## Erster Beratungsgegenstand:

# Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen\*

1. Bericht von Professor Dr. Stefan Kadelbach, Frankfurt a. M.

## Inhalt

I.	Finlaitumer De die erweren für deustiven De abtesterne	Seite
	Einleitung: Bedingungen föderativer Rechtsetzung	9
	Bundesstaates	9
	2. Die Europäische Union als föderales System	10
	3. Fragestellungen	13
		13
II.	Bundesstaat	
	1. Autonomie im Bundesstaat	13
	2. Gesetzgebung im Verhältnis zwischen Bund und	
	Ländern	14
	a) Übergewicht des Bundes	14
	b) Beteiligung der Länder	15
	3. Grundrechte	18
	4. Reform	19
	a) Ausgangspunkt	19
	b) Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen	20
	c) Länderbeteiligung	22
		23
	5. Zwischenfazit	
III.		25
	1. Selbstbestimmung als Legitimationsvoraussetzung	25
	2. Rechtsetzung	26
	a) Kompetenzverteilung	26
	b) Verfahren der Sekundärrechtsetzung	27
	aa) Europäische Ebene	27
	bb) Umsetzung	30
	c) Kooperative Verflechtungen und Koordination	31

<sup>\*</sup> Für Mithilfe und vielfältige Anregungen danke ich David Barthel, Cornelia Janik, Elminaz Khatami, Thomas Kleinlein, Sabine Lehnert, Anna von Oettingen, Niels Petersen und David Rabenschlag.

	3. Rechtsprechung und individuelle Rechte	33
	a) Grundfreiheiten und Anerkennungsprinzip	33
	b) Erstarkung der Grundfreiheiten zu Grundrechten	35
	4. Europäische Verfassung	37
IV.	Resümee	38

#### I. Einleitung: Bedingungen föderativer Rechtsetzung

#### 1. Selbstbestimmungsprinzip und Theorie des Bundesstaates

Autonomie, verstanden als individuelle und demokratische Selbstbestimmung, steht, wie in jedem Verfassungsstaat, im Zentrum des Grundgesetzes (Art. 1 Abs. 1, 20, 79 Abs. 3 GG). Das eine folgt aus dem anderen, 1 doch stehen beide auch in einem Spannungsverhältnis zueinander und bedürfen organisatorischer Verfasstheit, damit sie sich in einer legitimen Ordnung entfalten können.<sup>2</sup>

Eine Staatsorganisation, deren Aufgabe es allein wäre, diesen Ausgleich herzustellen, käme ohne föderale Strukturen aus. Die Entscheidung für den Bundesstaat bedarf daher guter Gründe, die den Grundsätzen der individuellen und demokratischen Selbstbestimmung Rechnung tragen.<sup>3</sup>

Eine von Bundesstaatstheorien gegebene Begründung bezieht Autonomie auf die verbundenen staatlichen Einheiten<sup>4</sup> und sieht in der Bewahrung der Selbstbestimmung der konstituierenden Teile und der mit ihr einhergehenden Vermehrung der Entscheidungszentren den Grund für die föderale Organisation.<sup>5</sup> Zum anderen kann der Akzent auch auf die demokratische und individuelle Selbstbestimmtheit der Bürger gelegt werden. Dann käme es weniger auf die Identität von Teilstaatsvölkern, Territorien oder Regierungen als auf Selbstgesetzgebung und Partizipation an der Ausübung von Hoheitsgewalt einerseits, rechtsstaatliche Vorkehrungen zum Schutz der Minderheit andererseits an.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> S. BVerfGE 44, 125 (142), Demokratie als Ausdruck der "freien Selbstbestimmung aller".

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> K. Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl. 1993, Rn. 482; K. Stern Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, 527 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Übersicht zu verschiedenen Rechtfertigungen bei *O. Kimminich* Der Bundesstaat, HStR I, 1987, § 26 Rn. 22 ff., 43 ff.; *B. Grzeszick* in: Maunz/Dürig (Hrsg.) Grundgesetz, Art. 20 Abschn. IV (2006), Rn. 17 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Der Unterschied zur Autonomie von Regionen besteht darin, dass diese vom Einheitsstaat zugestanden wird und den einzelnen Einheiten keine Staatsqualität zukommt, s. *G. de Vergottini* Lo Stato federale: precedenti, sviluppi e tendenze, in: Barbera/Califano (Hrsg.) Saggi e materiali di diritto regionale, 1997, 341 (375); zahlreiche Bsp. bei *J. Miranda* Teoria do Estado e da Constitução, 2002, 440 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> T. Fleiner/A. Misic Föderalismus als Ordnungsprinzip der Verfassung, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.) Verfassung der Schweiz, 2001, § 27 Rn. 4ff.; s. auch U. Scheuner Struktur und Aufgabe des Bundesstaates in der Gegenwart, DÖV 1962, 641 (648); J. Isensee Der Föderalismus und der Verfassungsstaat der Gegenwart, AöR 115 (1990), 248 (262 ff., 270 f.); P. Häberle Kulturhoheit im Bundesstaat – Entwicklungen und Perspektiven, AöR 124 (1999), 549 (556 f.).

Der Bundesstaat bezieht dann seine Existenzberechtigung aus der Doppelung demokratischer Strukturen, der Idee vertikaler Gewaltenteilung<sup>6</sup> und der Ermöglichung von Freiheit.<sup>7</sup>

Die Integrationslehre schließlich setzt am politischen Prozess an. Für sie bietet der Bundesstaat eine Organisationsform, in der die politische Integration des Bundes gefunden, aber auch die Antagonismen zwischen Integration und Selbstbestimmung seiner Komponenten in der politischen Praxis ausgetragen werden können.<sup>8</sup> Sie hat den Gesamtstaat im Blick.

Betrachtet man vor dem Hintergrund derartiger Begründungen den deutschen Verbundföderalismus, so ist eine Rechtfertigung nur möglich, wenn man in Rechnung stellt, was durch die Gesetzmäßigkeiten einer parlamentarischen Mehrheitsdemokratie ohnehin nahegelegt wird: Autonomie, die dem Erfordernis demokratischer Selbstbestimmung entspricht, muss nicht bedeuten, dass für die Gesetzgebung allein die Parlamente zuständig wären. Vielmehr genügt es, wenn die maßgeblich beteiligte Exekutive für diese Aufgabe legitimiert ist und ihre Befugnisse unter effektiver demokratischer Kontrolle ausübt.

## 2. Die Europäische Union als föderales System

Wie weit föderalistische Kategorien zur Kennzeichnung der Europäischen Union tauglich sind, ist seit jeher umstritten. Nach den Anfängen, als man noch die Finalität der Gemeinschaft in einem europäischen Bundesstaat sah,<sup>9</sup> und nach einer Phase der funktionalen Umorientie-

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> H. Peters Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, 1954, 24f.; K. Loewenstein Verfassungslehre, 1958, 296 ff.; K. Hesse Der unitarische Bundesstaat, 1962, 26 ff.; E.-W. Böckenförde Sozialer Bundesstaat und parlamentarische Demokratie, FS Schäfer, 1980, 182 (187); BVerfGE 12, 205 (229); 108, 169 (181); einschränkend T. Schodder Föderative Gewaltenteilung in der Bundesrepublik Deutschland, 1988; W.-R. Schenke Föderalismus als Form der Gewaltenteilung, JuS 1989, 698 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Isensee (Fn. 5), 270; s. aus der amerikanischen Lit. D.J. Elazar Exploring Federalism, 1987, 91.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> R. Smend Verfassung und Verfassungsrecht (1928), hier nach: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, 119 (223 ff.); dazu S. Korioth Integration und Bundesstaat, 1990, 92 ff.; s. auch P. Lerche Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip, VVDStRL 21 (1964), 66 (81 ff.); P. Badura Die "Kunst der föderalen Form" – Der Bundesstaat in Europa und die europäische Föderation, FS Lerche, 1993, 369 (371 f., 375).

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Vgl. H. Mosler Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, ZaöRV 14 (1951/52), 1 (44f.); G. Jaenicke Bundesstaat oder Staatenbund, FS Bilfinger, 1954, 71 (107 f.); C.F. Ophüls Zur ideengeschichtlichen Herkunft der Gemeinschaftsverfassung, FS Hallstein, 1966, 387 (394 f.); W. Hallstein Der unvollendete Bundesstaat, 1969, 40 f.

rung der Europaidee werden heute auch in der nicht auf einen europäischen Bundesstaat angelegten Europäischen Union föderale Strukturen erkannt. Dass damit nicht nur ein deskriptiver Bezugsrahmen abgesteckt sein muss, zeigt Art. 23 Abs. 1 GG, der von "föderativen Grundsätzen" spricht und in Verbindung mit der Identitätsgarantie des Art. 6 Abs. 3 EUV die Union gleich in doppelter Hinsicht als föderales Gebilde kenntlich macht. Gleiches gilt für den Entwurf einer Verfassung für Europa, dem der Konvent mit dem Wahlspruch der Union "In Vielfalt geeint" ein klassisches föderales Motto voranstellt.

