungswidriges Verfassungsrecht darstellt. Es kann daher schon deswegen mit Blick auf den gleichzeitig mit Art 79 Abs 3 GG beschlossenen Art 24 Abs 1 GG nicht von einer für die Auslegung von Art 24 Abs 1 GG maßgeblichen „Vorrangwirkung“ des Art 79 Abs 3 GG ausgegangen werden. Nach der hier vertretenen Ansicht kann aus Art 79 Abs 3 1. Var GG auch kein für die Auslegung von Art 24 Abs 1 GG (und dem restlichen Grundgesetz) relevanter Grundsatz abgeleitet werden, nach dem im Zweifel jene Auslegungsvariante zu wählen wäre, welche den Ländern mehr Eigenständigkeit einräumt.¹³⁶¹ Dies wird insb dadurch ausgeschlossen, dass der durch Art 79 Abs 3 GG bewirkte starke Schutz der von ihm erfassten Inhalte schon nach dem Wortlaut der Bestimmung nur auf ausgewählte bundesstaatliche Elemente zur Anwendung kommen, nicht aber die gesamte Handhabung des Grundgesetzes iSv „länderfreundlichen“ Auslegung determinieren soll.

Allerdings würde die Annahme, dass der Bund bei der Ausübung seiner nach Art 24 Abs 1 GG bestehenden Ermächtigung zur Übertragung von Hoheitsrechten der Länder die durch Art 79 Abs 3 1. Var GG geschützte Eigenständigkeit der Länder nicht berücksichtigen muss, dieser Garantie jegliche Bedeutung nehmen. Dem Bund wäre es dann nämlich theoretisch möglich, sämtliche Kompetenzen der Länder an zwischenstaatliche Einrichtungen zu übertragen. Damit würde aber Art 79 Abs 3 1. Var GG insgesamt auf eine rein formelle Bestandsgarantie

1360 Bejahend (im Rahmen eines Analogieschlusses) zB *Sachs* in *Sachs*, Art 79 GG Rz 29; *Evers* in *BK Art 79 Abs 3 GG* Rz 121.

1361 Vgl dahingehend auch *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen 74 f.

der Länder reduziert, was dieser Norm nicht unterstellt werden kann.¹³⁶² Auch wenn nach der hier vertretenen Ansicht Art 79 Abs 3 1. Var GG also nicht die Verpflichtung zur Vornahme einer „länderfreundlichen“ Auslegung entnommen werden kann, erscheint es gleichzeitig unzulässig, einer Norm des Grundgesetzes einen Sinngehalt zu unterstellen, der Teilaspekte des Art 79 Abs 3 GG bedeutungslos erscheinen lässt.

Im Ergebnis hat der Bund daher auch bei der Übertragung von Hoheitsrechten der Länder nach Art 24 Abs 1 GG die durch Art 79 Abs 3 1. Var GG gezogenen qualitativen und quantitativen Grenzen der Eigenständigkeit der Länder zu achten.¹³⁶³

6.3.3.5.4 Relativierung der Eigenständigkeit durch die europäische Integration?

Der Schutz der in Art 79 Abs 3 1. Var GG garantierten Eigenständigkeit der Länder wird schließlich auch durch die europäische Integration nicht relativiert.¹³⁶⁴ Vor Inkrafttreten des heute geltenden „Europa-Artikels“ (Art 23 GG) stützten sich die Rechtsakte zur Eingliederung Deutschlands in die europäische Union bzw ihre Vorgängerorganisationen auf die Kompetenz zum Abschluss von Staatsverträgen und jene zur Übertragung von Hoheitsrechten an zwischenstaatliche Einrichtungen.¹³⁶⁵ Wie gerade dargelegt wurde, ist Art 79 Abs 3 GG aber auch bei derartigen Vorgängen zu beachten und durfte daher durch die europäische Integration nicht unterwandert werden.

Seit 1992 wird die Maßgeblichkeit von Art 79 Abs 3 GG als Integrations-schranke in Art 23 Abs 1 GG explizit angeordnet. Integrations-schritte, welche die Eigenständigkeit der Länder in Frage stellen, sind daher unzulässig.¹³⁶⁶ Diese

1362 Siehe dazu die Diskussion oben bei 6.3.3.1 (= 278). Vgl aber auch Sauer in BK, Art 24 GG Rz 185, der aus Art 79 Abs 3 GG, der eine Kompensation von verlorenen Länderzuständigkeiten durch Mitwirkungsbefugnisse anspricht.

1363 Vgl auch *Sommermann*, DÖV 2013, 709; *Classen* in von Mangoldt, Art 24 GG Rz 28, 32; *Sachs* in Sachs, Art 20 GG Rz 65; *Randelzhofer* in Maunz/Dürig, Art 24 GG Rz 39, dem zufolge die Frage nach der Zulässigkeit der Übertragung von Hoheitsrechten der Länder nicht generell, sondern nur unter Beachtung der Grenzen der Ermächtigung des Art 24 Abs 1 GG beantworten kann; eine solche Grenze stellt aber nun Art 79 Abs 3 GG dar; dazu wiederum *Randelzhofer* in Maunz/Dürig, Art 24 GG Rz 69 ff, 100. Wie hier auch *Heintschel von Heinegg/Frau* in Epping/Hillgruber, Art 24 GG Rz 5, 21.

1364 Allgemein zur Fragestellung *Kirchhof* in HB StR § 181 Rz 312 ff.

1365 Vgl dazu zB *Sommermann* in HB Ius Publicum Europaeum Band II 9 ff.

1366 Eine Kompensation des Verlustes der Eigenständigkeit durch Einräumung von Mitwirkungsrechten an der EU-Rechtssetzung – wie sie etwa *Herdegen* in Maunz/Dürig, Art 79 GG Rz 96 andenkt – ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht möglich: Ländermitwirkungsrechte an der Mitwirkung des Bundes an der EU-Rechtssetzung sind qualitativ nicht mit eigenständigen Rechtsetzungsbefugnissen der Länder zu vergleichen, allein schon deswegen, weil der Bund im Rahmen der EU-Rechtssetzung nur eine einzige Position vertreten kann, nicht aber 16 möglicherweise unterschiedliche Länderpositionen. Die von *Herdegen* angedachte Kompensationsmöglichkeit scheint aber auch im Lichte dessen, dass es die fraglichen Mitwirkungsrechte zur Zeit der Entstehung des Art 79 Abs 3 GG noch nicht gab, unzulässig: Die „Eigenständigkeit“, die dem historischen Verfassungsgeber vorschwebte,

Integrationsgrenzen sind auch als Teil der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV zu berücksichtigen.¹³⁶⁷

6.3.3.6 Eigenständigkeit und föderale Kooperation

Die Eigenständigkeit der Länder iSd Art 79 Abs 3 1. Var GG schließt nicht aus, dass die Länder miteinander kooperieren, wie sie es etwa durch informelle Absprachen oder den Abschluss von Länderstaatsverträgen tun. Eine Ausprägung der eigenständigen Kompetenzwahrnehmung kann es ja sein, sich freiwillig mit anderen Kompetenzträgern abzusprechen und zu koordiniertem Vorgehen zu verpflichten. Ebenso wenig wie die Kooperation der Länder untereinander schließt Art 79 Abs 3 1. Var GG eine Kooperation der Länder bzw einzelner Länder mit dem Bund aus. Selbst eine alle Bereiche der Landeskompetenzen betreffende Kooperation wäre dabei unproblematisch, sofern sie auf Freiwilligkeit beruht und von jedem einzelnen Land jederzeit rückgängig gemacht werden kann.¹³⁶⁸

Problematisch könnten im Licht von Art 79 Abs 3 1. Var GG aber Kooperationspflichten sein, wie sie zB in Art 91a und 91e GG normiert sind. Soweit derartige Kooperationspflichten auf vereinzelte Bereiche beschränkt werden, kann darin nach dem BVerfG¹³⁶⁹ allerdings noch keine unzulässige Beeinträchtigung der Eigenständigkeit der Länder gesehen werden – so wie es ja auch zulässig ist, Kompetenzen der Länder an den Bund zu übertragen, soweit die verbleibenden Landeskompetenzen nicht das geforderte Mindestmaß unterschreiten. Zur Frage, inwiefern ungeschriebene Kooperationspflichten bestehen und als Teil der bundesstaatlichen Identität qualifiziert werden können, siehe unten.¹³⁷⁰

6.3.3.7 Ergebnis

Aus dem Vorangehenden lässt sich insb Folgendes festhalten: Art 79 Abs 3 1. Var GG verlangt danach, dass die Länder materiell eigenständig tätig werden können. Erforderlich sind dabei insb eigenständige Landesgesetzgebungsbefugnisse sowie entsprechende Befugnisse betreffend die eigene (Landes-)Organisation und Landesverfassung. Im System des deutschen Grundgesetzes wird die Eigenstän-

war sicherlich nicht eine, die sich in der Ausübung von Mitwirkungsrechten an supranationaler Rechtsetzung erschöpft; vgl auch *Grzeszick* in Maunz/Dürig, Art 20 GG Rz 170; *Sommermann* in von Mangoldt, Art 20 GG Rz 58; *Classen* in von Mangoldt, Art 23 GG Rz 39; die Mitwirkungsrechte „aufrechnend“ berücksichtigend *Wollenschläger* in Dreier, Art 23 GG Rz 101.

1367 Zum Beispiel durch eine restriktive Auslegung von Primärrechtsbestimmungen. Dazu noch unten bei 9.1 (= 379).

1368 Vgl zur Frage des Erfordernisses der Kündbarkeit von Länderstaatsverträgen *Gundel*, DÖV 2017, 22.

1369 BVerfGE 137, 108 (Art 91e GG) 143.

1370 Bei 6.4.3.2 (= 309).

digkeit der Länder weder durch Handeln des Bundes auf völkerrechtlicher Ebene noch durch die Eingliederung in die Europäische Union relativiert; der durch Art 79 Abs 3 1. Var GG vermittelte Schutz der Eigenständigkeit der Länder wirkt auch in diesen Bereichen.

Mit Blick auf Art 4 Abs 2 EUV spricht dies dafür, dass die durch Art 79 Abs 3 1. Var GG geschützte Eigenständigkeit der Länder zu den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen Deutschlands und damit zu dessen nationaler Identität zu zählen ist. Mit dem Topos der „Staatlichkeit“ der Länder wird der Stellenwert der Eigenständigkeit der Länder im Übrigen auch durch das BVerfG betont,¹³⁷¹ was ebenfalls die Qualifikation als Identitätsbestandteil nahelegt.

6.3.4 Grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung

Art 79 Abs 3 2. Var GG stellt außerdem die Mitwirkung der Länder an der Gesetzgebung unter Schutz. Nach der zutreffenden hM ergibt sich aus der Systematik des Grundgesetzes, dass durch Art 79 Abs 3 2. Var GG lediglich die Mitwirkung der Länder an der Gesetzgebung des Bundes unter Schutz gestellt wird.¹³⁷²

Nicht erfasst von der zitierten Variante ist demnach die Notwendigkeit eigener Gesetzgebungsbefugnisse der Länder.¹³⁷³ Zudem statuiert Art 79 Abs 3 2. Var GG auch kein Recht zur Mitwirkung an der EU-Rechtsetzung: Es ist zwar zutreffend, dass das Mitwirkungsrecht der Länder insofern an Bedeutung verliert, als Gesetzgebungskompetenzen des Bundes an die EU übertragen werden. Allerdings können die Länder inzwischen nach Art 23 GG über den Bundesrat bei der Beschlussfassung über das Zustimmungsgesetz¹³⁷⁴ zur Übertragung von Kompetenzen an die EU mitwirken. Die in Art 23 Abs 4 bis 6 GG normierten Mitwirkungsrechte der Länder bei der Willensbildung des Bundes im Zusammenhang mit EU-Rechtsetzungsverfahren sind insofern weder durch Art 79 Abs 3 2. Var GG geboten noch geschützt, stehen aber auch nicht in Konflikt damit.

1371 Zum Beispiel BVerfGE 34, 9 (Besoldungsvereinheitlichung) 19. Siehe dazu schon oben bei 6.3.3.1 (= 278).

1372 Evers in BK Art 79 Abs 3 GG Rz 217 f; Dreier in Dreier, Art 79 Abs 3 GG Rz 23; Sachs in Sachs, Art 79 GG Rz 44; Hain in von Mangoldt, Art 79 GG 133 f; vgl auch Haratsch in Sodan Art 79 GG Rz 23; aA offenbar Bryde in von Münch/Kunig, Art 79 GG Rz 44.

1373 Siehe dazu aber Art 79 Abs 3 1. Var GG, dazu wiederum gerade oben. Wie hier zB Dietlein in Epping/Hillgruber, Art 79 GG Rz 25; auf eigene Gesetzgebungsbefugnisse der Länder Bezug nehmend Sannwald in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 79 GG Rz 45 (der aber im Ergebnis keinen weitergehenden Schutz annimmt als nach Art 79 Abs 3 1. Var GG).

1374 Inzwischen nach Art 23 GG, davor nach Art 24 GG. Vgl Classen in von Mangoldt, Art 23 GG Rz 11 ff.

*Dietlein*¹³⁷⁵ geht davon aus, dass die genannten Mitwirkungsrechte von der Ewigkeitsklausel geschützt werden, begründet dies aber mit dem Bundesstaatsprinzip, dessen normative Verankerung in der deutschen Verfassungsrechtsordnung in der vorliegenden Untersuchung in Frage gestellt,¹³⁷⁶ da dort nicht begründet wird. Im Übrigen ist zu bezweifeln, dass Mitwirkungsrechte, die zum Zeitpunkt der Entstehung des Art 79 Abs 3 GG noch nicht bestanden, von dieser Bestimmung – die seither nicht geändert wurde – geschützt werden können sollen. *Dietlein* verweist zur Begründung außerdem auf *Herdegen*¹³⁷⁷; dieser stellt allerdings die etwas andere Frage, ob die Eigenständigkeit der Länder nach Art 79 Abs 3 1. Var GG nach einer Kompensation von an die EU „verlorenen“ Kompetenzen verlangt, was von ihm für den Fall bejaht wird, dass die Länder andernfalls „auf die Stufe von bloßen Verwaltungseinheiten herabzusinken drohen“¹³⁷⁸; in diesem Fall werden von *Herdegen* auch Mitwirkungsrechte der Länder bei der EU-Rechtsetzung als zulässiger Ausgleich angesehen. Der Vorschlag einer Kompensation autonomer Landeskompetenzen insb im Bereich der Gesetzgebung durch Einräumung von Mitwirkungsrechten an der Mitwirkung des Bundes an der EU-Rechtsetzung entspricht nicht dem von Art 79 Abs 3 1. Var GG geforderten Mindestmaß an Eigenständigkeit der Länder, das sich nach dem BVerfG auf alle Bereiche der Staatsgewalt erstreckt.¹³⁷⁹ Auch die Mitwirkung an der Bundesgesetzgebung kann nicht durch die Mitwirkung an der EU-Rechtsetzung substituiert werden, da die Rolle der Länder bei letzterer strukturell bedingt schwächer ist; auch im Lichte dessen, dass bei der Entstehung des Art 79 Abs 3 GG entsprechende Mitwirkungsmöglichkeiten noch nicht existierten, scheidet eine solche Kompensation aus.¹³⁸⁰

Während also Art 79 Abs 3 1. Var GG das Bestehen autonomer Kompetenzen der Länder schützt, wird durch die zweite Variante eine Form des Zusammenwirkens von Bund und Ländern unter den Schutz der Ewigkeitsklausel gestellt. Dabei wird die Mitwirkung der Länder an der Gesetzgebung des Bundes nur im Grundsatz geschützt, nicht aber die konkrete Ausgestaltung der Mitwirkung in ihrer ursprünglichen oder aktuellen Form.¹³⁸¹ Weder wird also durch Art 79 Abs 3 Var 2 GG eine Neugestaltung noch eine vollkommene Abschaffung des Bundesrats verunmöglicht, soweit auch nach entsprechenden Änderungen ausreichende (an die Stelle des Bundesrates tretende) Mitwirkungsmöglichkeiten der

1375 *Dietlein* in Epping/Hillgruber, Art 79 GG Rz 52.1.

1376 Dazu oben bei 6.1.2.2 (= 259).

1377 *Herdegen* in Maunz/Dürig, Art 79 GG Rz 96.

1378 *Herdegen* in Maunz/Dürig, Art 79 GG Rz 96.

1379 BVerfGE 137, 108 (Art 91e GG) 144.

1380 Wie hier *Sachs* in *Sachs*, Art 79 GG Rz 44; *Grzeszick* in Maunz/Dürig, Art 20 GG Rz 170; aA *Herdegen* in Maunz/Dürig, Art 79 GG Rz 98, 108.

1381 So zB auch *Dreier* in *Dreier*, Art 79 Abs 3 GG Rz 24; *Hain* in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 133; *Sanwald* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 79 GG Rz 46; *Sachs* in *Sachs*, Art 79 GG Rz 45; *Bryde* in von Münch/Kunig, Art 79 GG Rz 44.

Länder bestehen.¹³⁸² Dass nur die „grundsätzliche“ Mitwirkung der Länder an der Gesetzgebung des Bundes geschützt wird, impliziert außerdem, dass es Bereiche der Bundesgesetzgebung geben darf, hinsichtlich derer den Ländern keine Mitwirkungsrechte zukommen.

Man könnte nun argumentieren, dass sich die Ausgestaltung der Mitwirkungsmöglichkeiten der Länder bzw der Ausnahmen von der Mitwirkung an materiellen Gesichtspunkten orientieren muss. Eine Mitwirkung der Länder wäre dann jedenfalls immer dort erforderlich, wo die Länder von der Rechtsetzung direkt betroffen sind, etwa weil ihre Kompetenzen verändert werden. Ein ausnahmsweise vorliegender Entfall der Mitwirkungsmöglichkeit dürfe hingegen nur dann vorgesehen werden, wenn die Länder durch eine Angelegenheit nur peripher oder gar nicht betroffen sind. Auch innerhalb des von der Mitwirkung erfassten Bereichs ließe sich eine Abstufung der Mitwirkungsmöglichkeiten nach der Betroffenheit der Länder durchführen: Bei besonders starker Betroffenheit etwa Mitwirkung in Form von Zustimmungspflichten, in anderen Fällen nur durch schwächere Mitwirkungsformen.¹³⁸³ Eine solche Orientierung des Ob bzw Wie der Ländermitwirkung an der Betroffenheit der Länder mag durchaus sinnvoll sein; dafür, dass sie auch durch Art 79 Abs 3 GG geboten ist, gibt es allerdings keinerlei Anhaltspunkte im Text der Vorschrift.¹³⁸⁴

Denkbar wäre weiters, dass die zweite Variante des Art 79 Abs 3 GG neben der Mitwirkung der Länder an der Gesetzgebung des Bundes auch andere Formen des Zusammenwirkens von Bund und Ländern erfasst und damit dem Schutz der Ewigkeitsklausel unterstellt, zB den Grundsatz des Vollzugs des Bundesrechts durch die Länder, Art 83 GG. Gegen eine Erfassung des Zusammenwirkens im Rahmen der Verwaltung spricht allerdings schon der Wortlaut des Art 79 Abs 3 2. Var GG, der explizit nur die Gesetzgebung nennt. Im Übrigen war in Entwürfen des Grundgesetzes angedacht, auch die Mitwirkung der Länder bei der Verwaltung des Bundes unter besonderen Schutz zu stellen; dies wurde aber schließlich nicht in das Grundgesetz aufgenommen.¹³⁸⁵ Für einen aus Art 79 Abs 3 2. Var GG erwachsenden Schutz des Zusammenwirkens der Länder gibt es keinen normativen Anhaltspunkt.

Mit Blick auf Art 4 Abs 2 EUV legt Art 79 Abs 3 2. Var GG nahe, dass die Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung – die derzeit durch den

1382 Wie hier zB Dietlein in Epping/Hillgruber, Art 79 GG Rz 25.

1383 An ähnlichen Gesichtspunkten orientieren sich auch die derzeit im Grundgesetz bestehenden Zustimmungsrechte des Bundesrates; vgl Art 79 Abs 2 GG (Zustimmungspflicht bei Änderung des Grundgesetzes), Art 84 GG (Zustimmungspflicht insb dann, wenn der Bund vom Grundsatz abweichen möchte, dem zufolge die Länder bei der Ausführung von Bundesgesetzen Organisation und Verfahren selbst regeln), Art 104a Abs 4 GG (Zustimmungspflicht bei näher bestimmten finanziellen Belastungen der Länder durch Bundesgesetz), Art 105 Abs 3 GG (Zustimmungspflicht bei Bundesgesetzen, die Abgaben regeln, die den Ländern bzw Gemeinden zufließen).

1384 Vgl auch Hain in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 134.

1385 Vgl dazu Dreier in Dreier, Art 79 Abs 3 GG Rz 7, 25.

Bundesrat erfolgt – eine grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur Deutschlands darstellt und damit auch einen Teil der deutschen nationalen Identität ausmacht. Im Übrigen wird das Bundesratsmodell auch in der politikwissenschaftlichen Literatur als kennzeichnend für den deutschen Bundesstaat hervorgehoben.¹³⁸⁶ Auch dies spricht dafür, die Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung – derzeit eben in der Form des Bundesrates – als Bestandteil der deutschen nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV zu qualifizieren.

6.4 Konsequenzen der Kompetenzverteilung

6.4.1 Fragestellung

Als letzter Punkt für die Betrachtung der bundesstaatlichen Identität Deutschlands bleibt der Bereich der Konsequenzen der Kompetenzverteilung zu analysieren. Es gilt hier also zu untersuchen, welche Auswirkungen das Bestehen mehrerer föderaler Hoheitsträger mit teils eigenständigen Kompetenzen für die übrige Verfassungsrechtsordnung hat. Art 79 Abs 3 GG schweigt zu diesen Fragen.

Im Folgenden wird daher zu analysieren sein, wie Fragen, die sich aus föderalen Konflikten, der Beschränktheit der Kompetenzen der föderalen Hoheitsträger und schließlich der Notwendigkeit der Ermöglichung föderaler Vielfalt ergeben, in der deutschen Verfassungsrechtsordnung beantwortet werden. Weiters ist jeweils zu klären, ob die Antworten auf diese Fragen als grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen iSd Art 4 Abs 2 EUV zu zählen sind und damit einen Teil der deutschen bundesstaatlichen Identität ausmachen.

6.4.2 Kompetenzabgrenzung und Konfliktlösung

6.4.2.1 Kompetenzabgrenzung

Bevor die Fragen diskutiert werden, die sich aus möglichen bundesstaatlichen Konflikten ergeben, ist zu fragen, in welchen Konstellationen es zu derartigen Konflikten kommen kann. Grundlegend für die Beantwortung dieser Frage ist eine Untersuchung der Systematik der Abgrenzung der Kompetenzen im deutschen Bundesstaat.¹³⁸⁷

1386 *Hrbek* in Griffiths, Handbook 155 f; *Watts*, Federal Systems 35, 154; *Elazar*, Federal Systems 103; *Benz*, Publius Fall 1999, 57 f; *Hesse/Ellwein*, Regierungssystem 179, 181; *Marschall*, System 223 f; *Heun*, Verfassungsordnung 82 ff.

1387 Auch hier geht es also nicht um die Abgrenzung der Kompetenzen in spezifischen Konstellationen, sondern um Strukturfragen. Die Frage nach der theoretischen Abgrenzbarkeit von Kompetenzen wurde bereits oben diskutiert, s 4.4.4.2.1 (= 151). Zu verschiedenen – auch kompetenzrechtlichen – Konfliktvermeidungsstrategien im Grundgesetz s umfassend *Edenharter*, Grundrechtsschutz 271 ff.

Das Grundgesetz sieht im Bereich der Gesetzgebung ausschließliche¹³⁸⁸ und konkurrierende¹³⁸⁹ Kompetenzen von Bund und Ländern vor. Nach Art 72 GG sind die Länder für die Bereiche der konkurrierenden Zuständigkeit zuständig, solange bzw soweit der Bundesgesetzgeber nicht tätig wird. Mit der Ausübung der Kompetenz durch den Bund verlieren also die Länder ihre Zuständigkeit für die Zukunft. Eine Ausnahme davon besteht nur hinsichtlich der in Art 72 Abs 3 GG genannten Materien, bei denen den Ländern auch nach Erlassung eines Bundesgesetzes die Kompetenz zur Erlassung von vom Bundesgesetz abweichenden Landesgesetzen zusteht. Abgesehen von dieser Abweichungskompetenz konkurrieren die Zuständigkeiten nach Art 72 GG *va* in zeitlicher Hinsicht – die Länder dürfen eine Angelegenheit dann nicht mehr regeln, wenn sie vom Bundesgesetzgeber aufgegriffen wurde.

6.4.2.2 Konfliktlösung

6.4.2.2.1 Allgemeines, Bundesrecht bricht Landesrecht, BVerfG

Die Existenz konkurrierender Kompetenzen mag auf den ersten Blick nahelegen, dass es zu zahlreichen Konflikten zwischen Bundes- und Landesrecht kommt. Auch die Tatsache, dass es mit Art 31 GG¹³⁹⁰ eine eigene Regelung über die Konfliktlösung gibt, deutet in diese Richtung.

Allerdings kann aus dem System der konkurrierenden Kompetenzen ohne Weiteres geschlossen werden, dass Bundesgesetze früheren – auf dieselbe (konkurrierende) Kompetenz gestützten – Landesgesetzen vorgehen. Ob man dazu Art 31 GG bemüht, sich auf den Grundsatz der *lex posterior* beruft oder auf eine dem Art 72 GG immanente Konfliktlösungsregel Bezug nimmt, ist für das Ergebnis irrelevant. Für den Sonderfall der Abweichungskompetenz der Länder in Art 72 Abs 3 GG trifft diese Bestimmung in ihrem letzten Satz selbst eine Vorkehrung, wonach die jeweils spätere Regelung vorgehen soll.

Abseits vom Bereich der konkurrierenden Kompetenzen kommt es nur in Ausnahmefällen zur Überschneidung von Regelungsbereichen des Bundes und der Länder, durch die Normenkonflikte (im engeren oder weiteren Sinn) entstehen können.¹³⁹¹ Das Grundgesetz möchte entsprechende Konflikte nach Art 31 GG zu Gunsten des Bundesrechts gelöst wissen. In Anbetracht des verschwindenden Anwendungsbereichs dieser Bestimmung und der Fokussierung der Vorschrift auf das interne Verhältnis zwischen Bundes- und Landesrecht ist nicht davon

1388 Insb Art 71 GG, Art 70 GG (Subsidiargesetzgebungskompetenz der Länder).

1389 Insb Art 72 GG iVm Art 74 GG.

1390 Nach Art 31 GG bricht Bundesrecht Landesrecht. Zu dieser Bestimmung zB *Edenharter*, Grundrechtsschutz 287 ff.

1391 Vgl zum engen Anwendungsbereich des Art 31 GG *Dreier* in *Dreier*, Art 31 GG Rz 20.

auszugehen, dass es sich bei dem in Art 31 GG statuierten Grundsatz um einen grundlegenden Bestandteil der verfassungsmäßigen Strukturen Deutschlands und damit um einen Teil der nationalen Identität Deutschlands iSd Art 4 Abs 2 EUV handelt,¹³⁹² auch wenn Art 31 GG vom BVerfG gelegentlich als „grundlegende Vorschrift des Bundesstaatsprinzips“¹³⁹³ bezeichnet wird.