Die Europäische Union als föderales System zu beschreiben ist dem Einwand ausgesetzt, unitarisierende Tendenzen zu implizieren, also eine starke Zentralgewalt und eine ihr untergeordnete Selbstbestimmung der Mitgliedstaaten. Um ihm zu entgehen, sich zugleich aber die analytischen Kategorien zu erhalten, die föderale Leitbilder eröffnen, wird der ursprünglich politikwissenschaftliche Begriff des Mehrebenensystems verwendet, der den Bundesstaat und die Europäische Union gleichermaßen umfassen soll.¹2 Von einem solchen System soll die Rede sein, wenn die jeweiligen Ebenen durch eigenständige Legitimationsverfahren erzeugtes Recht setzen und innerhalb eines gemeinsamen organisatorischen Rahmens Hoheitsgewalt arbeitsteilig ausüben.¹3 Gegen diese Be-

NS. schon H. Bülck Föderalismus als nationales und internationales Ordnungsprinzip, VVDStRL 21 (1964), 1 (48ff.); ferner U. Everling Zur föderalen Struktur der Europäischen Gemeinschaften, FS Doehring, 1989, 181 ff.; W. Graf Vitzthum Föderalismus in der europäischen und internationalen Einbindung, AöR 115 (1990), 281 ff.; D. Thürer Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 97 (131 ff.); M. Schweitzer Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1994), 48 (56ff.); A. v. Bogdandy Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999, 61 ff.; A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 183 ff.; T. Giegerich Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, 2003, 311 ff., 730 ff.; S. Oeter Föderalismus, in: v. Bogdandy (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 59 ff.; C. Schönberger Die Europäische Union als Bund, 2004, AöR 129 (2004), 81 ff.

<sup>11</sup> Vgl. I. Pernice in: Dreier (Hrsg.) Grundgesetz, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 65 f.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> So F.W. Scharpf Die Politikverslechtungsfalle. Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich, PVS 26 (1985), 323 ff.; M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch Regieren im dynamischen Mehrebenensystem, in: dies. (Hrsg.) Europäische Integration, 1996, 30 ff. Dass der verwendete Systembegriff nicht der Systemtheorie (vgl. nur N. Luhmann, Soziale Systeme, 1984, 34 ff.) entsprechen will, braucht nicht betont zu werden; in der politischen Theorie des Bundes reicht er auf Pufendorf, Grotius und antike Vorlagen zurück, R. Koselleck Bund – Bündnis, Föderalismus, Bundesstaat, in: Brunner u. a. (Hrsg.) Geschichtliche Grundbegriffe I, 1972, 582 (631 mwN).

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> I. Pernice Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited, CML Rev. 36 (1999), 703 ff.; F.C. Mayer Europäische

griffswahl ist nichts Grundsätzliches einzuwenden. Ein konzeptioneller Widerspruch zur Einordnung der Union als föderales System ist indessen nicht erkennbar, wenn man in Rechnung stellt, dass die aufgeführten normativen Bundesstaatstheorien für die Europäische Union nicht oder nur in modifizierter Form passen können.

Was folgt dann aus der Einordnung der Union als föderaler oder Mehrebenenverband? Sie erkennt an, dass Bundesstaaten ebenso wie der Europäischen Union ein Ausgleich zwischen Integration und Bewahrung von Vielfalt aufgegeben ist. Sie legt die Annahme verfassungsrechtlicher Strukturprinzipien nahe, die für den übergreifenden Verband und die Mitgliedstaaten gleichermaßen gelten, und lenkt die Aufmerksamkeit auf das Erfordernis und die verschiedenen Möglichkeiten, Hoheitsgewalt auf mehreren Ebenen zu organisieren oder, wo dies nötig ist, im Verbund auszuüben.<sup>14</sup>

Andererseits eröffnen die Unterschiede zum Bundesstaat einen anderen Blick auf das Verhältnis zwischen den Ebenen. Die Frage nach Rechtsetzungsautonomie stellt sich in der Europäischen Union unter anderen Voraussetzungen, da sie auf die Erreichung bestimmter Ziele, aber nicht auf umfassende politische Integration verpflichtet ist. Hieraus bezieht die Union eine Dynamik, die den Bundesstaat allenfalls in der Gründungsphase kennzeichnen mag, ihn aber nicht als Typus ausmacht. Ihre funktional begrenzte Finalität macht sie aber auch von ihren Mitgliedstaaten abhängig. Ungeachtet der grundsätzlichen Vergleichbarkeit der verfassungsstaatlichen Strukturen in der Europäischen Union beruht doch das Gesamtgebilde zunächst auf der Verfassungsautonomie ihrer Mitgliedstaaten.<sup>15</sup>

Verfassungsgerichtsbarkeit – Gerichtliche Letztentscheidung im europäischen Mehrebenensystem, in: v. Bogdandy (Fn. 10), 229 (270 ff.); *C. Möllers* Gewaltengliederung, 2005. 213. 331.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Für das Verständnis des Zusammenspiels zwischen den Ebenen sind Erfahrungen insbesondere des deutschen und amerikanischen Föderalismus vielfach herangezogen worden, s. *L. Kühnhardt* Europäische Union und föderale Idee, 1993, 24ff. sowie die Beiträge in *I. Pernice* (Hrsg.) Harmonization of Legislation in Federal Systems, 1996, und *K. Nicolaidis/R. Howse* (Hrsg.) The Federal Vision, 2001; ferner *P. Dann* Parlamente im Exekutivföderalismus, 2004, 43 ff.; *D. Kelemen* The Rules of Federalism, 2005, 54 ff., 78 ff., 160 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Dies ändert nichts an der Wirkungsmacht der wechselseitigen Einflüsse, s. schon früh J.A. Frowein Die rechtliche Bedeutung des Verfassungsprinzips der parlamentarischen Demokratie für den europäischen Integrationsprozess, EuR 1983, 301 (315 ff.); ders. Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten, EuR 1995, 315 (318).

## 3. Fragestellungen

Mit diesen Vorbehalten wird hier der Versuch einer parallelen Analyse unternommen. Zunächst gilt es, die Bedingungen, unter denen Rechtsetzungsautonomie auf mehreren miteinander verbundenen Ebenen möglich ist, aufzugreifen. Dabei geht es insbesondere um die Kompetenzverteilung, die wechselseitigen Verflechtungen im Rechtsetzungsverfahren, kooperative Strukturen zwischen den Ebenen und die Rolle individueller Rechte (II. und III.). Am Schluss ist auf die Frage zurückzukommen, welche Parallelen zwischen Bundesstaat und Europäischer Union bestehen und wie weit Erkenntnisse, die jeweils aus Erfahrungen gewonnen wurden, wechselseitig übertragbar sind (IV.).

#### II. Bundesstaat

#### 1. Autonomie im Bundesstaat

Selbständigkeit der Teileinheiten ist rechtsvergleichend und historisch gesehen ein Strukturelement des Bundesstaates. <sup>16</sup> Die deutsche Konstruktion war zunächst mehrdeutig. Anfangs als Gegengewicht zur republikanischen Kraft des Reichstags und als Garantie für die monarchischen Exekutiven der Länder gedacht, <sup>17</sup> schien für ihn lange die Unentscheidbarkeit der Frage nach der Souveränität der Gliedstaaten bezeichnend zu sein. <sup>18</sup> Nach dem Zwischenspiel der Weimarer Republik <sup>19</sup> wurden starke Länder bei der Rekonstruktion des Staatsaufbaus in der

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> M. Bothe Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht, 1977, 10.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> O. Mayer Republikanischer und monarchischer Bundesstaat, AöR 18 (1903), 337 (358ff.); E. Kaufmann Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung, 1917, 30ff.; G. Anschütz Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, VVDStRL 1 (1924), 11 (14f.); im Rückblick T. Nipperdey Deutsche Geschichte 1866–1918, Bd. II, 3. Aufl. 1995, 92ff.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Zu diesem Streit noch *O. Beaud* Föderalismus und Souveränität, Der Staat 35 (1996), 45 ff.; zu den historischen Voraussetzungen *Koselleck* (Fn. 12), 615 f., 627 ff., 649 ff., 668 f.; zur Schweiz *Fleiner/Misic* (Fn. 5), Rn. 23 f.; zu Österreich *P. Pernthaler* Österreichisches Bundesstaatsrecht, 2004, 294 ff.; zur US-amerikanischen Idee der *dual sovereignty* s. US Term Limits, Inc v Thornton 115 S Ct 1842 (1995) m. Anm. *K.M. Sullivan* Duelling Sovereignties, Harv. L R 109 (1996), 78 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Zur Frage, wie weit die Länder "als Staaten" oder als Organe des Reichs handelten *F. Fleiner/P. Lukas* Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung, VVDStRL 6 (1929), 2 (3 ff., 16 f.) bzw. 25 ff.; zum Bundesstaat in der Weimarer Staatsrechtslehre *H. Holste* Der deutsche Bundesstaat im Wandel (1867–1933), 2002, 513 ff.