Hinzuweisen ist an dieser Stelle auch auf die Funktion des BVerfG als konfliktlösende Instanz im föderalen Gefüge.¹³⁹⁴ Zahlreiche der in Art 93 Abs 1 GG genannten Kompetenzen des BVerfG haben zumindest auch eine bundesstaatliche Konnotation.¹³⁹⁵ Jedenfalls insofern, als das BVerfG in diesen Verfahren als bundesstaatlicher Streitschlichter auftritt, wird man die entsprechenden Bestimmungen des Grundgesetzes als grundlegend für das Funktionieren des deutschen Bundesstaates und damit als Teil der nationalen Identität Deutschlands iSd Art 4 Abs 2 EUV qualifizieren können.¹³⁹⁶

6.4.2.2.2 Bundestreue

6.4.2.2.2.1 Allgemeines

Als weitere Konfliktlösungs- und -präventionsstrategie setzt das BVerfG die sog. „Bundestreue“¹³⁹⁷ ein. Diese wird in der Lehre teilweise als eine der wichtigsten Ausprägungen des Bundesstaatsprinzips qualifiziert.¹³⁹⁸ Die Bundestreue wurde vom BVerfG bereits recht früh¹³⁹⁹ in seiner Rsp eingeführt¹⁴⁰⁰ und spielt bis heute eine wichtige Rolle darin. Allgemein gesprochen verlangt der Grundsatz der Bundestreue danach, dass sich Bund und Länder sowie die Länder untereinander wechselseitig die Treue halten und sich so verhalten, dass die Interessen

1392 Es wird hier auch nicht übersehen, dass Konflikte zwischen Unionsrecht und Art 31 GG eher unwahrscheinlich sind – wie allerdings oben ausgeführt wurde, ist die Frage des Konfliktpotentials für die Qualifikation als Bestandteil der nationalen Identität irrelevant; s oben bei 3.6.4.6 (= 131). Anders als hier wird Art 31 GG etwa bei Dreier in Dreier, Art 31 GG Rz 18 als „Grundsatznorm des föderalen Systems“ qualifiziert (allerdings ohne Verknüpfung mit Art 4 Abs 2 EUV).

1393 BVerfGE 96, 345 (Landesverfassungsgerichte) 364; ähnlich auch BVerfGE 36, 342 (Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz) 365.

1394 Ausführlich dazu *Edenharter*, Grundrechtsschutz 308 ff.

1395 Insb Z 2, Z 2a, Z 3 und Z 4.

1396 Ähnlich *Polzin*, Verfassungsidentität 195 f.

1397 Teilweise auch „bundesfreundliches Verhalten“ (zB BVerfGE 8, 122 [Volksbefragung Hessen] 140; BVerfGE 133, 241 [Luftsicherheitsgesetz] 271) oder „länderfreundliches Verhalten“ (zB BVerfGE 110, 33 [Zollkriminalamt] 52); mit der terminologischen Differenzierung sind aber keine inhaltlichen Unterschiede verbunden; dazu *Wittreck* in Härtel, Handbuch 509.

1398 Zum Beispiel *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 1126 ff; *Sachs* in Sachs, Art 20 GG Rz 68 ff; *Sommermann* in von Mangoldt, Art 20 GG Rz 37; vgl auch *Dreier* in HB Ius Publicum Europaeum Band I 60 Rz 103.

1399 Zu den historischen Grundlagen siehe zB *Egli*, Bundestreue 22 ff.

1400 BVerfGE 1, 117 (Finanzausgleichsgesetz) 131; BVerfGE 1, 299 (Wohnungsbauförderung) 301 f; mit zahlreichen weiteren Nachweisen zur Entwicklung der Rsp *Egli*, Bundestreue 75 ff; *Oeter*, Integrations 213 ff.

der verschiedenen Gebietskörperschaften sowie des gesamten Gemeinwesens gefördert werden.¹⁴⁰¹ Diese Pflicht zur wechselseitigen Treue äußert sich insb in Rücksichtsnahme-, Mitwirkungs- und Beistandspflichten, die in verschiedenen Konstellationen schlagend werden können.¹⁴⁰² So kann der Grundsatz der Bundestreue dem BVerfG zufolge etwa danach verlangen, dass ein Land bei der Ausübung seiner Gesetzgebungskompetenzen Rücksicht auf die berechtigten Interessen der anderen Länder und des Bundes nimmt.¹⁴⁰³ Angesichts der in Lehre und Judikatur erfolgenden, weitgehenden Zuschreibung grundlegender Bedeutung an die Bundestreue¹⁴⁰⁴ scheint es naheliegend, diesen Grundsatz als Teil der grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen Deutschlands und damit als Teil der deutschen nationalen Identität zu qualifizieren.

6.4.2.2.2 Rechtsgrundlage der Bundestreue

Die Bedeutung, die dem Grundsatz der Bundestreue von Lehre und Judikatur zugesprochen wird, steht allerdings in krassem Gegensatz zum Begründungsaufwand, den das BVerfG zur Herleitung des Grundsatzes der Bundestreue aus dem positiven Verfassungsrecht betrieben hat.¹⁴⁰⁵ In der Entscheidung zum Finanzausgleichsgesetz leitet das BVerfG die Bundestreue mit den Worten „[d]as bundesstaatliche Prinzip begründet seinem Wesen nach nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten“¹⁴⁰⁶ aus dem bundesstaatlichen Prinzip ab. In seiner Entscheidung zur Wohnungsbauförderung knüpft das BVerfG zur Begründung des Grundsatzes an eine rechtswissenschaftliche Studie von *Smend*¹⁴⁰⁷ an, die aber vor dem Hintergrund einer anderen Verfassungsrechtslage erstellt wurde, und stützt den Grundsatz weiters auf vage Positionen wie das „Wesen dieses Bündnisses“¹⁴⁰⁸ im Bundesstaat bzw einen „verfassungsrechtlichen Grundsatz des Föderalismus“.¹⁴⁰⁹ In späteren Entscheidungen leitet das BVerfG den Grundsatz der Bundestreue auch

1401 Zum Beispiel *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 1127.

1402 Siehe dazu *Egli*, Bundestreue 97 ff, 131 ff; *Bauer*, Bundestreue 342 ff; *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 1163 ff.

1403 Zum Beispiel BVerfGE 4, 115 (Besoldungsgesetz NRW) 140 f; BVerfGE 106, 1 (Oberfinanzdirektionen) 27.

1404 Siehe dazu die Nachweise oben und unten.

1405 Vgl die Ausführungen bei *Egli*, Bundestreue 95 ff; dem BVerfG folgend zB *Bayer*, Bundestreue 45; kritisch schon *Hesse*, Der unitarische Bundesstaat 7 ff; *Dörfer*, Bundesverfassungsgericht 81 ff; *Wittreck* in Härtel, Handbuch 520 ff; die Möglichkeit einer Ableitung aus dem „Wesen“ des Bundesstaates bejahend etwa *Schmidt*, Bundestreue 121 f.

1406 BVerfGE 1, 117 (Finanzausgleichsgesetz) 131.

1407 *Smend* in FS Mayer, 247 ff, 261, zitiert in BVerfGE 1, 299 (Wohnungsbauförderung) 315; weiters auch in BVerfGE 12, 205 (1. Rundfunkentscheidung) 254.

1408 BVerfGE 1, 299 (Wohnungsbauförderung) 315.

1409 BVerfGE 1, 299 (Wohnungsbauförderung) 315.

aus dem „Wesen des Bundesstaates“¹⁴¹⁰ bzw aus „dem in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten Grundsatz der Bundesstaatlichkeit“¹⁴¹¹ ab.

Bis heute ist auch in der Lehre unklar, was denn eigentlich die verfassungsrechtliche Grundlage für den Grundsatz der Bundestreue ist.¹⁴¹² *Bauer*¹⁴¹³ leitet den Grundsatz der Bundestreue aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ab, allerdings ohne vorher nachzuweisen, dass dieser Teil der deutschen Verfassungsrechtsordnung ist; *Kowalsky*¹⁴¹⁴ kommt zu dem Ergebnis, dass der Grundsatz der Bundestreue sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergäbe; *Egli*¹⁴¹⁵ möchte die Bundestreue aus dem „Insgesamt des Grundgesetzes“ abgeleitet wissen; viele Autorinnen und Autoren leiten die Bundestreue wie das BVerfG aus dem Bundesstaatsprinzip ab.¹⁴¹⁶

Für diese Unklarheit gibt es – abgesehen davon, dass das BVerfG nicht dazu gezwungen werden kann, stichhaltige Begründungen zu liefern – zwei denkbare Ursachen:

Erstens sind bereits die Existenz bzw die Rechtsgrundlagen eines allgemeinen Bundesstaatsprinzips im deutschen Verfassungsrecht umstritten;¹⁴¹⁷ gerade dieses wird aber häufig als Grundlage der Bundestreue qualifiziert (bzw wird umgekehrt die Bundestreue als eine der wichtigsten Ausprägungen eines Bundesstaatsprinzips angeführt).¹⁴¹⁸ Zweitens sind auch Inhalt und Umfang des Grundsatzes der Bundestreue nicht ganz klar: Zwar kann, wie schon eingangs angeführt, eine „Stoßrichtung“ des Grundsatzes ausgemacht werden, wonach die verschiedenen föderalen Einheiten im Bundesstaat wechselseitig Rücksicht auf die Interessen der jeweils anderen zu nehmen haben. Welche konkreten Rechtsfolgen aus dieser Grundtendenz folgen, ist aber von Fall zu Fall unterschiedlich und hängt vom konkreten Rechtsverhältnis ab, innerhalb dessen die Bundestreue ins Spiel gebracht wird.¹⁴¹⁹

Hervorzuheben sind dabei die nach der Rsp des BVerfG aus dem Grundsatz der Bundestreue erwachsenden Pflichten des Bundes und der Länder im Zusammenhang mit auswärtigen Angelegenheiten¹⁴²⁰ – so können die Länder nach

1410 BVerfGE 8, 122 (Volksbefragung Hessen) 138.

1411 BVerfGE 103, 81 (Pofalla I) 88.

1412 Siehe auch die Nachweise dazu oben und unten.

1413 *Bauer*, Bundestreue 245 ff.

1414 *Kowalsky*, Rechtsgrundlagen 245.

1415 *Egli*, Bundestreue 158 f.

1416 Zum Beispiel *Huster/Rux* in Epping/Hillgruber, Art 20 GG Rz 36; *Sachs* in Sachs, Art 20 GG Rz 68; *Isensee* in HB StR § 126 Rz 162; *Grzeszick* in Maunz/Dürig, Art 20 GG Rz 121; *Robbers* in Graßhof/Dolzer/Waldhoff, Art 20 GG Rz 1126 ff.

1417 Siehe dazu oben bei 6.1.2.2 (= 259).

1418 Zum Beispiel *Huster/Rux* in Epping/Hillgruber, Art 20 GG Rz 36; *Sachs* in Sachs, Art 20 GG Rz 68; *Isensee* in HB StR § 126 Rz 162; *Grzeszick* in Maunz/Dürig, Art 20 GG Rz 121; *Robbers* in Graßhof/Dolzer/Waldhoff, Art 20 GG Rz 1126 ff.

1419 Siehe zur Rsp ausführlich *Dörfer*, Bundesverfassungsgericht 76 ff; *Egli*, Bundestreue 75 ff.

1420 Grundlegend BVerfGE 6, 309 (Reichskonkordat) 361 f.

Ansicht des BVerfG unter gewissen Umständen auf Grund des Grundsatzes der Bundestreue zur Umsetzung völkerrechtlicher Verträge des Bundes verpflichtet sein,¹⁴²¹ etwa wenn sie dem Vertragsabschluss vorab zugestimmt haben –, was auf Grund der Absprachen im Lindauer Abkommen den Regelfall darstellt, wenn der Bund im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten der Länder einen völkerrechtlichen Vertrag abschließen möchte.¹⁴²² Darüber hinaus wird in der Literatur auch eine aus der Bundestreue erwachsende Informationspflicht des Bundes gegenüber den Ländern angenommen.¹⁴²³

Eine Spezialform der aus der Bundestreue erwachsenden Verpflichtungen im Zusammenhang mit auswärtigen Angelegenheiten stellt nach der Ansicht des BVerfG die Verpflichtung des Bundes dar, bei Verhandlungen im Rahmen der EU die Interessen der Länder zu wahren.¹⁴²⁴ Die Interessenswahrung hat nach der Rsp des BVerfG allerdings nicht durch die Einhaltung eines materiellen Gebots der Achtung der Länderkompetenzen etwa bei Verhandlungen im Rat zu erfolgen, sondern durch die Einhaltung eines kooperativen Verfahrens zur Abstimmung von Bund und Ländern.¹⁴²⁵ Im Rahmen dieses Verfahrens ist den Ländern die Möglichkeit zu geben, einen gemeinsamen Standpunkt zu bilden und zu vertreten, der in weiterer Folge vom Bund zu berücksichtigen ist.¹⁴²⁶ Inzwischen ist dieses Verfahren in Art 23 Abs 4 bis 6 GG und den dazu ergangenen Ausführungsgesetzen geregelt; Art 23 Abs 6 GG sieht in bestimmten Fällen sogar die Entsendung eines Ländervertreeters in den Rat vor. Zu betonen ist aber nochmals, dass die Bundestreue nicht danach verlangt, dass die Vertreter:innen Deutschlands im Rat auch ohne entsprechende Länderstellungnahme stets versucht, Beeinträchtigungen von Landeskompetenzen hintanzustellen oder möglichst gering zu halten.¹⁴²⁷ Es muss nicht mit dem Grundsatz der Bundestreue begründet werden, dass die deutsche Vertreterin bzw der deutsche Vertreter im Rat darauf zu achten haben, dass die absoluten Kompetenzgrenzen des Art 79 Abs 3 GG durch Rechtssetzungsakte der Union eingehalten werden. Dies ergibt sich für die deutsche Vertreterin bzw den deutschen Vertreter schon unmittelbar aus Art 23 Abs 1 GG. Im Übrigen ist der Rat als EU-Rechtssetzungsorgan „im

1421 Noch nicht eindeutig BVerfGE 6, 309 (Reichskonkordat) 361 f; eine solche Pflicht dann unter Berufung auf vorgenanntes Urteil annehmend BVerfGE 12, 205 (1. Rundfunkentscheidung) 254 f.

1422 Siehe dazu oben bei 6.3.3.5.2.1 (= 284).

1423 Zum Beispiel *Bauer*, Bundestreue 347. Allerdings wird das Bestehen einer solchen Pflicht wiederum mit dem Lindauer Abkommen begründet, das dann gleichsam als Ausfluss der Bundestreue qualifiziert wird.

1424 BVerfGE 92, 203 (EG-Fernsehrichtlinie) 230 ff.

1425 BVerfGE 92, 203 (EG-Fernsehrichtlinie) 235 ff.

1426 BVerfGE 92, 203 (EG-Fernsehrichtlinie) 235 ff.

1427 Vgl aber die in diese Richtung gehenden Ausführungen der Bayerischen Staatsregierung, wiedergegeben bei BVerfGE 92, 203 (EG-Fernsehrichtlinie) 219; allerdings geht daraus nicht ganz deutlich hervor, ob eine solche Pflicht ganz generell bestehen soll oder sich nur auf Fälle bezieht, in denen die EU ihre Kompetenzen (zu Ungunsten der Länder) überschreitet.