Bundesrepublik wieder ein erklärtes Ziel.<sup>20</sup> Ihre Verfassungsautonomie ist aber, folgt man der herrschenden Ansicht, durch den Gesamtstaat und sein einheitlich aufgefasstes Staatsvolk vermittelt, soll also kein Ausdruck der Selbstbestimmung eigener Staatsvölker der Länder sein.<sup>21</sup> Dieser Wahrnehmung korrespondiert die Ausrichtung auf den Bund, die sich in langjähriger Praxis verfestigt hat<sup>22</sup> und die Länder als Teil einer organisierten Arbeitsteilung bei der Erledigung aufs Ganze projizierter Staatsaufgaben einbindet.<sup>23</sup> Die gesamte längst Gemeingut gewordene Geschichte von der Unitarisierung des deutschen Bundesstaates ist aus dieser Perspektive geschrieben worden.

#### Gesetzgebung im Verhältnis zwischen Bund und Ländern

## a) Übergewicht des Bundes

Diese unitarische Voreingenommenheit der Staatspraxis hat Bedingungen hervorgebracht, die sich in ihren Wirkungen wechselseitig verstärkt und zu Bindungen der Gesetzgebung auf beiden Ebenen geführt haben.

Ein Zug zur Unitarisierung ist eine historische Konstante und rechtsvergleichend gesehen für industrialisierte Bundesstaaten typisch.<sup>24</sup> In der Bundesrepublik Deutschland ist er durch die Herausforderungen an den Leistungsstaat der Nachkriegszeit geprägt,<sup>25</sup> durch eine beständige

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> E. Deuerlein Föderalismus, 1972, 230 ff.; H. Steinberger Bemerkungen zu einer Synthese des Einflusses ausländischer Verfassungsideen auf die Entstehung des Grundgesetzes mit deutschen verfassungsrechtlichen Tendenzen, in: Stern (Hrsg.) 40 Jahre Grundgesetz, 1990, 41 (48 ff.); zum Aufbau der Länder M. Stolleis Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit, HStR I, 1987, § 5 Rn. 59 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> So von Anfang an die hM, s. BVerfGE 1, 14 (50); *G.A. Zinn* Der Bund und die Länder, JöR NF 36 (1949), 291 (295 f.); *W. Schmidt* Das Verhältnis zwischen Bund und Ländern im demokratischen Bundesstaat des Grundgesetzes, AöR 87 (1962), 253 (258 ff.); *A. Bleckmann* Vom Sinn und Zweck des Demokratieprinzips, 1998, 173; *J. Isensee* HStR IV, 2. Aufl. 1999, § 98 Rn. 61; anders etwa *R. Herzog* in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 20 Abschn. IV (1980), Rn. 11.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> S. Oeter Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998, 141 ff., 249 ff.; S. Kadelbach Zentralstaatlichkeit, Bundesstaatlichkeit, föderale Strukturen, in: Lanchester/Staff (Hrsg.) Lo stato di diritto democratico dopo il fascismo ed il nazionalsocialismo, 1999, 47 (57 ff.).

<sup>23</sup> Hesse (Fn. 2), Rn. 494.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Vgl. *H. Triepel* Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche, 1907, 53 ff.; *K. Bilfinger* Der Einfluss der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens, 1923, 104 ff.; *H. Eicher* Der Machtverlust der Landesparlamente, 1988, 22 ff.; rechtsvergleichend *Bothe* (Fn. 16), 223, 272.

<sup>25</sup> Hesse (Fn. 6), 13 ff.

Erweiterung und Ausübung der konkurrierenden Kompetenzen begleitet worden und entspricht bis heute einem weit gehenden Konsens. <sup>26</sup> Auch die Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG von 1994 konnte – wegen des Bedürfnisses nach einer robusten Übergangsregelung (Art. 125 a GG) – am Übergewicht der Bundesgesetzgebung nicht viel ändern. <sup>27</sup>

Im kooperativen Bundesstaat, gleichfalls eine bereits mit Blick auf das Kaiserreich beschriebene Erscheinung, wird meist die Fortsetzung des unitarischen Bundesstaates gesehen. Der Begriff bezeichnet faktische Bindungen der Ländergesetzgebung, die teils aufgrund von Finanzhilfen des Bundes, teils aufgrund von Regierungsvereinbarungen eintreten. Als problematisch wird daran nicht das Bedürfnis nach Abstimmung und Harmonisierung als solches empfunden, sondern die Verlagerung von Entscheidungen in die Grauzone diffuser politischer Verantwortung eines Entscheidungsverbundes, die zu wechselseitigen politischen Abhängigkeiten der Beteiligten und geringen Korrekturmöglichkeiten durch die Parlamente führte.

#### b) Beteiligung der Länder

Im Gegensatz zum unitarischen und kooperativen Bundesstaat sind die Mitwirkungsbefugnisse des Bundesrates in dieser Form eine deut-

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Zum weiten Einschätzungsspielraum nach der alten sog. Bedürfnisklausel BVerfGE 13, 230 (233); 26, 338 (382f.); 78, 249 (270). In denselben Zusammenhang gehört die Neigung des Bundes, die Kategorie des Rahmengesetzes zu Detailregelungen zu nutzen; hierzu beschränkend BVerfGE 111, 226 – Juniorprofessur; BVerfG NJW 2005, 493 – Studiengebühren.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Für die strengere Rspr. zu Art. 72 Abs. 2 idF von 1994 BVerfGE 106, 32 (147) – Altenpflege; 110, 141 – Kampfhunde; 111, 226 – Juniorprofessur; BVerfG NJW 2005, 493 – Studiengebühren; s. andererseits BVerfGE 111, 10 – Ladenschluss; unklar BVerfG NJW 2006, 1261 (1267) m. krit. Anm. *C. Pestalozza* Das Sportwetten-Urteil des BVerfG, NJW 2006, 1711 (1713).

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> W. Kewenig Kooperativer Föderalismus und bundesstaatliche Ordnung, AöR 93 (1968), 433 ff.; K. Hesse Aspekte des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, FS Müller, 1970, 141 ff.; G. Kisker Kooperation im Bundesstaat, 1971, 110; zu Erscheinungsformen im Kaiserreich und in der Weimarer Republik Eicher (Fn. 24), 29 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Zu den Instrumenten im Einzelnen W. Rudolf Kooperation im Bundesstaat, HStR IV, 2. Aufl. 1999, § 105 Rn. 35 ff.; zu den Folgen für die Länderparlamente Kisker (Fn. 28), 285 ff.; H. Liesegang/R. Plöger Schwächung der Parlamente durch kooperativen Föderalismus?, DÖV 1971, 228 ff.; J.A. Frowein und I. von Münch Gemeinschaftsaufgaben im Bundesstaat, VVDStRL 31 (1973), 13 (24 ff.) bzw. 51 (81 f.); zu Parallelerscheinungen in Österreich Pernthaler (Fn. 18), 433 ff.; in der Schweiz U. Häfelin/W. Haller Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl. 2005, Rn. 1242 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> F.W. Scharpf/B. Reissert/F. Schnabel Politikverflechtung. Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, Bd. I, 1976; E. Denninger Staatsrecht 2, 1979, 117 ff.

sche Besonderheit.<sup>31</sup> Fälle, in denen das Zustandekommen von Gesetzen von seiner Zustimmung abhing, waren zuletzt nicht mehr, wie ursprünglich gedacht, die Ausnahme. Dafür war bekanntlich weniger die Übung verantwortlich, Verluste der Länder bei den Kompetenzen durch gesteigerte Mitwirkung des Bundesrates zu kompensieren,<sup>32</sup> als die Praxis zu Art. 84 Abs. 1 GG.<sup>33</sup>

Dieser dem Bundesrat an die Hand gegebene Einfluss auf die Gesetzgebung hat eine Debatte über einen Antagonismus von Parlamentarismus und Bundesstaat wieder belebt, deren Anfänge bis in das 19. Jh. zurückreichen.<sup>34</sup> Bemängelt werden der Zwang zum Kompromiss und der

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Typischerweise üben die Länderkammern schwachen Einfluss auf die Bundesgesetzgebung aus, wenn die föderale Ordnung unitarisch orientiert ist; ihre Mitglieder sind dann nicht direkt gewählt (Österreich, Indien, Kanada, Südafrika). Umgekehrt haben direkt gewählte Zweite Kammern in dezentralen Bundesstaaten (Schweiz, USA) einen starken Einfluss; *R. Sturm* Vorbilder für eine Bundesratsreform? in: Bertelsmann-Stiftung (Hrsg.) Institutionelle Entflechtung in Zweiten Kammern, 2002, 25 (27 ff.); *P. Buβ-jäger* Föderale und konföderale Systeme im Vergleich, 2003, 18 ff.; s. auch *D. Hanf* Bundesstaat ohne Bundesrat?, 1999; zum europäischen Vergleich *T. Groβ* Zwei-Kammern-Parlamente in der Europäischen Union, ZaöRV 63 (2003), 29 ff.; Plädoyer für ein Senatsmodell bei *J. Schmidt* Strukturelle Alternativen der Ausgestaltung des Bundesrates, DÖV 2006, 379 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Die Zahl der im Grundgesetz für zustimmungsbedürftig erklärten Gesetzgebungstatbestände, die dem Bundesrat ein Veto einräumen, war seit 1949 von 13 auf zuletzt 49 angestiegen; vgl. H. v. Mangoldt Das Bonner Grundgesetz, 1953, Art. 78 Anm. 2 mit B.-O. Bryde in: v. Münch/Kunig (Hrsg.) Grundgesetzkommentar 3, 5. Aufl. 2003, Art. 77 Rn. 21 und C. Gramm Gewaltenverschiebungen im Bundesstaat, AöR 124 (1999), 212 (216f.); zur Kritik F. Ossenbühl Föderalismus nach 40 Jahren Grundgesetz, DVBI. 1989, 1230 (1235); Isensee (Fn. 21), Rn. 206; R. Dolzer Das parlamentarische Regierungssystem und der Bundesrat – Entwicklungsstand und Reformbedarf, VVDStRL 58 (1999), 7 (16f.).