Ganzen“ auf Grund von Art 4 Abs 2 EUV zur Beachtung dieser Grenze verpflichtet.¹⁴²⁸

Große Relevanz hat die Bundestreue in der Rsp des BVerfG außerdem im Zusammenhang mit dem Finanzausgleichsrecht insofern, als daraus beim horizontalen Finanzausgleich zwischen den Ländern eine Verpflichtung der finanzstärkeren Länder abgeleitet wird, die finanzschwächeren Länder zu unterstützen.¹⁴²⁹ Unklar ist, ob die Bundestreue auch als Grundlage für die Annahme von Beistandspflichten des Bundes gegenüber finanzschwachen Ländern herangezogen werden kann.¹⁴³⁰

Darüber hinaus werden aus der Bundestreue zahlreiche weitere Verhaltenspflichten von Bund und Ländern abgeleitet, insb im Zusammenhang mit Verhandlungen und Verträgen zwischen den Hoheitsträgern.¹⁴³¹

Das BVerfG selbst gesteht ein, dass die Rechtsfolgen der Anwendung des Grundsatzes der Bundestreue von einer Einzelfallbeurteilung abhängen.¹⁴³² Damit wird aber der mögliche normative Inhalt der Bundestreue auf eine sehr abstrakte Pflicht zur Rücksichtnahme auf gegenbeteiligte föderale Interessen reduziert, deren Grenzen nicht allgemeingültig festgelegt werden können. Die Unklarheiten betreffend den Inhalt der Bundestreue machen es schwieriger, eine definitive Rechtsgrundlage für diesen Grundsatz zu finden.¹⁴³³ Findet sich aber für die Bundestreue keine Rechtsgrundlage, dann kann diese auch nicht als Teil der grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen Deutschlands iSd Art 4 Abs 2 EUV qualifiziert werden. Daher soll im Folgenden überlegt werden, ob es für den Grundsatz der Bundestreue, verstanden als abstraktes Gebot zur Rücksichtnahme auf gegenbeteiligte föderale Interessen, eine Rechtsgrundlage im Grundgesetz gibt.

Von einem großen Teil des Schrifttums¹⁴³⁴ sowie dem BVerfG¹⁴³⁵ wird als Grundlage für Bundestreue Art 20 GG angeführt, teilweise iVm dem „Wesen“

1428 Dazu oben bei 3.6.6.1 (= 135).

1429 Schon BVerfGE 1, 117 (Finanzausgleichsgesetz) 131; *Siekmann* in Sachs, Art 107 GG Rz 43; *Egli*, Bundestreue 131 f mwN.

1430 Nicht eindeutig BVerfGE 116, 327 (Berliner Haushalt) 392 ff, wo die Schaffung eines Beistandsregimes zur Bewältigung von Haushaltskrisen im Wesentlichen als Sache des Gesetzgebers qualifiziert und im Übrigen das Vorliegen eines Haushaltsnotstandes in Berlin verneint wird.

1431 Vgl *Egli*, Bundestreue 132, 134 ff mwN.

1432 Zum Beispiel BVerfGE 81, 310 (Kalkar II) 337; BVerfGE 104, 249 (Biblis A) 270; zur „Entwicklungsoffenheit“ der Bundestreue auch *Bauer*, Bundestreue 313 ff, demzufolge „völlige Gewißheit [sic] über die inhaltliche Ausgestaltung dieses Rechtsgrundsatzes nicht erreichbar ist“ (*Bauer*, Bundestreue 325).

1433 Bzw erschweren zumindest den Diskurs darüber, weil uU verschiedene Autorinnen und Autoren unterschiedliche Vorstellungen vom Inhalt der Bundestreue haben und dementsprechend auch unterschiedliche Rechtsgrundlagen für denkbar erachten.

1434 Zum Beispiel *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 1126; *Sachs* in Sachs, Art 20 GG Rz 68 ff; *Sannwald* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 79 GG Rz 58; *Haratsch* in Sodan Art 79 GG Rz 35; *Dreier* in Dreier, Art 79 Abs 3 GG Rz 48; *Hofmann* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 20 GG Rz 13; *Isensee* in HB StR § 126 Rz 162.

1435 Zum Beispiel BVerfGE 34, 9 (Besoldungsvereinheitlichung) 20; 103, 81 (Pofalla I) 88.

des Bundesstaates. Allein aus der Nennung des Begriffs „Bundesstaat“ in Art 20 GG lassen sich aber keine normativen Folgen ableiten;¹⁴³⁶ insb fehlt es an einem Anhaltspunkt dafür, dass Art 20 GG eine über die übrigen Normen des Grundgesetzes hinausgehende Pflicht zur föderalen Interessensberücksichtigung verankert. Art 20 GG scheidet daher – ebenso wie das Wesen des Bundesstaates – als verfassungsrechtliche Grundlage für den Grundsatz der Bundestreue aus.

Ähnlich wie beim Bundesstaatsprinzip wird weiters auch hinsichtlich der Bundestreue vertreten, dass diese aus einer Zusammenschau der Bestimmungen des Grundgesetzes abgeleitet werden könne.¹⁴³⁷ Allerdings lässt eine solche Betrachtung außer Acht, dass das Grundgesetz spezifische Instrumente kennt, mit denen eine wechselseitige Berücksichtigung der unterschiedlichen föderalen Interessen bewirkt wird, etwa, wenn Art 32 Abs 2 GG einem von einem völkerrechtlichen Vertrag besonders betroffenen Land ein Anhörungsrecht einräumt. Derartige Bestimmungen wären obsolet, wenn der Bund ohnehin verpflichtet wäre, etwaige Länderinteressen gebührend zu berücksichtigen. Zudem wird bei einer Ableitung des Grundsatzes der Bundestreue aus der Gesamtheit der grundgesetzlichen Bestimmungen vernachlässigt, dass das Grundgesetz spezifische Instrumente zur Konfliktlösung bereithält¹⁴³⁸ und damit impliziert, dass es zu Konflikten (auch) zwischen den föderalen Hoheitsträgern kommen kann. Derartige Konflikte sind im Rahmen der vorgesehenen Konfliktlösungsmechanismen und unter Maßgabe der im Grundgesetz angeordneten Rechte und Pflichten zu lösen; für die Annahme einer darüber hinausgehenden Interessensberücksichtigungspflicht gibt es keine Anhaltspunkte.

Ein weiterer Ansatz leitet den Grundsatz der Bundestreue aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben ab, bleibt aber den Nachweis dafür schuldig, dass der genannte allgemeine Rechtsgrundsatz einen Teil der deutschen Verfassungsrechtsordnung ausmacht.¹⁴³⁹

Als Zwischenergebnis kann hier also festgehalten werden, dass die verschiedenen Begründungsansätze für die Verankerung des Grundsatzes der Bundestreue in der deutschen Verfassungsrechtsordnung nicht überzeugen. Im Lichte dessen, dass der Grundsatz der Bundestreue aber seit dem Beginn der Rechtsprechungstätigkeit des BVerfG eine bedeutende Rolle spielt, lässt sich noch fragen, ob es

1436 Dazu insb Šarčević, Bundesstaatsprinzip 64 ff.

1437 Ähnlich auch der Ansatz, wonach die Bundestreue mangels expliziter Regelung im GG aus dem Erfordernis der Erhaltung der „Funktionsfähigkeit der bundesstaatlichen Ordnung“ gefolgert werden könne; so Grzeszick in Maunz/Dürig, Art 20 GG Rz 121. Gegen diesen Begründungsansatz kann nämlich eingewandt werden, dass es dem Verfassungsgesetzgeber unbenommen ist, einzuschreiten und Kooperations- oder Rücksichtnahmepflichten anzuordnen, wenn die „Funktionsfähigkeit“ des Bundesstaates „gefährdet“ ist. Das „Schweigen“ des GG kann also ebenso gut als Argument gegen die Existenz einer Pflicht zur Bundestreue gewertet werden.

1438 Etwa die in Art 93 Abs 1 Z 1 und 3 GG vorgesehenen Verfahren vor dem BVerfG oder der Bundeszwang nach Art 37 GG.

1439 Bauer, Bundestreue 245 ff; kritisch dazu Wittreck in Härtel, Handbuch Rz 39 ff.

sich bei diesem um Verfassungsgewohnheitsrecht handelt. Unabhängig davon, dass sich die Frage stellt, ob diese Rechtsquelle in der deutschen Rechtsordnung Bedeutung hat, würden die Voraussetzungen für die Entstehung von Gewohnheitsrecht im Allgemeinen – langjährige Übung und *opinio iuris* – hier nicht im relevanten Ausmaß vorliegen: Der Grundsatz der Bundestreue wird zwar bereits jahrzehntelang vom BVerfG judiziert, das dabei wohl auch davon überzeugt ist, rechtmäßig zu handeln. Tatsächlich hat dieser Grundsatz in der Rsp aber wie dargelegt weder einen genau abgegrenzten Anwendungsbereich noch eine einheitliche Rechtsfolge. Gegenstand der langjährigen Übung und damit auch potentiell Verfassungsgewohnheitsrecht könnte daher lediglich der unbestimmte Gedanke der Bundestreue im Allgemeinen sein, aus dem sich aber keine klaren Rechtsfolgen für den Einzelfall ergeben.¹⁴⁴⁰ Hinsichtlich der einzelnen „Unterfälle“ der Bundestreue besteht (zumindest teilweise) nicht einmal eine andauernde, langjährige Übung in der Rsp des BVerfG. Fraglich wäre im Übrigen auch, ob alleine die „Übung“ durch das BVerfG für die Entstehung von Verfassungsgewohnheitsrecht ausreichend wäre, oder ob auch die „Übung“ anderer verfassungsrechtlicher Akteure zu beachten wäre – bejaht man Letzteres, wäre aber wiederum fraglich, ob Bund und Länder bei ihren Handlungen tatsächlich stets dem Gedanken der Bundestreue entsprechend handeln. Im Ergebnis ist nach der hier vertretenen Ansicht somit nicht davon auszugehen, dass es sich bei der Bundestreue um Verfassungsgewohnheitsrecht handelt.

6.4.2.2.3 (Rsp zur) Bundestreue nicht Teil der nationalen Identität

Es bleibt damit lediglich die Tatsache, dass das BVerfG sich in ständiger Rsp auf die Bundestreue beruft – freilich in unterschiedlichen Ausprägungen bzw. Unterformen.¹⁴⁴¹ So, wie die Unterschiedlichkeit der vom BVerfG aus der Bundestreue abgeleiteten Rechtsfolgen eine (von vielen) Hürde(n) für die Qualifikation des Grundsatzes als Verfassungsgewohnheitsrecht darstellt, so verhindert sie auch, die Rsp des BVerfG zweifelsfrei als Teil der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV zu qualifizieren: Da ein eindeutiger, von den einzelnen Entscheidungen abstrahierbarer und trotzdem noch konkrete Rechtsfolgen nach sich ziehender Inhalt des Grundsatzes der Bundestreue nicht ermittelt werden kann, lässt sich ein solcher auch nicht als grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur iSd Art 4 Abs 2 EUV einordnen.

Dass das BVerfG zukünftig die Bundestreue bzw. einzelne Aspekte der Bundestreue dennoch mit der durch Art 79 Abs 3 GG geschützten Verfassungsidenti-

1440 Vgl. Wittreck in Härtel, Handbuch 519 mwN; ähnlich Bauer, Bundestreue 237 ff.; aA zB Bayer, Bundestreue 33; Schmidt, Bundestreue 120 f (im Wesentlichen ohne Begründung).

1441 Dazu schon oben bei FN 1419 (= 303).

tät und/oder der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV in Beziehung setzt, kann nicht ausgeschlossen werden und liegt durch die Bedeutung nahe, die der Bundestreue für das Funktionieren des Bundesstaats beigemessen wird¹⁴⁴². Eine entsprechende Praxis des BVerfG böte dem EuGH einen Anhaltspunkt dafür, die Bundestreue als grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur iSd Art 4 Abs 2 EUV zu qualifizieren. Es ist auf Grund der Funktion des Art 4 Abs 2 EUV, der nationalen Wertungen Geltung auf unionaler Ebene verschaffen will, zwar nicht ausgeschlossen, aber jedenfalls unwahrscheinlich, dass der EuGH eine entsprechende Einordnung durch das BVerfG unter Hinweis auf das Fehlen einer eindeutigen Rechtsgrundlage im Grundgesetz ablehnt. Allerdings sind Konstellationen, in denen es zu einem Konflikt zwischen Unionsrecht und der Bundestreue kommt, wohl eher selten.

6.4.3 Beschränktheit der Kompetenzen der föderalen Hoheitsträger

6.4.3.1 *Beschränktheit als Problem ...*

Auch im deutschen Bundesstaat hat die Kompetenzverteilung zur Folge, dass die Handlungsmacht der Hoheitsträger beschränkt wird, nämlich auf die ihnen zugeordneten Kompetenzen; auch im deutschen Bundesstaat wird die Beschränktheit der föderalen Hoheitsträger nach der Rsp des BVerfG aber zT durch „ungeschriebene“ Kompetenzen kraft „Natur der Sache“¹⁴⁴³ und kraft „Sachzusammenhangs“¹⁴⁴⁴ relativiert.¹⁴⁴⁵ Allerdings führen weder die Grundrechte des Grundgesetzes noch unions- oder völkerrechtliche Verpflichtungen zu Entschränkungen im Sinn dieser Kompetenzen.¹⁴⁴⁶

Die kompetentielle Beschränktheit der Hoheitsträger kann zu unbefriedigenden Konstellationen führen, und zwar sowohl aus Perspektive der Hoheitsträger, die ein bestimmtes Ziel erreichen wollen, als auch aus Perspektive der Rechtsunterworfenen:

Die sachliche Beschränktheit der Hoheitsträger auf bestimmte Sachbereiche kann etwa dann zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, wenn diese ein Ziel erreichen wollen, das ihre Kompetenzgrenzen überschreitet: So etwa, wenn ein Landesrechtsetzer ganz allgemein der Glücksspielsucht vorbeugende Maßnahmen setzen möchte, aber nur für bestimmte Bereiche – zB Sportwetten – zuständig ist, weil die anderen Kompetenzen beim Bund liegen. Die territoriale

1442 Zum Beispiel BVerfGE 1, 299 (Wohnungsbauförderung) 315.

1443 Vgl zB BVerfGE 3, 407 (Baugutachten) 421 f; BVerfGE 11, 89 (Bremisches Urlaubsgesetz) 96 ff.

1444 Zum Beispiel BVerfGE 3, 407 (Baugutachten) 420; BVerfGE 98, 365 (Bayerisches Schwangerschaftsabbruchsgesetz) 299.

1445 Vgl dazu *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen 175 ff; *Wittreck* in Dreier, Vorb zu Art 70 bis 74 GG Rz 45 ff; *Rozek* in von Mangoldt, Art 70 GG 40 ff.