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Der Anteil der Zustimmungsgesetze betrug über 50 %, s. Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform, 2006, 8; davon entfällt etwa die Hälfte auf Art. 84 Abs. 1 GG, s. *C. Dästner* Zur Entwicklung der Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen seit 1949, ZParl 2001, 290 (295 f.). Das BVerfG hat die Praxis gebilligt, s. zur sog. Einheitstheorie BVerfGE 1, 76 (79); 8, 274 (295); 24, 184 (195); 55, 274 (318), aber mit der Zurückweisung der sog. Mitverantwortungstheorie für Gesetzesänderungen (BVerfGE 37, 363 [379 ff.], 105, 313 [333]) sowie der Zulassung der Aufspaltung von Gesetzen gewisse Korrekturen geschaffen, BVerfGE 34, 9 (28); 105, 313 (338).

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Kisker (Fn. 28), 117 ff.; Böckenförde (Fn. 6), 183 ff.; C. Möllers Der parlamentarische Bundesstaat – Das vergessene Spannungsverhältnis von Parlament, Demokratie und Bundesstaat, in: Aulehner u.a. (Hrsg.) Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, 1997, 81 ff.; Dann (Fn. 14), 3 ff.; aus der Politikwissenschaft grundlegend G. Lehmbruch Parteienwettbewerb im Bundesstaat (1976), 3. Aufl. 2000; Gegenkritik bei A. Hanebeck Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes, 2004, 314 ff.

Machtzuwachs an den mit Vertretern der Exekutive besetzten Bundesrat, der bei gegensätzlichen politischen Mehrheiten entsteht. Damit wird zum einen die Funktionentrennung zwischen Legislative und Exekutive verschoben, da beide Gewalten, ebenso wie in den Formen des kooperativen Bundesstaates, im Gesetzgebungsprozess "zusammengespannt" werden.<sup>35</sup> Zum anderen stellen sich erneut Fragen bezüglich der Länderautonomie, die nur mehr im Verbund und damit kaum erkennbar zur Geltung kommen kann. Die Legitimation dafür liegt im Grundgesetz selbst,<sup>36</sup> und man mag sich mit der politischen Praxis beruhigen, in der Landeswahlkämpfe erheblich durch die Bundespolitik beeinflusst werden. Gleichwohl bleibt der Bedeutungsverlust der Länderparlamente verfassungspolitisch unbefriedigend.<sup>37</sup>

Eine vergleichbare Lage hätte weder in Österreich noch in der Schweiz eintreten können; in Österreich nicht, weil der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren in der Regel nur ein suspensives Veto besitzt, das mit einfacher Mehrheit im Nationalrat (sog. Beharrungsbeschluss) überwunden werden kann,<sup>38</sup> in der Schweiz nicht, weil – wohl gerade wegen der starken Legislativrechte der zweiten Kammer (Art. 156 Abs. 2 BV, Art. 71 ff. ParlG) – die Mitglieder des Ständerates keine Regierungsvertreter, sondern unabhängig sind und in ihr Amt gewählt werden.<sup>39</sup>

Auch die Zustimmungsrechte des Bundesrates fügen sich also in die Geschichte der Unitarisierung ein. Zu einer Rückbesinnung auf die Ländereigenstaatlichkeit und die Gestaltungsrechte der Länderparlamente kam es erst seit Mitte der 80er Jahre, u.a. vor dem Hintergrund sich verstärkender europarechtlicher Einflüsse.<sup>40</sup> Die Antwort, die der deut-

<sup>35</sup> Böckenförde (Fn. 6), 189.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> R. Scholz Landesparlamente und Bundesrat, FS Carstens, Bd. 2, 1984, 831 (842); H.H. Klein Die Legitimation des Bundesrates und sein Verhältnis zu Landesparlamenten und Landesregierungen, in: Vierzig Jahre Bundesrat, 1989, 95 (102 ff.); krit. F. Ossenbühl Die Zustimmung des Bundesrates beim Erlass von Bundesrecht, AöR 99 (1974), 369 (409 ff.); für Legitimation durch die Länderparlamente M. Sachs Das parlamentarische Regierungssystem und der Bundesrat – Entwicklungsstand und Reformbedarf, VVDStRL 58 (1999), 39 (44, 48 f.).

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> S. etwa *W. Leisner* Schwächung der Landesparlamente durch grundgesetzlichen Föderalismus, DÖV 1968, 389 ff.; *Eicher* (Fn. 24), 19 ff., 76 ff.; *M. Friedrich* Parlamentarisches Regierungssystem in den Ländern, in: Schneider/Zeh (Hrsg.) Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 63 Rn. 11 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> T. Oehlinger Verfassungsrecht, 6. Aufl. 2005, Rn. 291, 440 f.; zur Reformdiskussion Österreich Konvent, Endbericht v. 31. 1. 2005, 1/ENDB-K, 63 f.

<sup>39</sup> Häfelin/Haller (Fn. 29), Rn. 1491 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Auf die Kompetenzverluste verwiesen bspw. M. Schröder Bundesstaatliche Erosionen im Prozess der europäischen Integration, JöR nF 35 (1986), 83 ff.; T. Stein Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und

sche – ebenso wie der österreichische<sup>41</sup> – Verfassungsgeber hierauf gefunden hat, war die des Verbundföderalismus (Art. 23 GG). Damit wird Politikverflechtung auf drei Ebenen verfassungsrechtlich festgeschrieben. Einwände ergeben sich erneut aus der Gewaltenverschiebung zulasten der Länderparlamente.<sup>42</sup>

#### 3. Grundrechte

Der Zug zur Unitarisierung hat sich schließlich in der Judikatur zu den Grundrechten bemerkbar gemacht.<sup>43</sup> Wo sie als Freiheitsrechte wirken, wird dies etwa im Schutzbereich des Art. 5 GG deutlich, der verschiedene Länderdomänen in der Kulturgesetzgebung überformt. So kam es im Zusammenwirken mit den Erscheinungsformen des kooperativen Bundesstaates bspw. im Rundfunkrecht zu weitgehenden Harmonisierungen.<sup>44</sup> Auf anderen Gebieten stellen die Bundesgrundrechte zumindest den Rahmen landesrechtlicher Gesetzgebung.<sup>45</sup> Wo sie Leis-

der Schweiz?, VVDStRL 53 (1994), 26 (35f.); die wesentlichen Einbußen sah beim Bund etwa *W. Kössinger* Die Durchführung des europäischen Gemeinschaftsrechts im Bundesstaat, 1989, 25, 54f.; ebenso *J. Oebbecke* Das Bundesstaatsprinzip, in: Pieroth (Hrsg.) Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000, 113 (127).