1446 Vgl insb zu Grundrechten *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen 65 ff.

Beschränktheit der Länder auf im Wesentlichen ihr jeweiliges Landesgebiet kann ebenfalls als problematisch wahrgenommen werden. Beispielhaft dafür seien die unterschiedlichen Regelungen der deutschen Länder über die Hochschulzulassung genannt, die mangels Koordination erhebliche Erschwerungen für eine Bewerbung auf einen Studienplatz bedeuten können.¹⁴⁴⁷

6.4.3.2 ... bundesstaatliche Kooperationspflichten als Lösung?

In beiden genannten Konstellationen könnte eine Kooperation zwischen Bund und Ländern bzw der Länder untereinander „Abhilfe“ schaffen. Unbestritten ist, soweit ersichtlich, dass eine solche Kooperation auf freiwilliger Basis möglich ist.¹⁴⁴⁸ Fraglich ist aber, ob das Grundgesetz für derartige Konstellationen sogar eine Kooperationspflicht vorsieht. In der deutschen Lehre und Judikatur¹⁴⁴⁹ ist immer wieder die Rede von derartigen bundesstaatlichen Kooperationspflichten zwischen Bund und Ländern bzw zwischen den Ländern untereinander.¹⁴⁵⁰ Diese sollen zum Inhalt haben, dass sich Bund und Länder bzw die Länder untereinander bei der Ausübung ihrer Kompetenzen miteinander abstimmen und insofern „kooperieren“¹⁴⁵¹ müssen. Die genannten Kooperationspflichten werden teilweise aus dem Bundesstaatsprinzip bzw aus dem Grundsatz der Bundestreue als Teil des Bundesstaatsprinzips abgeleitet.¹⁴⁵² An anderer Stelle werden Kooperationspflichten (zusätzlich) aus den Grundrechten des Grundgesetzes abgeleitet.¹⁴⁵³

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die Annahme derartiger Kooperationspflichten sich mit dem geltenden Verfassungsrecht begründen lässt, wobei die einzelnen Begründungsstränge für die Annahme derartiger Kooperationspflichten – insb Bundesstaatsprinzip, Bundestreue, Grundrechte – jeweils gesondert analysiert werden.

Den folgenden Überlegungen ist voranzustellen, dass systematische Überlegungen allgemein eher gegen die Annahme impliziter Kooperationspflichten sprechen: So finden sich erstens im Grundgesetz – wenn auch vorrangig an die Verwaltung adressierte – explizite Kooperationspflichten, zB in Art 35 und 91 GG. Zweitens werden „Gemeinschaftsaufgaben“, als von Bund und Ländern

1447 Zahlreiche Beispiele bei *Boysen*, Gleichheit 6 ff.

1448 Zum Beispiel *Grzeszick* in Maunz/Dürig, Art 20 GG Rz 164.

1449 Zum Beispiel BVerfGE 33, 303 (numerus clausus I) 357; BVerfGE 73, 118 (4. Rundfunkentscheidung) 197.

1450 Vgl *Bauer* in Dreier, Art 20 GG Rz 51.

1451 Man könnte hier auch von einer „Koordination“ der den Hoheitsträgern jeweils zustehenden Regelungsbefugnissen und insofern von Koordinations- bzw Koordinierungspflichten sprechen.

1452 Zum Beispiel BVerfGE 73, 118 (4. Rundfunkentscheidung) 197; vgl *Bauer* in Dreier, Art 20 GG Rz 51.

1453 BVerfGE 33, 303 (numerus clausus I) 357 f; vgl *Fastenrath*, JZ 1987, 174.

gemeinsam zu erreichende Ziele (mit und ohne Kooperationspflicht), ebenfalls explizit geregelt.¹⁴⁵⁴

6.4.3.3 Mögliche Rechtsgrundlagen bundesstaatlicher Kooperationspflichten

6.4.3.3.1 Ableitung aus dem Bundesstaatsprinzip

Die angesprochene Kooperationspflicht wird teilweise unmittelbar aus dem Bundesstaatsprinzip abgeleitet.¹⁴⁵⁵ Dieses ist aber zu unbestimmt, um allein daraus konkrete Rechtsfolgen abzuleiten.¹⁴⁵⁶ Konsequenterweise ist daher auch hier nicht davon auszugehen, dass das Bundesstaatsprinzip eine tragfähige normative Grundlage für die Begründung einer Kooperationspflicht sein kann.

6.4.3.3.2 Ableitung aus der Bundestreue

Eine Kooperationspflicht von Bund und Ländern bzw der Länder untereinander wird von manchen Autorinnen und Autoren¹⁴⁵⁷ sowie teilweise auch vom BVerfG¹⁴⁵⁸ aus dem Grundsatz der Bundestreue abgeleitet.¹⁴⁵⁹ So wie Bund und Länder bei der Ausübung ihrer Kompetenzen auf Grund der Bundestreue dazu verpflichtet seien, auf die Interessen der Gemeinschaft und auch der jeweils anderen Hoheitsträger Rücksicht zu nehmen, so seien sie auch dazu verpflichtet, zur Erreichung bestimmter Ziele kooperativ zusammenzuwirken. Als Ziel, dessen Erreichung kooperatives Zusammenwirken verlangt, kann demnach etwa die Einhaltung bzw Verwirklichung der Grundrechte qualifiziert werden.

Die Bundestreue selbst kann eine derartige Kooperationspflicht aber nicht begründen. Wenn man die Existenz der Bundestreue in der deutschen Rechtsordnung bejaht,¹⁴⁶⁰ so ist diese ja kein Selbstzweck, sondern dient als Mittel zur Verwirklichung anderer Ziele.¹⁴⁶¹ Die Bundestreue kann also nur dann nach einer Kooperationspflicht verlangen, wenn das durch die Kooperation zu erreichende Ziel selbst nach einer kooperativen Zielerreichung verlangt. Anders formuliert: Wenn zB die Grundrechte selbst nicht danach verlangen, dass sie auch unter Außerachtlassung der Kompetenzgrenzen verwirklicht werden, dann kann auch

1454 Art 91a ff GG.

1455 Vgl *Bauer* in Dreier, Art 20 GG Rz 51.

1456 Dazu schon oben bei 6.1.2.2 (= 259).

1457 In diese Richtung zB *Fastenrath*, JZ 1987, 174; vgl weiters *Haack*, Regelungskonzeptionen 198 ff, der sich damit auseinandersetzt, ob die Bundestreue ein Gebot der Widerspruchsfreiheit der Regelungen im Bundesstaat beinhaltet (und dies im Ergebnis bejaht).

1458 BVerfGE 73, 118 (4. Rundfunkentscheidung) 196 f.

1459 Vgl auch die weiteren Nachweise bei *Grzeszick* in Maunz/Dürig, Art 20 GG Rz 132 f.

1460 Siehe dazu bei 6.4.2.2.2 (= 301).

1461 Zum Beispiel BVerfGE 13, 54 (Neugliederung Hessen) 75; weiters zB *Grzeszick* in Maunz/Dürig, Art 20 GG Rz 126.

die Bundestreue keine darauf gerichtete, Kompetenzgrenzen überschreitende Kooperationspflicht begründen. Die eigentlich zu stellende Frage lautet also, ob bestimmte materielle verfassungsrechtliche „Zielsetzungen“ – wie zB die Grundrechte – nach ihrer Erfüllung über die Kompetenzgrenzen hinweg verlangen und damit Kooperationspflichten begründen.

6.4.3.3.3 *Ableitung aus den Grundrechten*

Um die Frage beantworten zu können, ob sich aus den Grundrechten – in ihrer Gesamtheit oder aus Einzelgewährleistungen – Kooperationspflichten für Bund und Länder bzw der Länder untereinander ergeben, ist das Verhältnis der Grundrechte des Grundgesetzes zur bundesstaatlichen Kompetenzverteilung des Grundgesetzes in Erinnerung zu rufen.

Sowohl die Grundrechte als auch die bundesstaatliche Kompetenzverteilung stehen im Rang von einfachem Verfassungsrecht.¹⁴⁶² Es handelt sich damit um gleichrangige Bestandteile des Verfassungsrechts. Daher ist es ebenso wenig zulässig, die grundrechtlichen Gewährleistungen durch die Kompetenzverteilung zu unterlaufen,¹⁴⁶³ wie es zulässig ist, die Grenzen der Kompetenzverteilung durch Berufung auf die Grundrechte zu überwinden. Vielmehr sind – sofern konfliktträchtige Situationen auftreten – Lösungen zu suchen, die sowohl den Grundrechten als auch der Kompetenzverteilung entsprechen. Zu beachten ist dabei, dass Kompetenzbestimmungen einer Abwägung nicht zugänglich sind.¹⁴⁶⁴

Eine Konstellation, in der es zu einem Konflikt zwischen Grundrechten und der Kompetenzverteilung kommen könnte, ist die, dass ein Hoheitsträger versucht, einen Grundrechtseingriff (ua) damit zu rechtfertigen, dass ihm gelindere Mittel im Rahmen der Kompetenzverteilung nicht zur Verfügung stünden.¹⁴⁶⁵ Gerade diese Rechtfertigung lässt das BVerfG allerdings nicht zu; vielmehr seien nach der Ansicht des Gerichts Bund und Länder bei Grundrechtseingriffen als eine Einheit zu beurteilen.¹⁴⁶⁶ Der eine Hoheitsträger könne sich dem BVerfG zufolge zur Rechtfertigung seiner Maßnahme also nicht darauf berufen, dass die Untätigkeit des anderen Hoheitsträgers, der für eine weniger eingriffsintensive Maßnahme zuständig wäre, ihn zur Setzung eingriffsintensiverer Maßnahmen zwingt.¹⁴⁶⁷ Es ist geboten, die föderalen Hoheitsträger – wie es das BVerfG tut¹⁴⁶⁸

1462 Einen höheren Rang als jenen einfachen Verfassungsrechts könnte man lediglich für Art 1 GG annehmen; vgl Art 79 Abs 3 GG.

1463 Vgl aber zur Diskussion um einen Grundrechtseingriffe legitimierenden Gehalt von Kompetenznormen *Stettner*, Kompetenzlehre 54 ff.

1464 *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen 60 f.

1465 Vgl zB die Ausführungen in BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil) 443; weiters schon oben die entsprechenden Ausführungen zur österreichischen Bundesstaatlichkeit bei 5.4.3.2.3 (= 232).

1466 BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil) 443; BVerfGE 33, 303 (numerus clausus I) 358.

1467 BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil) 443; BVerfGE 33, 303 (numerus clausus I) 357 f.

1468 BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil) 443; BVerfGE 33, 303 (numerus clausus I) 358.

– bei der Beurteilung (insb) der Erforderlichkeit eines Grundrechtseingriffs als Einheit zu behandeln, da andernfalls die Grundrechte durch die Ausgestaltung der Kompetenzverteilung unterwandert werden könnten.¹⁴⁶⁹ Dies bedeutet aber nicht, dass Bund und Länder zur Wahrung der Grundrechte die Kompetenzgrenzen überschreiten dürfen;¹⁴⁷⁰ sie können diese Grenzen lediglich nicht erfolgreich zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs einwenden. Damit würde nämlich die Bindung an die Grundrechte durch die Bindung an die Kompetenzverteilung relativiert.

Bund und Länder müssen sich also bei Grundrechtseingriffen als Einheit behandeln lassen und dürfen Grundrechtseingriffe nicht mit dem Fehlen der eigenen Kompetenz rechtfertigen.¹⁴⁷¹ Gleichzeitig dürfen sie zur Wahrung der Grundrechte besagte Kompetenzgrenzen auch nicht überschreiten. Es stellt sich dann die Frage, ob zur Wahrung der Grundrechte eine Kooperationspflicht von Bund und Ländern besteht. Dies wird in der Literatur häufig aus der vom BVerfG angenommenen Einheit von Bund und Ländern im Zusammenhang mit dem Grundrechtsschutz geschlossen.¹⁴⁷² Dabei wird aber zu wenig berücksichtigt, dass nicht nur die Grundrechte in Verfassungsrang stehen, sondern auch die Kompetenzverteilung. Ebenso wenig wie die Grundrechte durch die Kompetenzverteilung unterwandert werden dürfen, darf es zu einer Unterwanderung der Kompetenzverteilung durch die Grundrechte kommen. Würde man aber das Bestehen einer Kooperationspflicht annehmen, die den Inhalt hat, dass Bund und Länder bzw die Länder untereinander verpflichtet sind, ihre Handlungen vorab mit- bzw untereinander abzustimmen, dann würde dies nach der hier vertretenen Ansicht zu einer unzulässigen Unterwanderung der Kompetenzverteilung führen, die den Hoheitsträgern das Recht einräumt, in den ihnen zugeordneten Bereichen jeweils eigenständig Recht zu setzen.¹⁴⁷³

1469 Siehe schon oben 5.4.3.2.3 (= 232), dort mit dem Beispiel, dass dem Bund die Zuständigkeit für „Verkaufsverbote“, den Ländern die Zuständigkeit für „Verkaufsbeschränkungen“ zugeteilt würde; vom Bund erlassene Verkaufsverbote könnten dann – wenn man nur jene gelindere Mittel zu berücksichtigen hätte, die in die Kompetenz des Bundes fallen – niemals deswegen als unverhältnismäßig eingestuft werden, weil auch eine Verkaufsbeschränkung das verfolgte Ziel erreichen würde. Ähnlich ist die Konstellation in BVerfGE 98, 83 (Landesabfallabgaben): Während der Bund für bestimmte Sonderabfälle, gestützt auf seine Abfallkompetenz, eine auf individuelle Umstände abzielende Vermeidungspflicht vorsah, führten einige Länder, gestützt auf ihre Steuerkompetenzen, Abgabepflichten ein, die durch die Verhängung einer Abgabe im Fall der Nichtvermeidung von Sonderabfall eine kompromisslose Abfallvermeidung bewirken sollten.