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Vgl. Art. 23 Abs. 2, 4–6 GG mit Art. 23 d Abs. 1 B-VG; zur in Österreich als Vertretungsorgan eingesetzten Integrationskonferenz der Länder mwN *C. Grabenwarter* Änderungen der österreichischen Bundesverfassung aus Anlass des Beitritts zur Europäischen Union, ZaöRV 55 (1995), 166 (171); zur Schweiz *T. Fleiner/N. Töpperwien* Chancen und Probleme für den schweizerischen Föderalismus nach einem Beitritt zur Europäischen Union, in: Cottier/Kopse (Hrsg.) Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union, 1998, 323 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> I. Pernice Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, DVBI. 1993, 909 (919); D. Schindler Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1994), 70 (84f.); zu den jeweiligen Konsultationsrechten der Länderparlamente K. Zwicker Als Bundesstaat in der Europäischen Union, 2000, 225 ff.; E. Röper Landesparlamente und Europäische Union, JöR NF 49 (2000), 251 (266f., 273 ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Vgl. K. Hesse Wandlungen der Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für die bundesstaatliche Ordnung, FS Schindler, 1989, 723 (731); S. Boysen Gleichheit im Bundesstaat, 2005, 86 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> M. Schuler-Harms Rundfunkaufsicht im Bundesstaat, 1995, 11 f., 108 ff.; U. Bumke Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, 1995, 86 ff.; W. Hoffmann-Riem Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, 28 f., 35; T. Vesting Satzungsbefugnis von Landesmedienanstalten und die Umstellung der verwaltungsrechtlichen Systembildung auf ein "Informationsverwaltungsrecht", DV 35 (2002), 433 (440 ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> R. Wahl Grundrechte und Staatszielbestimmungen im Bundesstaat, AöR 112 (1987), 26 (28ff.); A. Dittmann Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, VVDStRL 54 (1995), 47 (56ff.); H.-J. Papier 50 Jahre

tungsrechte sind, tragen bei übergreifenden Problemlagen die Länder die "Mitverantwortung für eine kooperative Verwirklichung des Grundrechtsschutzes", wie es im numerus clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts heißt.<sup>46</sup> Der Autonomie der Länder, den Hochschulzugang künftig differenzierend zu regeln, dürften damit Grenzen gezogen sein.<sup>47</sup>

#### 4. Reform

## a) Ausgangspunkt

Den entstandenen Zustand zu den diversen Tugendkatalogen des Föderalismus in Bezug zu setzen, ist nicht ohne Relativierungen möglich. Autonomie der Gliedstaaten war in der Staatspraxis lange kein ausgeprägtes Bedürfnis. Demokratische Selbstbestimmung findet zu einem guten Teil im Verbund statt. Zu einer Verstärkung individueller Freiheit trägt die deutsche Bundesstaatskonstruktion gleichfalls nicht entscheidend bei. Schließlich bedarf es auch erheblicher konstruktiver Volten, die vertikale Gewaltenteilung als Begründung für den Bundesstaat ins Feld zu führen, da es im Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive aufs Ganze gesehen weniger zu einer Verlängerung der Gewaltentrennung als zu einem Gewaltenverbund aus Regierungen und Parlamenten gekommen ist.

Die letzte Reform gibt Anlass, über diese Rechtfertigungen neu nachzudenken.<sup>48</sup> Ihr Programm der Politikentflechtung, in erster Linie von

Bundesstaatlichkeit nach dem Grundgesetz – Entwicklungslinien und Zukunftsperspektiven, in: Bundesrat (Hrsg.) 50 Jahre Herrenchiemseer Verfassungskonvent, 1998, 341 (343).

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> BVerfGE 33, 303 (330ff., 357f.); s. auch BVerfGE 43, 291; 59, 1; krit. *G. Kisker* Grundrechtsschutz gegen bundesstaatliche Vielfalt?, FS Bachof, 1984, 47 (54ff.). Dadurch werden der Rspr. zu Art. 3 Abs. 1 GG Grenzen gesetzt, der zufolge nur derselbe Hoheitsträger an den Gleichheitssatz gebunden sei, s. etwa BVerfGE 51, 43 (58f.).

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Ein Wohnsitzprivileg bei der Erhebung von Studiengebühren hat das VG Bremen für verfassungswidrig erklärt, s. Beschl. v. 16. 8. 2006, Az. 6 V 1583/06; zu Plänen in Rheinland-Pfalz FAZ v. 30. 5. 2006, 2.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> I. Kr. seit 1. 9. 2006, BGBl. 2006 I, 2034; Materialien: Deutscher Bundestag/Bundesrat (Hrsg.) Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung (KMBO), Zur Sache 1/2005; Koalitionsvereinbarung CDU/CSU – SPD, Anlage 2: Ergebnis der Koalitionsarbeitsgruppe zur Föderalismusreform, 18. 11. 2005; Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes, BT Dr. 16/813, und eines Föderalismusreform-Begleitgesetzes, BT Dr. 16/814, jew. v. 7. 3. 2006; Bericht des Rechtsausschusses BT Dr. 16/2069 v. 29. 6. 2006; manches greift alte – oder nahe liegende – Vorschläge auf, so die Zurückführung der Bundeskompetenzen, die Abschaffung der Rahmengesetzgebung und die differenzierte

dem Bestreben geleitet, politisches Blockadepotenzial zu entsperren, lässt sich normativ als Gebot des Prinzips demokratischer Selbstbestimmung wenden.<sup>49</sup> Dies gilt gleichermaßen für die Stärkung der Gesetzgebungskompetenzen der Länder, den Abbau des kooperativen Föderalismus und die Rückführung der Zustimmungsrechte des Bundesrates.

## b) Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen

Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeiten kommt es nur zu geringfügigen Neuzuweisungen an die Länder. <sup>50</sup> Auf der anderen Seite wird zugunsten des Bundes das Erforderlichkeitskriterium des Art. 72 Abs. 2 GG für einige Titel beseitigt, eine bundeseinheitliche Regelung also erleichtert. <sup>51</sup> Dies gilt vor allem für ohnehin kodifizierte Materien wie das Zivil-, Arbeits- und Strafrecht, für die ein Erfordernis bundeseinheitlicher Regelung leicht zu begründen ist. Auf den meisten anderen Gebieten, darunter das Recht der Wirtschaft, das Sozialhilferecht, das Gesundheitswesen und Teile des Umweltrechts, wird Bundesrecht wie bisher erlassen werden. Geltendes Recht besteht fort, sofern es nicht ein Öffnungsgesetz des Bundestages (Art. 72 Abs. 2, 125 a Abs. 2 GG neu) oder – eine Neuerung im System – ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts (Art. 93 Abs. 2 GG neu) länderspezifischer Regelung zugänglich macht.

Im Gegenzug zur überfälligen Abschaffung der Rahmenkompetenzen<sup>52</sup> wird ein neuer Typus geschaffen, das sog. Abweichungsge-

Handhabung der Erfordernisklausel des Art. 72 Abs. 2 GG, s. Abschlussbericht der Enquête-Kommission Verfassungsreform, BT Dr. 7/5924 v. 9. 12. 1976, 131 ff.; s. zur Reformdebatte in Österreich Bericht des Österreich Konvents (Fn. 38), 63 f., 77 ff., 110 ff.; *P. Bußjäger* Der sklerotische Bundesstaat, ZfP 2002, 149 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> P.M. Huber Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen, Verh. 65. DJT, Bd. II/1, 2004, D 5 (32 ff.); A. Janssen ebd. P 9 (22 f.).

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Der Bund übernimmt unwichtig gewordene oder undankbare Materien wie das Waffen- und Sprengstoffrecht, das Kriegsfolgen- und Wiedergutmachungsrecht sowie das Atomrecht in die ausschließliche Zuständigkeit. Bei dieser Gelegenheit neu geschaffen wird eine ausschließliche Zuständigkeit des Bundes zur Schaffung präventiver Befugnisse des BKA für länderübergreifende Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus. Die Länder erhalten etwa das Heimrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7), das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 neu GG) sowie den Strafvollzug.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Durchgespielt bei *C. Maiwald* Die Gesetzgebungszuständigkeit im Strafrecht, ZRP 2006. 18 (21 f.).

<sup>52</sup> Sie werden teils den ausschließlichen (öffentlicher Dienst des Bundes, Melde- und Ausweiswesen, Schutz von Kulturgütern vor Abwanderung) oder konkurrierenden (Statusverhältnisse der Beamten) Kompetenzen des Bundes, teils den Ländern (Besol-

setz.<sup>53</sup> Der Bund erhält auch hier die Möglichkeit, ohne Nachweis der Erforderlichkeit bundeseinheitlicher Regelung Gesetze zu erlassen. Die Länder bleiben aber berechtigt, abweichendes Recht zu setzen, das dann Anwendungsvorrang erhalten soll (Art. 72 Abs. 3 GG neu), eine Konstruktion, die es bereits in Kanada gegeben hat.<sup>54</sup> In Materien, die wie der Umweltschutz und die Anerkennung von Hochschulabschlüssen stark europarechtlich geprägt sind, soll es der Bund so aus eigener Kraft vermeiden können, die Umsetzungsfristen für Richtlinien zu überschreiten, ohne dass die Länder ihr Recht verlieren, im vorgegebenen Rahmen eigene Regelungen zu erlassen.<sup>55</sup>

Das Instrument des Abweichungsgesetzes eröffnet dem deutschen Bundesstaat immerhin die Perspektive auf eine polyzentrische Struktur, in der verschiedene Regelungs- und Ordnungsentwürfe nebeneinander bestehen können. Man kann aber Zweifel anmelden, ob sich die Hoffnung realisieren wird, den Länderparlamenten zu substanziellen Gesetzgebungsrechten zu verhelfen. Die ihnen neu zugewiesenen Zuständigkeiten sind teils durch die Grundrechte (Versammlungsrecht, Hochschulzulassung, Strafvollzug) oder das Europarecht (Umweltrecht) erheblich vorgeprägt, teils handelt es sich um Bereiche mit traditionell starker intraföderaler Kooperation (Umweltschutz, Hochschulwesen).<sup>56</sup>

Derartige Kooperationsformen sollen zwar im Übrigen zurückgeführt werden, wie vor allem das Kooperationsverbot für Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebung der Länder zeigt, werden aber nicht völlig beseitigt (Art. 91 a und b, 104 b GG). Dieser Kompromiss zwischen Kooperation und Autonomie verfolgt – jedenfalls im Ansatz –

dung und Versorgung der Landesbediensteten, Teile des Hochschulrechts, Presserecht, Jagdwesen, Naturschutz und Landschaftspflege) zugeordnet.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> F.W. Scharpf Abweichungsrechte als Realisierung des Subsidiaritätsprinzips, KMBO (Fn. 48), Drs. 0087, spricht von Subsidiarität durch selektive Ermächtigung des Bundes; krit. C. Hillgruber Klarere Verantwortung von Bund, Ländern und Gemeinden, JZ 2004, 837 (840 ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Sec. 94 A British North America Act, Hinweis bei *Bothe* (Fn. 16), 138. Betroffen sind vor allem Teile des Umweltrechts (Naturschutz und Wasserhaushalt), das öffentliche Dienstrecht, soweit es Statusrecht der Landesbediensteten ist, sowie die Hochschulzulassung und die Anerkennung von Abschlüssen.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Bund/Länder-Arbeitsgruppe "Innerstaatliche Kompetenzordnung", Bericht zur innerstaatlichen Kompetenzordnung, KMBO (Fn. 48), AU 0002, 111 ff., 159 ff. Die änderungsfesten Teile, die der Abweichungsgesetzgebung entzogen bleiben (Grundsätze des Naturschutzes, Artenschutz, Meeresnaturschutz sowie stoff- und anlagenbezogene Reglungen des Wasserhaushaltsrechts, Art. 72 Abs. 3 GG), zielen auf den europäischen Harmonisierungsstandard.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Vgl. C. Haslach Die Umsetzung von EG-Richtlinien durch die Länder, 2001, 325 ff.

einen ähnlichen Weg wie ihn die schweizerische Verfassungsrevision vom November 2004 gegangen ist, die 2008 in Kraft treten soll.<sup>57</sup>

## c) Länderbeteiligung

Eine Rückführung der Bundesratsbeteiligung findet bisher ausschließlich in Art. 84 Abs. 1 GG statt, der in rund der Hälfte der Fälle das Zustimmungserfordernis ausgelöst hat.<sup>58</sup> Regelungen des Bundes können auch insoweit durch Abweichungsgesetz auf Landesebene ersetzt werden. Der Bund kann die Materie aber ausnahmsweise mit Zustimmung des Bundesrates endgültig an sich ziehen (Rückholrecht).

Ein wesentliches Motiv wird in dem politischen Wunsch zu sehen sein, umweltrechtlich relevante Zulassungsverfahren zu verkürzen,<sup>59</sup> doch ist im Rückholrecht des Bundes auch das Bedürfnis nach fristgerechter Erfüllung von Vorgaben des EG-Rechts erkennbar, da das europäische Umweltrecht in erheblichem Maße auf Verfahren setzt. Die Rechtsetzung soll vereinfacht, die Organisationsgewalt der Länder gestärkt werden. Ob alldies eine Opposition des Bundesrates im Ergebnis abschwächt,<sup>60</sup> ist schwer prognostizierbar. Im Rahmen der neuen Art. 104 a und b GG ist bei sog. Leistungsgesetzen die Stellung des Bundesrates auch wieder gestärkt worden.<sup>61</sup>

Die Mitwirkung der Länder in Europaangelegenheiten wird nur geringfügig modifiziert, sofern es um die Verhandlungsführung im Ministerrat durch einen Ländervertreter geht.<sup>62</sup> Hierin spiegelt sich der Streit zwischen Bund und Ländern um Zurückschneidung oder Erweiterung der Länderrechte, der erwartungsgemäß nahezu ergebnislos ausgegangen ist.<sup>63</sup> Es bleibt beim Modell der doppelten Politikverflechtung.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Dazu *G. Biaggini* Föderalismus im Wandel: das Beispiel des schweizerischen Bundesstaates, ZöR 57 (2002), 359 (380 ff.); *D. Freiburghaus* Array, Jahrbuch des Föderalismus 6 (2005), 506 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Fn. 33.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Koalitionsvereinbarung (Fn. 48), Rn. 31; BT Dr. 16/813, 15.

<sup>60</sup> Nach BT Dr 16/813, 14 sei ein Rückgang der Zustimmungsgesetze auf 35 bis 40 % zu erwarten. Nach Wissenschaftliche Dienste (Fn. 33), 40 f. hätte sich die Zahl in den beiden letzten Wahlperioden etwa halbiert; die Novelle des Art. 104 a GG ist in dieser Studie berücksichtigt.

<sup>61</sup> Krit. daher W. Löwer Föderalismusreform: Hauptziel verfehlt!, NJW-Editorial H. 14/2006.

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> Die Übertragung der Verhandlungsführung nach Art. 23 Abs. 6 GG wird für die benannten Materien obligatorisch, s. im Übrigen die Neufassung des § 6 Abs. 2 EU-ZusG.

<sup>63</sup> Dazu zuletzt C. Baier Bundesstaat und Europäische Integration, 2006.

## 5. Zwischenfazit

Bundesstaatstheorien sind keine verfassungsrechtlichen Maßstäbe, sondern vorverfassungsrechtliche Leitbilder und unterliegen wie der Bundesstaat selbst dem Wandel.<sup>64</sup> Das in der Novelle erkennbare Konzept eines abgemilderten Konkurrenzföderalismus,<sup>65</sup> das man als das eines "experimentellen Bundesstaates" bezeichnet hat,<sup>66</sup> ist kein ökonomisches Modell, sondern eine zeitgenössische Variante normativ geprägter bundesstaatlicher Theorien, die auf die Autonomie der Ebenen setzen. Gleichzeitig eröffnet Verschiedenheit den Weg zu einer am Vergleich lernenden Rechtsetzung.

So weit die Theorie. Im Einzelnen betrachtet ist im Grunde nicht viel passiert.<sup>67</sup> Die Ursachen dafür sind zum einen in den Eigengesetzlichkeiten des deutschen Verbundföderalismus zu suchen, denen auch Verfassungsänderungen unterliegen. Zum anderen passt Wettbewerbsföderalismus im Sinne eines mit den Mitteln des Wirtschafts- und Steuerrechts geführten Systemwettstreits um Unternehmen und Arbeitskräfte aber auch nicht zur deutschen Verfassungskultur. Kompetitive Elemente bedürfen eines Ausgleichs mit dem bundesstaatlichen So-

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> A. Benz Föderalismus als dynamisches System, 1985, 40 ff.

<sup>65</sup> BT Dr 16/813, 7; Wettbewerbsföderalismus beruht auf dem Gedanken, im Regulierungswettbewerb der Gliedstaaten die Chancen der Marktteilnehmer auf Entscheidung nach ökonomischen Präferenzen und damit auf die Verwirklichung von Freiheit zu verbessern, s. *T.E. Dye* American Federalism: Competition among Governments, 1990; *A. Ottnad/E. Linnartz* Föderaler Wettbewerb statt Verteilungsstreit, 1997, 164ff.; in der rechtswiss. Lit. Anklänge bei *R. Wendt* Neuorientierung der Aufgaben- und Lastenverteilung im "sozialen Bundesstaat", StWStP 1993, 56 (63f.); *C. Calliess* Die Justiziabilität des Art. 72 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund von kooperativem und kompetitivem Föderalismus, in: Aulehner (Fn. 34), 292 (297ff.); *E. Schmidt-Jortzig* Herausforderungen für den Bundesstaat in Deutschland, DÖV 1998, 746 (749 f.); zur Debatte in den USA *D.L. Shapiro*, Federalism, 1995, 34ff., 76 mwN.

<sup>66</sup> L. Michael Der experimentelle Bundesstaat, JZ 2006, 884ff.; zum Wert des Rechtsetzungsexperiments als Instrument lernender Gesetzgebung S. Deakin Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?, ELJ 12 (2006), 440 ff.; s. auch G. Kisker Ideologische und theoretische Grundlagen der bundesstaatlichen Ordnung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Benda u.a. (Hrsg.) Probleme des Föderalismus, 1983, 23 (34f.); R. Zippelius Das Recht – ein Instrument rationaler Steuerung?, ARSP 87 (2002), 516 (522); S. Meyer Gemeinwohlauftrag und föderales Zustimmungserfordernis, 2004, 212, 223 f.