1470 BVerfGE 81, 310 (Kalkar II) 334: „In der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes, in der die Wahrnehmung der staatlichen Aufgaben und Befugnisse zwischen Bund und Ländern kompetentiell aufgeteilt ist, binden die Grundrechte bei der Wahrnehmung bestehender Kompetenzen, begründen jedoch nicht selbst Kompetenzen“; s auch BVerfGE 12, 205 (1. Rundfunkentscheidung) 249.

1471 BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil) 443; BVerfGE 33, 303 (numerus clausus I) 358.

1472 Zum Beispiel *Bethge*, AöR 1985, 218.

1473 Vgl dazu *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen 63 ff, der allerdings von einem unzulässigen Überschreiten der Grenzen der Kompetenzverteilung offenbar nur dann ausgeht, wenn die Kooperationspflicht den Bund oder die Länder für sich genommen oder zusammen zu einem Handeln außerhalb der Kompetenzverteilung ermächtigt.

Dies ändert allerdings nichts am vorher erhobenen Befund, dass Bund und Länder sich bei der Beurteilung eines Grundrechtseingriffs als Einheit behandeln lassen müssen. Die Folgen dessen als „Kooperationspflicht“ zu bezeichnen, ist aber missverständlich. Eine derartige Pflicht mit eigenständigem Gehalt und eigenständiger Durchsetzbarkeit würde nach der hier vertretenen Ansicht nur dann bestehen, wenn die Unterlassung der Kooperation per se die Rechtswidrigkeit der fraglichen Handlungen (oder Unterlassungen) der Hoheitsträger zur Folge hätte. Dem ist aber nicht so: Die Grundrechtswidrigkeit des fraglichen Eingriffs ist nicht Folge einer mangelnden Beachtung einer irgendwie gearteten Kooperationspflicht, sondern der mangelnden Beachtung des Grundrechts.

Bund und Länder dürfen daher auch in Bereichen, in denen eine Abstimmung den Grundrechtsschutz verbessern könnte, ohne sich wechselseitig abzustimmen Rechtsakte erlassen, die in Grundrechte eingreifen; maßgeblich ist nur das Ergebnis ihrer Rechtsetzung. Ob also durch das Zusammenspiel von Bundes- und Landesrecht „zufällig“ eine grundrechtskonforme Rechtslage hergestellt wird oder ob dies durch bewusste Kooperation geschieht, ist für die Beurteilung der Grundrechtskonformität irrelevant. Es besteht demnach keine grundrechtlich begründete Kooperationspflicht der föderalen Hoheitsträger.

6.4.3.3.4 Weitere Ansätze für bundesstaatliche Kooperationspflichten

Eine bundesstaatliche Kooperationspflicht wird in der Literatur aus dem Gebot der „Widerspruchsfreiheit“¹⁴⁷⁴ bzw. „Konsistenz“¹⁴⁷⁵ der Rechtsordnung abgeleitet, welches auch das BVerfG in einigen Entscheidungen aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet hat.¹⁴⁷⁶ Wie von einigen Autorinnen und Autoren bereits dargestellt, sprechen aber zahlreiche Argumente gegen die Annahme der Existenz eines Gebots der Widerspruchsfreiheit in der deutschen Rechtsordnung.¹⁴⁷⁷ Dies gilt insb dann, wenn es um das Verhältnis von Bundes- und Landesrechtsordnungen zueinander bzw verschiedener Landesrechtsordnungen untereinander geht. Schließlich werden Bund und Länder durch das Grundgesetz als jeweils eigenständige Hoheitsträger eingerichtet. Die Existenz eines „Einheitlichkeitsgebotes“

1474 *Bumke*, Der Staat 2010, 88; *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 1244 ff (der dieses Gebot aus einer Kombination des Rechtsstaatsprinzips und der Bundestreue ableitet).

1475 *Bumke*, Der Staat 2010, 91; vgl auch *Bauer*, Bundestreue 358 f, der aus der Bundestreue eine „Pflicht zu konsistentem Verhalten“ ableiten möchte.

1476 Zum Beispiel BVerfGE 98, 106 (Verpackungssteuer) 118 f; BVerfGE 98, 83 (Landesabfallabgaben) 97; teilweise wird ein Gebot der Einheitlichkeit der Rechtsordnung vom BVerfG auch aus dem Gleichheitssatz abgeleitet; vgl BVerfGE 60, 16 (Härteausgleichsleistungen) 40 und die Nachweise bei *Hanebeck*, Der Staat 2002, 432 f; *Haack*, Regelungskonzeptionen 135 ff; *Kirchhof* in HB StR § 181 716 f; kritisch schon hinsichtlich des – an ein und denselben Rechtsetzer gerichteten – Gebots der „Folgerichtigkeit“ *Krieger* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 3 GG Rz 52; *Heun* in Dreier, Art 3 GG Rz 37; *Wollenschläger* in von Mangoldt, Art 3 GG Rz 199 f.

1477 Insb *Hanebeck*, Der Staat 2002, 439 ff; *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen 290 ff.

oder eines Gebotes der „Widerspruchsfreiheit“ würde aber die Handlungen des (späteren?)¹⁴⁷⁸ Rechtsetzers von den Handlungen eines jeweils anderen Rechtsetzers abhängig machen.

Bezogen auf die bundesstaatliche Komponente eines solchen Gebotes ist insb. darauf hinzuweisen, dass Art 31 GG eine Konfliktlösungsregel für Konfliktfälle zwischen Bundes- und Landesrecht bereithält, was nahelegt, dass Konflikte – also Widersprüche – in der deutschen Rechtsordnung nicht um jeden Preis vermieden werden sollen, sondern nach ihrem Entstehen aufgelöst werden können.¹⁴⁷⁹ Weiters müssen gerade auch die Wertungen,¹⁴⁸⁰ die Bundes- und Landesrechtsetzer vornehmen, nicht zwingend miteinander in Einklang stehen – andernfalls wäre ihre jeweilige demokratische Funktion wechselseitig drastisch beschränkt. Eine solche weitgehende Beschränkung der verschiedenen Rechtsetzer im deutschen Bundesstaat kann im Lichte dessen, dass diese gleichsam als Mindeststandard ohnehin an die – gemeinsamen – Grundrechte des Grundgesetzes gebunden sind, dem Grundgesetz nicht unterstellt werden.

Mangels eines entsprechenden Erfordernisses nach Einheitlichkeit, Widerspruchsfreiheit, Kohärenz oder Konsistenz in der deutschen Rechtsordnung kann es auch keine diesbezügliche Kooperationspflicht von Bund und Ländern bzw. der Länder untereinander geben.

1478 Mit dem Klammerausdruck soll angedeutet werden, dass hier nicht einmal klar wäre, welcher Rechtsetzer denn den Maßstab für Einheitlichkeit, Konsistenz oder Systembildung vorgeben soll. Dies könnte zB der „frühere“ Rechtsetzer und damit durchaus auch ein Landesrechtsetzer sein. Dann stellte sich aber im Anschluss die Frage, ob die „frühere“ Landesrechtsetzung nur den Bund bei der Regelung ähnlicher Gegenstände oder auch die anderen Länder bei der Regelung der gleichen Angelegenheit in ihrem Gebiet „binden“ soll. Statt des „früheren“ Rechtsetzers könnte man auch eine „Vorwirkung“ des Art 31 GG annehmen und den Bund als den den Ton angehenden Rechtsetzer qualifizieren. Einen anderen Ansatz verfolgt *Haack*, Regelungskonzeptionen 162 (zumindest betreffend die Auflösung von Verstößen gegen das „Rechtsklarheitsgebot“), der davon ausgeht, dass jene Norm weichen muss, an die höhere Anforderungen hinsichtlich der Rechtsklarheit zu stellen sind. Das soll insb. jene Norm sein, die „stärker“ in ein Grundrecht eingreift. Offensichtlich ist dieser Ansatz von dem Problem geprägt zu bestimmen, wie die Intensität von Grundrechtseingriffen miteinander verglichen werden soll (insb. wenn in unterschiedliche Grundrechte eingegriffen wird). Für widersprüchliche Regelungen, die gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes verstoßen, vertritt er hingegen nachvollziehbar, dass die später hinzutretende Norm weichen muss (*Haack*, Regelungskonzeptionen 186), begründet aber davor nicht, dass das Konzept des Vertrauensschutzes auch im Verhältnis von Bundesrecht und Landesrecht bzw. verschiedener Landesrechtsordnungen zueinander gelten soll. Bei Annahme einer Pflicht zur Widerspruchsfreiheit als Bestandteil der Bundestreue vertritt *Haack* im Ergebnis, dass die spätere Norm verfassungswidrig ist (*Haack*, Regelungskonzeptionen 213 ff.).

1479 Vgl. *Hanebeck*, Der Staat 2002, 443, der zwar Art 31 GG nicht nennt, dem zufolge aber Normenkonflikte mittels der „anerkannten Kollisionsregeln“ zu lösen sind.

1480 Zur Unterscheidung zwischen Normkollisionen und Wertungswidersprüchen und den jeweils unterschiedlichen Konsequenzen wiederum *Hanebeck*, Der Staat 2002, 444.

6.4.3.4 Ergebnis: Keine bundesstaatlichen Kooperationspflichten

Im Ergebnis eignen sich weder das Bundesstaatsprinzip noch ein Gebot der Widerspruchsfreiheit oder die Konsistenz der Rechtsordnung zur Ableitung von bundesstaatlichen Kooperationspflichten. Auch die Bundestreue bildet keine taugliche Grundlage für die Ableitung von Kooperationspflichten zwischen Bund und Ländern bzw der Länder untereinander. Die Grundrechte schließlich können zwar in manchen Konstellationen zur Folge haben, dass das Ergebnis mangelder Kooperation einen Eingriff unverhältnismäßig und damit grundrechtswidrig macht. Eine Pflicht zur kompetenzgrenzenüberschreitenden Kooperation lässt sich aber auch dadurch nicht begründen.¹⁴⁸¹ Im Ergebnis bestehen also – abseits etwaiger vereinzelt explizit angeordneter Kooperationspflichten – keine bundesstaatlichen Kooperationspflichten zwischen Bund und Ländern bzw zwischen den Ländern untereinander im deutschen Bundesstaat. Damit erübrigt sich auch die Frage, ob derartige Kooperationspflichten identitätsstiftend iSd Art 4 Abs 2 EUV sind.

6.4.4 Notwendigkeit der Ermöglichung von Vielfalt durch Differenzierung

6.4.4.1 Möglichkeit der Differenzierung als Wesensmerkmal des Bundesstaates

Die verschiedenen Ziele eines Bundesstaates sollen dadurch erreicht werden, dass die Kompetenzen zur Regelung bestimmter Bereiche zwischen Bund und Ländern verteilt werden.¹⁴⁸² Dabei werden – um den vom BVerfG anerkannten bundesstaatlichen Zweck der Ermöglichung von Vielfalt¹⁴⁸³ zu verwirklichen – dem Bund typischerweise jene Angelegenheiten zugeteilt, die bundesweit einheitlich wahrgenommen werden sollen. In jenen Bereichen, in denen die Länder zuständig sind, besteht im Gegensatz dazu das Potential zu differenzierter, also unterschiedlicher Kompetenzausübung.¹⁴⁸⁴ Genau dieses Potential der differenzierten

1481 Ebenso wenig gibt es im Übrigen eine Pflicht des verfassungsändernden Gesetzgebers, die Kompetenzverteilung in derartigen Fällen zu ändern.

1482 Vgl dazu Weber, DÖV 2016, 763 ff.

1483 Zum Beispiel BVerfGE 106, 62 (Altenpflege) 150 („Sinn der föderalen Verfassungssystematik ist es, den Ländern eigenständige Kompetenzräume für partikulardifferenzierte Regelungen zu eröffnen“); gleichlautend BVerfGE 125, 141 (Gewerbesteuer Mindestbesatz) Rz 53; BVerfGE 111, 226 (Juniorprofessur) 253 f („Unterschiedliche Rechtslagen für die Bürger sind notwendige Folge des bundesstaatlichen Aufbaus“); BVerfGE 134, 1 (Studiengebühren Bremen) 20 („Die Ermöglichung von Vielfalt ist ein wesentliches Element des Bundesstaatsprinzips“); BVerfGE 138, 261 (Thüringer Ladenöffnungsgesetz) Rz 61 („Vielmehr sind unterschiedliche Regelungen in verschiedenen Ländern verfassungsrechtlich nicht nur möglich, sondern sogar gewollt, denn die Ermöglichung von Vielfalt ist ein wesentliches Element des Bundesstaats“). Dazu zB Boysen, Gleichheit 102; Sachs in Sachs, Art 20 GG Rz 56; Kirchhof in HB StR § 181 722; Robbers in BK Art 20 GG Rz 1023, 1031.

1484 Vgl Kirchhof in HB StR § 181 728.

Kompetenzausübung in bestimmten Teilbereichen möchte sich der Bundesstaat regelmäßig zu Nutze machen.

Voraussetzung dafür, dass es zu differenzierter Kompetenzausübung durch die Länder kommen kann, ist nun aber neben der Einräumung von Kompetenzen an die Länder, dass eine solche differenzierte Kompetenzausübung verfassungsrechtlich zulässig ist. Verfassungsrechtliche Gleichheitsgarantien stehen daher potentiell in einem Spannungsverhältnis zur bundesstaatlichen Organisationsform.¹⁴⁸⁵ Im Folgenden wird analysiert, inwieweit die im Grundgesetz enthaltenen Gleichheitsgewährleistungen¹⁴⁸⁶ auf Grund der Bundesstaatlichkeit Deutschlands zu relativieren sind. Dabei ist vor allem der in Art 3 GG normierte Gleichheitssatz in den Blick zu nehmen, aber auch andere Grundrechte beinhalten gleichheitsrechtliche Garantien.¹⁴⁸⁷

6.4.4.2 Gleichheitssatz

Art 3 Abs 1 GG ordnet an, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. In Art 3 Abs 2 GG werden die Gleichberechtigung von Männern und Frauen und die Beseitigung von entsprechenden Ungleichbehandlungen durch Fördermaßnahmen zu Gunsten von Frauen festgelegt. Art 3 Abs 3 GG zählt schließlich verpönte Diskriminierungsmerkmale wie Geschlecht oder Religion auf. Relevant für die hier gestellte Frage ist *va* Art 3 Abs 1 GG.