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Ebenso *I. Kesper* Reform des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, NdsVBI. 2006, 145 (158); dort auch berechtigte Kritik an der dürftigen Qualität der amtlichen Begründungstexte (Fn. 48); verhalten positive Bewertung bei *J. Ipsen* Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle, NJW 2006, 2801 (2806).

lidarprinzip und in vielen Feldern der regulativen Letztverantwortung durch den Bund.68

Betrachtet man die Verschiebungen in der Kompetenzstruktur, so sind die gefundenen Kompromisse teils nachvollziehbar, teils geben sie Rätsel auf.<sup>69</sup> Plausibel scheint – trotz der eigenartigen Entstehungsgeschichte – die Überweisung von Teilen des Beamtenrechts an die Länder,<sup>70</sup> das ebenso wie das Hochschulrecht und Teile des öffentlichen Wirtschaftsrechts als Gegenstand regionaler Präferenzen und Differenzierungen angesehen werden kann. Das Umweltrecht dagegen ist für eine dezentrale Regelung nicht geeignet, da Wettbewerbsvorteile einzelner Länder zu Lasten öffentlicher Güter gehen. Im Bereich der Abweichungsgesetzgebung ist sogar fraglich, ob europarechtliche Vorgaben etwa an den Natur- und Artenschutz nun besser erfüllt werden können.<sup>71</sup>

Für die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung wird die Reform Folgen haben müssen. Dies betrifft naheliegender Weise die Auslegung der Kompetenznormen.<sup>72</sup> Aber auch die Kompetenzausübungsgrenzen werden neu zu vermessen sein. Das gilt für die Bundestreue<sup>73</sup> ebenso wie für die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, die das Bundesverfas-

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Vgl. *U. Volkmann* Bundesstaat in der Krise?, DÖV 1998, 613 (622f.); *F.W. Scharpf* Mehr Freiheit für die Bundesländer, FAZ v. 7. 4. 2001, 15; *S. Korioth* Klarere Verantwortungsteilung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden in der Finanzverfassung, Verh. 65. DJT, Bd. II/1, 2004, P 89 (97ff.); *K.P. Sommermann* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) Das Bonner Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 20 Rn. 55.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Zu Kriterien des Wettbewerbsföderalismus für die Bewertung von Kompetenzzuweisungen *R.A. Musgrave* Theories of Fiscal Federalism, Public Finance 24 (1969), 521 ff.; erste Bewertung der Reform etwa bei *R. Peffekoven* Klare Verantwortlichkeiten, FAZ v. 19. 8. 2006, 11.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Offenbar ist die Rückübertragung an die Länder Teil eines Kompensationsgeschäfts für die Beschränkung der Zustimmungserfordernisse im Bundesrat gewesen, s. FAZ v. 1. 7. 2006, 6; bei der Abstimmung im Bundesrat stimmte Mecklenburg-Vorpommern aus diesem Grunde gegen die Reform, Schleswig-Holstein enthielt sich der Stimme.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Krit. A. Epiney Föderalismusreform und europäisches Umweltrecht, NuR 2006, 403 ff.; s. aber auch W. Frenz Föderalismusreform im Umweltschutz, NVwZ 2006, 743 ff.

<sup>72</sup> S. Calliess (Fn. 65).

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> Für die Beamtenbesoldung ist die Rspr. zur Rechtslage vor 1971 wieder von Interesse, die der heutigen entspricht, s. BVerfGE 4, 115 (140); 34, 9 (44); mit dem Missbrauch der gesetzgeberischen Freiheit wird allerdings eine hohe Schwelle errichtet, s. zuletzt BVerfGE 106, 1 (27); zu Anklängen der Rspr. zur Bundestreue an die Integrationslehre *Korioth* (Fn. 8), 268 ff.; *H. Bauer* Die Bundestreue, 1992, 121 ff., 180 ff.

sungsgericht aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet hat<sup>74</sup> und die für die Zulässigkeit der Ausübung einer Länderkompetenz nur mehr im Rahmen der Bundesgrundrechte ein Kriterium bleiben kann.

#### III. Europäische Union

### 1. Selbstbestimmung als Legitimationsvoraussetzung

Für die Europäische Union ist die föderale Struktur ein historisches Motiv und ein Bauprinzip. Solange sie in Gestalt des Zweckverbandes EWG existierte, bestand kein Grund, sie zu den Tugendkatalogen der Bundesstaatlichkeit in Beziehung zu setzen. Die Konstruktion fand ihre Rechtfertigung in der Erreichung der aufgetragenen Ziele, so dass der Sachverstand ihrer Bürokratie<sup>75</sup> oder ihre Problemlösungsfähigkeit, ihr "output", sie zu legitimieren schien.<sup>76</sup> Je weiter der Kreis ihrer Aufgaben gezogen wurde und je mehr die ausgeübten Hoheitsrechte in Rechte eingreifen und Lebenschancen neu verteilen, desto eher richten sich an die Union jedoch Erwartungen, die an Theorie und Geschichte von Föderationen erinnern. Individuelle und demokratische Selbstbestimmung sind die Leitbilder, wenn im Ministerrat getroffene Verbundentscheidungen die Frage nach Legitimationsdefiziten auslösen, zentrale Rechtsetzung unter ein Rechtfertigungsgebot (in Gestalt des Subsidiaritätsprinzips) gestellt wird (Art. 5 EGV) oder die Grundfreiheiten als Rechtsetzungsschranken der Mitgliedstaaten in Stellung gebracht werden.<sup>77</sup> Den Zielen und Handlungsformen der Union entspricht indes

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> BVerfGE 98, 106 (120); krit. *A. Hanebeck* Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber, Der Staat 41 (2002), 429 (432ff.); s. dagegen *S. Haack* Widersprüchliche Regelungskonzeptionen im Bundesstaat, 2002, 120ff. Die Entscheidung wird aufgegriffen durch den neu gefassten Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG ("Abfallwirtschaft" statt "Abfallbeseitigung").

<sup>75</sup> J.H. Kaiser Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), 1 (23 ff.); H.P. Ipsen Zur Exekutiv-Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, FS Lerche, 1993, 425 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Varianten bei *F.W. Scharpf* Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?, 1999, 12 ff.; *P. Lindseth* Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community, Columbia L Rev. 99 (1999), 628 ff.; *A. Moravcsik* In Defence of the "Democratic Deficit": Reassessing Legitimacy in the European Union, JCMSt 40 (2002), 603 ff.; *G. Majone* Regulatory legitimacy, in: ders. (Hrsg.) Regulating Europe, 1996, 284 (294 ff.); krit. *A. Schäfer* Die demokratische Grenze output-orientierter Legitimation, integration 2006, 187 ff.

<sup>77</sup> Dass die Entscheidung für den Verbund zu Lasten der demokratischen Selbstbestimmung geht, ist keine neue Erkenntnis, s. P. Badura Bewahrung und Veränderung

keine geschlossene föderale Idee. Vielmehr lassen sich unterschiedliche Vorstellungen gleichzeitig erkennen.

## 2. Rechtsetzung

#### a) Kompetenzverteilung

Rechtsetzung auf europäischer Ebene lässt sich nicht nur als Verlust, sondern auch als Zugewinn von Regelungsautonomie begreifen, wo die Mitgliedstaaten im Verbund Ziele verwirklichen können, die ihnen je für sich nicht in gleicher Weise erreichbar sind. Die Kompetenznormen des Unionsrechts sind je nach dem Grad der Verständigung über derartige Ziele differenzierend gestaltet.<sup>78</sup> Einige von ihnen wie die Binnenmarktkompetenz (Art. 95 EGV) sind zielorientiert und nehmen Komponenten der Finalität des Gesamtverbandes auf,79 andere wie die Gesundheitspolitik (Art. 152 EGV) sind ordnungspolitischer Natur und eng begrenzt. Der EuGH hat die Inanspruchnahme der Zuständigkeiten lange als Frage des politischen Gestaltungsspielraums angesehen.80 In dem Maße, in dem sich Mehrheitsentscheidungen im Rat durchsetzen, steht einzelnen Mitgliedstaaten kein faktisches Vetorecht mehr zu, was stellenweise zu einer intensiveren Prüfung geführt zu haben scheint.81 Eine insgesamt restriktivere Haltung gegenüber der Ausübung von Gemeinschaftszuständigkeiten muss dies indes nicht bedeuten, wie die neuere Rechtsprechung zu den Annexkompetenzen zeigt.82

demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), 34 (72ff., 95); G. Lübbe-Wolff Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 246 (248ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> H.D. Jarass Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), 173 ff.; J. Martín y Pérez de Nanclares El sistema de competencias de la Comunidad Europea, 1997; C. Trüe Das System der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, 2002, 123 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> H. Steinberger und E. Klein Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 9 (19f.) bzw. 56 (62).

<sup>&</sup>lt;sup>80</sup> Zur umstrittenen Frage, ob das Unionsrecht konkurrierende Kompetenzen kennt, bef. *A. v. Bogdandy/J. Bast* Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union, EuGRZ 2001, 441 (448); abl. *M. Nettesheim* Kompetenzen, in: v. Bogdandy (Fn. 10), 415 (450).