Art 3 Abs 1 GG wird grundsätzlich so verstanden, dass sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen verfassungswidrig sind.¹⁴⁸⁸ Würde man es nun als sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung qualifizieren, wenn zwei Länder die gleiche Angelegenheit¹⁴⁸⁹ innerhalb ihres jeweiligen Wirkungsbereichs bei im Wesentlichen gleichen tatsächlichen Umständen unterschiedlich regeln, dann würde damit das Ziel der Bundesstaatlichkeit – nämlich die Ermöglichung von Regelungsvielfalt – vereitelt.¹⁴⁹⁰ Gleiches gilt im Fall, dass der Bund

1485 Vgl dazu auch *Achterberg*, Der Staat 1969, 173, der dies als „Antinomie zwischen Bundesstaat und Rechtsstaat“ bezeichnet.

1486 Eine Auseinandersetzung mit der EMRK kann unterbleiben, da diese in Deutschland nur einfachen Gesetzesrang hat; dazu *Nußberger* in HB StR § 209 139 ff.

1487 Zu unterscheiden ist dieser Themenkomplex von der Frage der „föderativen Gleichheit“, also der Gleichbehandlung der Länder (insb durch den Bund). Auch dabei handelt es sich um eine spezifisch bundesstaatliche Ausprägung des Gleichheitssatzes.

1488 Vgl dazu zB *Kingreen* in BK Art 3 GG Rz 244 ff; *Heun* in Dreier, Art 3 GG Rz 19 ff; *Wollenschläger* in von Mangoldt, Art 3 GG 40 ff; *Krieger* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 3 GG Rz 21 ff; *Kirchhof* in HB StR § 181 715 ff; *Kirchhof* in Maunz/Dürig, Art 3 Abs 1 GG Rz 72 ff; *Kischel* in Epping/Hillgruber, Art 3 GG Rz 14 ff.

1489 „Dieselbe“ Angelegenheit können zwei verschiedenen Länder nicht regeln, da beide ihren Regelungen jeweils unterschiedliche territoriale Anknüpfungspunkte zu Grunde legen werden (müssen). Wenn im Folgenden von „gleichen“ Angelegenheiten die Rede ist, dann ist damit zB die Ausübung der gleichen Tätigkeit gemeint, die jeweils in verschiedenen Bundesländern stattfinden kann.

1490 Dazu zB *Boysen*, Gleichheit 102; *Boysen* in von Münch/Kunig, Art 3 GG Rz 71; *Krieger* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 3 GG Rz 27.

und die Länder auf Grund der Kompetenzverteilung zur Regelung ähnlicher Sachbereiche zuständig sind, diese aber jeweils unterschiedlich ausgestalten. Im Folgenden wird wieder der Fall divergierender Landesregelungen als gedanklicher Ausgangspunkt herangezogen, die Ergebnisse lassen sich aber auch auf das Bund-Länder-Verhältnis übertragen.

Die überwiegende Ansicht in der Lehre¹⁴⁹¹ sowie das BVerfG¹⁴⁹² gehen davon aus, dass der Gleichheitssatz einen föderalen Hoheitsträger nur im Rahmen des ihm zustehenden Kompetenzbereichs binden kann. Das aus dieser Annahme folgende Ergebnis ist, dass aus unterschiedlichen Landesregelungen resultierende „Ungleichbehandlungen“ keine rechtlich relevanten Ungleichbehandlungen iSd Art 3 Abs 1 GG darstellen und daher auch nicht verfassungswidrig sind.

Die Begründung dafür überzeugt aber nicht: Denn sämtliche Grundrechte binden die föderalen Hoheitsträger nur innerhalb der den Hoheitsträgern jeweils zustehenden Kompetenzen. Eine Bindung außerhalb des dem Kompetenzträger zustehenden Kompetenzbereichs macht auch wenig Sinn, denn insoweit einem Hoheitsträger keine Kompetenz zukommt, darf dieser schon mangels entsprechender Kompetenz keine Regelung erlassen bzw keinen Rechtsakt setzen. Mit der Beschränkung der Bindung an den Gleichheitssatz auf den jeweiligen Hoheitsbereich eines Hoheitsträgers lässt sich daher eine Relativierung des Gleichheitssatzes im föderalen Gefüge nicht begründen. Denn die Frage, ob ungleiche Regelungen in den Ländern dem Gleichheitssatz entsprechen, also verfassungsrechtlich zulässig sein sollen, ist keine Frage des Anwendungsbereichs des Gleichheitssatzes. Vielmehr geht es dabei darum, welche Regelungen bei der Prüfung einer Regelung als Vergleichsmaßstab herangezogen werden dürfen. Die personenbezogene Ausgestaltung des Gleichheitssatzes in Art 3 GG spricht dafür, bei der Suche nach potentiellen Vergleichsmaßstäben – und damit auch potentiellen

1491 *Kingreen* in BK Art 3 GG Rz 291, 710; *Fastenrath*, JZ 1987, 173; *Boysen*, Gleichheit 102; *Boysen* in von Münch/Kunig, Art 3 GG Rz 67, 70 ff; *Kirchhof* in HB StR § 181 722; *Kirchhof* in Maunz/Dürig, Art 3 Abs 1 GG Rz 158 f; *Isensee* in HB StR § 126 Rz 267; *Pietzcker* in Merten/Papier Handbuch V Rz 93; weiters auch *Wollenschläger* in von Mangoldt, Art 3 GG Rz 68; *Heun* in Dreier, Art 3 GG Rz 49; *Wollenschläger* in von Mangoldt, Art 3 GG Rz 68; *Sachs* in Sachs, Art 20 GG Rz 60; *Krieger* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art 3 GG Rz 27; im Ergebnis auch *Achterberg*, Der Staat 1969, 178 f. Eine Mindermeinung entwickelt *Lücke*, Der Staat 1978, 356 ff: Er geht davon aus, dass bundesstaatlich bedingte unterschiedliche Regelungen nur soweit gehen dürfen, wie es dem Einzelnen zumutbar ist, wobei er die „Zumutbarkeit“ als Grenze aus „den Grundrechten, dem sozialen Rechtsstaat und dem Gerechtigkeitsgedanken“ (358) ableitet. Im Rahmen einer Interessensabwägung seien das Interesse eines Landes an der eigenständigen Regelung und die Belastung des Individuums gegeneinander abzuwägen (357) um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer länderweise unterschiedlichen Regelung zu beurteilen. Fraglich bleibt – neben der positivrechtlichen Verankerung der von ihm als maßgeblich erachteten Gerechtigkeitsidee – va, wie das Interesse eines Landes an der Vornahme einer eigenständigen Regelung bewertet werden soll; in seinen Beispielen behauptet er lediglich, dass die Interessen der Länder nicht wesentlich seien, ohne das weiter zu begründen (insb 359 zur einheitlichen Ausbildungsordnung für Juristinnen und Juristen).

1492 Zum Beispiel BVerfGE 32, 346 (Strafbestimmungen in Gemeindefestsetzungen) 360; BVerfGE 42, 20 (Öffentliches Wegeigentum) 27; BVerfGE 76, 1 (Familiennachzug) 73.

Ungleichheiten – nicht an den Landesgrenzen Halt zu machen.¹⁴⁹³ Auch die Einheit der Rechtsordnung gebietet, die Augen nicht vor in anderen Ländern bestehenden Regelungen zu verschließen, wenn eine Landesregelung am Maßstab des – einheitlichen – Gleichheitssatzes des Grundgesetzes geprüft wird.

Auch dies führt aber nicht dazu, dass eine Landesregelung allein deswegen, weil es in einem anderen Land zB eine günstigere Regelung gibt, als gleichheitswidrig zu qualifizieren ist – schließlich würde dadurch ein ganz wesentlicher Aspekt der Bundesstaatlichkeit ausgehebelt. Charakteristikum einer bundesstaatlichen Ordnung ist es ja gerade auch, dass im Rahmen der Länderkompetenzen nicht nur bei unterschiedlichen tatsächlichen Gegebenheiten länderspezifisch unterschiedliche Regelungen erlassen werden können; so hielt etwa das BVerfG fest, dass es „Sinn der föderalen Verfassungssystematik ist [...], den Ländern eigenständige Kompetenzräume für partikulardifferenzierte Regelungen zu eröffnen“¹⁴⁹⁴ und dass unterschiedliche Landesregelungen im Bundesstaat nicht nur möglich, „sondern sogar gewollt [sind], denn die Ermöglichung von Vielfalt ist ein wesentliches Element des Bundesstaats“.¹⁴⁹⁵

Dies kann aber nun auch ohne die Behauptung einer Beschränkung der Bindungswirkung bzw des Anwendungsbereichs des Gleichheitssatzes erreicht werden. Genauso wie etwa Art 3 Abs 2 GG eine sachliche Rechtfertigung für bestimmte Ungleichbehandlungen auf verfassungsrechtlicher Ebene festlegt, stellt auch die Bundesstaatlichkeit Deutschlands eine verfassungsrechtlich vorgesehene, sachliche Rechtfertigung für unterschiedliche Länderregelungen dar.¹⁴⁹⁶ Unterschiedliche Länderregelungen über ähnliche Sachverhalte sind daher miteinander vergleichbar und können eine „Ungleichheit“ bewirken. Diese Ungleichheit ist aber durch den bundesstaatlichen Aufbau Deutschlands gerechtfertigt. Gleiches gilt auch für den unterschiedlichen Vollzug von Bundesrecht durch Landesbehörden, soweit die Landesbehörden eigenverantwortlich vollziehen und das

1493 Auch *Bleckmann*, NJW 1985, 2857 f diskutiert und bejaht im Ergebnis eine länderübergreifende Anwendung des Gleichheitssatzes, allerdings begründet er dies (mE unzutreffend, weil nicht im positiven Recht verankert) unter Rückgriff auf die in der Bevölkerung vorherrschenden (und sich ändernden) Gerechtigkeitsvorstellungen.

1494 BVerfGE 106, 62 (Altenpflege) 150; gleichlautend BVerfGE 125, 141 (Gewerbesteuer Mindesthebesatz) Rz 53.

1495 BVerfGE 138, 261 (Thüringer Ladenöffnungsgesetz) Rz 61; weiters zB BVerfGE 134, 1 (Studienggebühren Bremen) 20 („Die Ermöglichung von Vielfalt ist ein wesentliches Element des Bundesstaatsprinzips“). Dazu zB *Boysen*, Gleichheit 102; *Sachs* in Sachs, Art 20 GG Rz 56; *Kirchhof* in HB StR § 181 722; *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 1023, 1031.

1496 Wie hier auch *Kischel* in Epping/Hillgruber, Art 3 GG Rz 103. Dem kann auch nicht erfolgreich entgegengehalten werden, dass sich aus der Systematik des Art 3 GG ergäbe, dass nur explizit genannte Rechtfertigungsgründe – wie eben die in Art 3 Abs 2 GG verankerte Beseitigung bestehender Nachteile eines Geschlechts – Ungleichbehandlungen rechtfertigen könnten; denn schließlich ist auch die Sachlichkeitsprüfung in Art 3 GG nicht explizit verankert. Dass die Bundesstaatlichkeit im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz in irgendeiner Form berücksichtigt werden muss, folgt aber ausreichend deutlich aus dem Grundgesetz, da eben andernfalls viele bundesstaatsrelevante Bestimmungen ihrer Bedeutung beraubt würden; vgl in diese Richtung auch *Bethge*, AöR 1985, 199 f.

Bundesrecht Spielräume lässt.¹⁴⁹⁷ Die hier vertretene Qualifikation der Bundesstaatlichkeit als verfassungsrechtlich vorgesehene Rechtfertigung für Ungleichbehandlungen entspricht eher dem auf den Rechtsunterworfenen und nicht auf unterschiedliche Teilrechtsordnungen zentrierten Art 3 Abs 1 GG.

6.4.4.3 *Exkurs: Landeskinderklauseln und Freizügigkeit im deutschen Bundesstaat*

Mit der voranstehend diskutierten Frage nach der Zulässigkeit landesweise unterschiedlicher Regelungen für vergleichbare Sachverhalte dürfen nicht die Fragen der Zulässigkeit von Landeskinderklauseln und der Ermöglichung von Freizügigkeit verwechselt oder vermengt werden.

Bei der Frage nach der Zulässigkeit von Landeskinderklauseln geht es im Wesentlichen darum, ob es einem Land möglich sein soll, eigene Landesangehörige bzw Personen mit einem starken Bezug zum eigenen Land¹⁴⁹⁸ im Vergleich zu anderen deutschen Staatsangehörigen anders – idR besser – zu behandeln.¹⁴⁹⁹ Bei dieser Thematik geht es allerdings, anders als oben, nicht darum, bundesstaatliche Vielfalt und Gleichheit in Einklang zu bringen; auch ein Vergleich zwischen verschiedenen Landesrechtsordnungen ist nicht notwendig. Vielmehr ist in einem ersten Schritt lediglich zu fragen, ob die deutsche Rechtsordnung derartige Differenzierungen zulässt, in einem zweiten Schritt dann eine „Binnen“-Gleichheitsprüfung¹⁵⁰⁰ des fraglichen Landesrechts vorzunehmen. Die Unzulässigkeit von Landeskinderklauseln wird allgemein idR mit Art 33 Abs 1 GG¹⁵⁰¹ und anderen einschlägigen Grundrechten¹⁵⁰² begründet und ergibt sich für den Zugang zu öffentlichen Ämtern aus Art 33 Abs 2 GG.

Neben den Landeskinderklauseln werden auch bestimmte freizügigkeitsbeschränkende Regelungen aus der Perspektive bestimmter Grundrechte kritisch beurteilt, aber teilweise als dem bundesstaatlichen Aufbau Deutschlands geschuldet (und dadurch „gerechtfertigt“) qualifiziert.¹⁵⁰³ Beispielhaft dafür seien nur Regelungen der Länder im Bereich des Schulrechts genannt; durch unterschiedliche Ausgestaltung der Schulformen könnte etwa der Wechsel von einem Land in ein anderes unattraktiver gemacht und so die Ausübung der im Grundgesetz garantierten Freizügigkeitsrechte¹⁵⁰⁴ zumindest erschwert werden. Bei derartigen

1497 Vgl *Bethge*, AöR 1985, 208.

1498 Zum Beispiel Personen, die ihre ganze bisherige Bildungslaufbahn im fraglichen Land absolviert haben.

1499 Dazu eingehend *Engels*, Chancengleichheit 164 ff.

1500 Also eine Gleichheitsprüfung ohne Vergleich mit einer anderen Landesrechtsordnung.

1501 Zum Beispiel *Bethge*, AöR 1985, 211; *Engels*, Chancengleichheit 174 mwN.

1502 Zum Beispiel Art 3 (Abs 3) GG (vgl zB *Bethge*, AöR 1985, 208 f), Art 11 und 12 GG (*Lücke*, Der Staat 1978, 348 f).

1503 Ausführlich und mit zahlreichen Nachweisen dazu *Boysen*, Gleichheit 178 ff.

1504 Insb Art 11 und 12 GG.

Konstellationen geht es nach der hier vertretenen Ansicht aber nicht darum, dass eine Regelung eines Landes auf Grund des Vergleiches mit einer anderen Landesrechtsordnung potentiell gleichheitswidrig wäre. Vielmehr verlangt das in Art 11 GG verankerte Freizügigkeitsrecht danach, dass jedes Land seine Rechtsordnung – zB im Bereich des Schulrechts – so ausgestaltet, dass der Wechsel von einem anderen Land ohne unverhältnismäßig hohe Hürden möglich ist.¹⁵⁰⁵ Die Frage, ob eine Bestimmung des Landesrechts diese Anforderung erfüllt, kann aber wiederum beantwortet werden, ohne die fragliche Bestimmung mit der entsprechenden Bestimmung einer anderen Landesrechtsordnung zu vergleichen. Es handelt sich damit auch hier um eine „Landes-Binnen“-Problematik.¹⁵⁰⁶

6.4.4.4 Identitätsstiftender Charakter?

Bejaht man wie hier, dass die Bundesstaatlichkeit Deutschlands eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für Ungleichbehandlungen durch verschiedene Landesrechtsordnungen bildet, dann stellt sich im Anschluss daran die Frage, ob diese Art der Rechtfertigung auch einen Teil der grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen und damit der deutschen nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV darstellt. Dies könnte man bejahen, wenn man davon ausgeht, dass die Ermöglichung unterschiedlicher Regelungen notwendige Voraussetzung für das Bestehen von Ländern mit einem bestimmten Mindestmaß an eigenständigen Kompetenzen darstellt. Unter dieser Annahme könnte man die Zulässigkeit der genannten Ungleichbehandlungen nämlich auf Grund von Art 79 Abs 3 1. Var GG als Teil der Ewigkeitsklausel qualifizieren, die jedenfalls zu den grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen zählt, die identitätsstiftend iSd Art 4 Abs 2 EUV sind.

Man könnte eine Erfassung der bundesstaatlichen Relativierung des Gleichheitssatzes von Art 79 Abs 3 1. Var GG mit der folgenden Argumentation aber auch verneinen: Die ersten beiden Varianten des Art 79 Abs 3 GG schützen bundesstaatliche Aspekte; die letzte Variante im Gegensatz dazu insb die grundrechtlichen Garantien des Grundgesetzes. Nun handelt es sich beim Gleichheitssatz ja nicht um eine verfassungsrechtliche Schranke, die spezifisch darauf ausgerichtet ist, die Kompetenzen der Länder im Verhältnis zu jenen des Bundes zu beschränken. Der Gleichheitssatz stellt vielmehr eine Vorgabe dar, die von Bund und Ländern gleichermaßen einzuhalten ist. Da es sich also nicht um eine bundesstaatliche Regelung handelt, wird sie auch nicht von Art 79 Abs 3 1. Var

¹⁵⁰⁵ Vgl Engels, Chancengleichheit 86.

¹⁵⁰⁶ Freilich besteht hier insofern ein Bezug zu einer anderen Landesrechtsordnung, als die dortigen Schulformen untersucht werden müssen, um zB festzustellen, in welche Schulstufe ein die Schule wechselndes Kind eingestuft werden kann. Dabei handelt es sich aber nicht um einen Vergleich mit einer anderen Rechtsordnung wie bei der oben besprochenen Gleichheitssatzproblematik.

GG geschützt. Dem kann freilich entgegengehalten werden, dass die hier diskutierte Relativierung des Gleichheitssatzes gerade schon spezifisch bundesstaatlich ist. Diese Relativierung dient zwar nicht der Sicherstellung des Gleichgewichts zwischen Bund und Ländern, wohl aber der Unabhängigkeit der Länder¹⁵⁰⁷ voneinander: Wäre der aus dem Vergleich zwischen verschiedenen Landesrechtsordnungen gezogene Schluss auf die Gleichheitswidrigkeit einer landesrechtlichen Regelung zulässig und hätte er potentiell die Gleichheitswidrigkeit einer Regelung zur Folge, dann wären die verschiedenen Landesrechtsetzer nämlich durch die Handlungen der jeweils anderen Landesrechtsetzer in ihrer Eigenständigkeit beschränkt. Die Verhinderung solcher Konstellationen ist aber ebenfalls eine bundesstaatliche Thematik.

Zu bedenken ist allerdings, dass Art 79 Abs 3 1. Var GG nur nach einem Mindestmaß an eigenständigen Länderkompetenzen verlangt. Auch der durch Art 79 Abs 3. 1. Var GG bewirkte Schutz der Relativierung des Gleichheitssatzes zum Zweck der Gewährleistung eigenständiger Länderkompetenzen besteht daher nur in diesem engen Bereich des Mindestmaßes an Kompetenzen. Anders formuliert: Die Ewigkeitsklausel verlangt nur danach, dass in einem exakt schwer zu bestimmenden Mindestbereich an Kompetenzen eine unterschiedliche Kompetenzausübung durch die Länder ermöglicht wird. Aus Perspektive der Ewigkeitsklausel wäre es aber unproblematisch, die Länder durch verfassungsrechtliche Anordnung in weiten Teilen ihrer Kompetenzen zur Erreichung einheitlicher Standards zu verpflichten und somit eine Ungleichbehandlung in den verschiedenen Landesrechtsordnungen auszuschließen.

Würde man die bundesstaatliche Relativierung des Gleichheitssatzes also ausschließlich als Ausfluss der Notwendigkeit des Bestehens autonomer Länderkompetenzen iSd Art 79 Abs 3 1. Var GG deuten, dann hätte dies folgende Konsequenz: Immer dann, wenn sich unterschiedliche Landesregelungen über ähnliche Gegenstände finden, wäre Art 3 Abs 1 GG grundsätzlich einschlägig. Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die bestehende Ungleichbehandlung würde aber nur dann bestehen, wenn die Ungleichbehandlung in einem Bereich erfolgt, der nach Art 79 Abs 3 1. Var GG als Mindestkompetenzbestand geschützt ist. Ist dies nicht der Fall, so wäre die Ungleichbehandlung nicht durch Art 79 Abs 3 1. Var GG rechtfertigbar.

Für den deutschen Bundesstaat ist es nun aber – wie auch die ständige Rsp des BVerfG¹⁵⁰⁸ zeigt – charakteristisch, dass es Regelungsvielfalt nicht nur im von

1507 Sowie des Bundes im Verhältnis zu den Ländern und umgekehrt.

1508 Zum Beispiel BVerfGE 134, 1 (Studiengebühren Bremen) 20 („Die Ermöglichung von Vielfalt ist ein wesentliches Element des Bundesstaatsprinzips“); BVerfGE 138, 261 (Thüringer Ladenöffnungsgesetz) Rz 61 („Vielmehr sind unterschiedliche Regelungen in verschiedenen Ländern verfassungsrechtlich nicht nur möglich, sondern sogar gewollt, denn die Ermöglichung von Vielfalt ist ein wesentliches Element des Bundesstaats“).

Art 79 Abs 3 1. Var GG geschützten Mindestausmaß geben soll, sondern dass „Ungleichheiten“ immer dann in Kauf genommen werden, wenn den Ländern eine Kompetenz zukommt. Die angenommene Relativierung des Gleichheitssatzes – die hier mit einer verfassungsrechtlich vorgesehenen Rechtfertigung begründet wird – geht also weiter als der Schutzbereich des Art 79 Abs 3 1. Var GG. Gleichwohl kann die Relativierung des Gleichheitssatzes auch in den nicht von Art 79 Abs 3 1. Var GG erfassten Fällen nach der hier vertretenen Ansicht als Teil der nationalen Identität Deutschlands iSd Art 4 Abs 2 EUV qualifiziert werden: Dass die Einräumung einer Kompetenz an die Länder diese zur eigenverantwortlichen Erlassung auch jeweils unterschiedlicher Regelungen ermächtigen soll, wird in der Literatur und *va* der Rsp des BVerfG als Wesensmerkmal des deutschen Bundesstaates bezeichnet.¹⁵⁰⁹ Es ist einleuchtend, dass der deutsche Bundesstaat grundlegend anders wäre, wenn die Vielfalt der Landesregelungen durch den Gleichheitssatz eingeschränkt würde. Es kann damit festgehalten werden, dass es als Teil der bundesstaatlichen Identität Deutschlands zu qualifizieren ist, dass die Länder im Bereich ihrer Kompetenzen zur Erlassung sich voneinander unterscheidender Regelungen befugt sind. Regelungsvielfalt in den Ländern darf nicht verpönt sein. Allein die Tatsache, dass es in einem anderen Land eine andere Regelung desselben Gegenstands gibt, führt daher nicht zur Gleichheitswidrigkeit einer der beiden Regelungen, da die bewirkte Ungleichbehandlung durch die Bundesstaatlichkeit Deutschlands verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Dasselbe gilt für Unterschiede, die sich aus der Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Ländern ergeben.

6.5 Zusammenfassung: Die bundesstaatliche Identität Deutschlands

Im vorangehenden Kapitel wurden Aspekte der bundesstaatlichen Identität Deutschlands iSd Art 4 Abs 2 EUV identifiziert. Um die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen mit Bundesstaatsrelevanz zu ermitteln, wurde dazu vor allem auf die durch die Ewigkeitsklausel des Art 79 Abs 3 GG geschützten, bundesstaatsrelevanten Inhalte eingegangen, aber auch die grundlegende Bestimmung des Art 20 GG sowie die Rsp des BVerfG und Charakterisierungen des deutschen Bundesstaates in der vergleichenden Föderalismusforschung berücksichtigt. Auf diese Art wurden folgende Aspekte der bundesstaatlichen Identität identifiziert:

Die derzeitige Struktur des deutschen Bundesstaates mit sechzehn Ländern und deren gebietsmäßige Zusammensetzung stellt – auch wenn sie nicht durch

1509 Vgl *Bethge*, AöR 1985, 199 f; weiters auch das BVerfG in den oben gerade genannten Entscheidungen.

Art 79 Abs 3 1. Var GG geschützt wird – eine grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur Deutschlands iSd Art 4 Abs 2 EUV dar.

Zu Art 79 Abs 3 1. Var GG wurde festgestellt, dass diese Bestimmung danach verlangt, dass die Länder materiell eigenständig tätig werden können. Erforderlich sind dabei insb eigenständige Landesgesetzgebungsbefugnisse sowie entsprechende Befugnisse betreffend die eigene Landesorganisation und Landesverfassung. Im System des deutschen Grundgesetzes wird die Eigenständigkeit der Länder weder durch Handeln des Bundes auf völkerrechtlicher Ebene noch durch die Eingliederung in die Europäische Union relativiert; der durch Art 79 Abs 3 1. Var GG vermittelte Schutz der Eigenständigkeit der Länder wirkt auch in diesen Bereichen. Mit Blick auf Art 4 Abs 2 EUV spricht der durch Art 79 Abs 3 GG gewährte Schutz sowie die Rsp des BVerfG dafür, dass die so ausgestaltete Eigenständigkeit der Länder zu den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen Deutschlands und damit zu dessen nationaler Identität zu zählen ist.

Art 79 Abs 3 2. Var GG legt darüber hinaus nahe, dass die Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung – die derzeit durch den Bundesrat erfolgt – eine grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur Deutschlands darstellt und damit auch einen Teil der deutschen nationalen Identität ausmacht. Im Übrigen wird das Bundesratsmodell auch in der politikwissenschaftlichen Literatur als kennzeichnend für den deutschen Bundesstaat hervorgehoben. Auch dies spricht dafür, die Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung – derzeit eben in der Form des Bundesrates – als Bestandteil der deutschen nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV zu qualifizieren.

Die bundesstaatliche Identität Deutschlands wurde aber auch über Art 79 Abs 3 GG hinaus analysiert, insb was die strukturellen Konsequenzen der Existenz einer Kompetenzverteilung betrifft. Dabei wurde die Identitätsrelevanz von bundesstaatlichen Kooperationspflichten verneint. Dass das BVerfG zukünftig die Bundestreue bzw einzelne Aspekte der Bundestreue mit der durch Art 79 Abs 3 GG geschützten Verfassungsidentität und/oder der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV in Beziehung setzt, liegt durch die Bedeutung nahe, die der Bundestreue für das Funktionieren des Bundesstaats beigemessen wird¹⁵¹⁰. Eine entsprechende Praxis des BVerfG böte dem EuGH einen Anhaltspunkt dafür, die Bundestreue als grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur iSd Art 4 Abs 2 EUV zu qualifizieren. Es ist auf Grund der Funktion des Art 4 Abs 2 EUV, der nationalen Wertungen Geltung auf unionaler Ebene verschaffen will, zwar nicht ausgeschlossen, aber jedenfalls unwahrscheinlich, dass der EuGH eine entsprechende Einordnung durch das BVerfG unter Hinweis auf das Fehlen einer eindeutigen Rechtsgrundlage im Grundgesetz ablehnt.

1510 Zum Beispiel BVerfGE 1, 299 (Wohnungsbauförderung) 315.

Als grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur Deutschlands iSd Art 4 Abs 2 EUV wurde hingegen die erörterte bundesstaatliche Relativierung des Gleichheitssatzes qualifiziert: Im deutschen Bundesstaat sind die Länder und der Bund befugt, im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen unterschiedlich ausgestaltete Rechtsakte zu erlassen, ohne dass dies verfassungswidrig wäre. Diese Relativierung des Gleichheitssatzes wird zwar nicht durch Art 79 Abs 3 GG geschützt, ihre Bedeutung für die Verwirklichung der Bundesstaatlichkeit wird aber in der oben angeführten Literatur und *va* auch in der Rsp des BVerfG betont.