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> EuGH, Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2000, I-4819; krit. Nettesheim (Fn. 80), 443 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> Zu Spekulationen gibt der EuGH in Kommission/Rat, Slg. 2005, I-7879 Anlass, wo er für Rechtsakte, die neben einer Sachmaterie (Umweltrecht) auch strafrechtliche Sanktionen regelt, ein Handeln in der sog. Dritten Säule (Art. 31, 34 EUV) ausschließt und eine Kompetenzabstützung bei der jeweiligen Sachmaterie verlangt, diese also trotz

Die Rechtsetzungstätigkeit der Union hat mit Verwirklichung des Binnenmarktes einen Höhepunkt überschritten. Eine Aussage zum quantitativen Verhältnis der Rechtsetzung auf den verschiedenen Ebenen zu treffen ist indes nur annäherungsweise möglich. Im Bundestag machte die unionsrechtlich induzierte Gesetzgebung, d.h. die Umsetzung von Richtlinien, Anpassungen an Verordnungen und Ratsbeschlüsse sowie Gesetzgebungsvorhaben, die von Empfehlungen der Kommission, Übereinkommen und intergouvernementalen Abkommen ausgingen, zuletzt etwa ein Drittel aller verabschiedeten Gesetze aus.83 Auf Länderebene, die statistisch nicht systematisch erfasst wird, liegt der Anteil angesichts der ohnehin beim Bund liegenden Zuständigkeiten deutlich darunter. Das Gemeinschaftsrecht wirkt sich hier zwar auf eine Reihe von Materien aus, verlangt den Ländern aber - vom Umweltrecht abgesehen – meist nur punktuelle Korrekturen ab.<sup>84</sup> Eine Tendenz zur Harmonisierung ist beabsichtigt und in den Gründungverträgen angelegt, doch kann man im Ergebnis nicht von einem Prozess der sachlichen Unitarisierung sprechen, der der Entwicklung in manchen Bundesstaaten vergleichbar wäre.

#### b) Verfahren der Sekundärrechtsetzung

#### aa) Europäische Ebene

Der europäische Rechtsetzungsprozess weist einige Parallelen zum deutschen Bundesstaat auf, teils weicht er aber auch erheblich von ihm ab. Die Gemeinsamkeiten liegen in der Überweisung mancher Zuständigkeiten als ausschließliche an den Gesamtverband, der Beteiligung der Mitgliedstaaten durch ein Organ der Regierungsvertreter und dem dadurch bedingten Verhandlungscharakter des Rechtsetzungsverfahrens, ferner in deren indirekter Legitimation durch ihre jeweiligen Parlamente sowie in den Versuchungen, die sich für die Regierungen aus der Verflechtung der Ebenen und der aus ihr folgenden Diffusion politischer Verantwortung ergeben.

der engen Beschränkung der Strafrechtskompetenzen (Art. 135, 280 Abs. 4 S. 2 EGV) für möglich hält.

<sup>&</sup>lt;sup>83</sup> Für die vierzehnte Wahlperiode (1998–2002) ausgewiesen im Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages 1994–2003, 2005, 601 f.; mitgezählt sind Anpassungen an die Rechtsprechung des EuGH.

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> Das dürfte die kontroversen Befunde erklären, die hier erhoben wurden, s. Fn. 40. Eine systematische gesetzesförmliche Richtlinienumsetzung durch die Länder findet erst seit Anfang der 90er Jahre statt, s. *Haslach* (Fn. 56), 97 ff., 319 f., was Aussagen aus den 80er Jahren (s.o. bei Fn. 40) relativiert; s. auch *U. Heemeyer* Die Kompetenzordnung eines zukünftigen europäischen Verfassungsvertrages, 2004, 89 ff.

Das Initiativmonopol der Kommission und die Gewichtsverteilung zwischen Ministerrat und Parlament machen hingegen deutlich, dass derartige Vergleiche immer problematisch sind. Das bei der Kommission liegende Entwurfsstadium stellt einen für externe Einflussnahme nicht nur anfälligen, sondern auf sie angewiesenen Informations- und Aushandlungsprozess dar, der zwar gewissen Routinen folgt, in seinen Einzelheiten aber kaum verrechtlicht ist. Bereits in dieser Phase werden Vertreter der Mitgliedstaaten einbezogen. Der Mangel an effektiver parlamentarischer Verantwortlichkeit der Kommission für diese Arbeit mag durch die Beteiligung Betroffener und den diskursiven Charakter des Verfahrens abgemildert werden, eine Kompensation kann dies nicht sein. Andererseits kann man die Unabhängigkeit des Parlaments vom Erfolg der Kommission und die dadurch mögliche Distanz auch als Vorteil sehen.

Dass die Mehrheitserfordernisse im Rat die zweite Ursache für den Verhandlungscharakter des europäischen Rechtsetzungsverfahrens bilden, ist offensichtlich. Die nationalen Parlamente haben hier nur den Einfluss, den ihnen die Verfassungen der Mitgliedstaaten zugestehen. Dieser ist aus nahe liegenden Gründen schwach. Nach deutschem Recht sind die Stellungnahmen des Bundestages gem. Art. 23 Abs. 3 GG nicht verbindlich.<sup>87</sup> Aber auch eine formal striktere Bindung würde nicht viel ändern.<sup>88</sup> Substanzielle Beteiligung setzte neben einer effektiven Ver-

<sup>&</sup>lt;sup>85</sup> Siehe schon K. Schwaiger/E. Kirchner Die Rolle der europäischen Interessenverbände, 1981, 41 ff.; R. Herten-Koch Rechtsetzung und Rechtsbereinigung in Europa, 2003, 128 ff.; ursprünglich war ein Motiv für die anfangs schwache Kompetenzausstattung der parlamentarischen Versammlung die Befürchtung gewesen, über sie könnten Interessengruppen Vetopositionen aufbauen, s. G. Thiemeyer Die Ursachen des "Demokratiedefizits" der Europäischen Union aus geschichtswissenschaftlicher Perspektive, in: Loth (Hrsg.) Das europäische Projekt zu Beginn des 21. Jahrhunderts, 2001, 27 (44 f.).

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> S. *Lübbe-Wolff* (Fn. 77), S. 279 ff.; daher läge in einem Hinweis auf Parallelen zur Vorprägung der Gesetzgebung durch Regierungen kein Einwand; zu ihnen *A. v. Bogdandy* Gubernative Rechtsetzung, 2000, 66 ff.

<sup>87</sup> Für die hL S. Hölscheidt Mitwirkungsrechte des Deutschen Bundestages in Angelegenheiten der EU, APuZ 2000, B 28, 31 (33); zur Praxis H. Pehle Der deutsche Bundestag, in: Dieringer u.a. (Hrsg.) Europäische Entscheidungen kontrollieren, 2005, 93 (100 ff.); Art. 23 e Abs. 2 B-VG ermöglicht nach dänischem Vorbild Verhandlungsmandate, s. H. Schäffer Österreichs Beteiligung an der Willensbildung in der Europäischen Union, insbesondere an der europäischen Rechtsetzung, ZöR 50 (1996), 3 (43 ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> Die Ausgestaltung der Parlamentsrechte ist für deren effektive Einflussnahme nicht entscheidend, s. in historisch-vergleichender Sicht *M. Zier* Nationale Parlamente in der EU, 2005, 79 ff., 331 ff.

fahrensgestaltung auch entsprechende Kapazitäten und vor allem den politischen Willen voraus, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, woran es angesichts der Interessenparallelität zwischen Parlamentsmehrheit und Regierung und drohender Abstimmungsniederlagen im Rat als Preis für starre Verhandlungspositionen oft fehlen wird.<sup>89</sup>

Das Europäische Parlament ist daher als zweiter Pfeiler einer dualen Legitimationsstruktur ernstzunehmen. Dass seine Rechtsstellung durch kontinuierliche Erweiterung des Mitentscheidungsverfahrens gestärkt worden ist, muss als Ausgleich zum Funktionsverlust der nationalen Parlamente verstanden werden. Daher ist auch Regelungstechniken mit Skepsis zu begegnen, die dessen Umgehung ermöglichen, wie dies gem. Art. 138, 139 EGV im Bereich des Arbeitsrechts der Fall ist; dort können an die Stelle des Parlaments die Sozialpartner treten.

Da das Europäische Parlament weder über ein eigenes Initiativrecht noch über die Möglichkeit verfügt, Änderungen aus eigener Kraft durchzusetzen, es andererseits aber Vermittlungsvorschläge machen und Rechtsakte ablehnen kann (Art. 251 Abs. 2, 5 und 6 EGV), gibt es

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> Vgl. *P. Weber-Panariello* Nationale Parlamente in der Europäischen Union, 1995, 309 ff.; s. auch *A. Maurer* Parlamentarische Demokratie in der Europäischen Union, 2002, 376 ff.; Untersuchung der verschiedenen Möglichkeiten der Einflussnahme bei *P. Kiiver* The National Parliaments in the European Union, 2006.

<sup>90</sup> Vgl. EGMR, Matthews/Vereinigtes Königreich, Slg. 1999-I, 253 § 52 (EP als Hauptorgan der demokratischen Kontrolle); nationale Parlamente als primäre Legitimationsquelle bei *W. Kluth* Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, 1995, 96; *H.-G. Kamann* Die Mitwirkung der Parlamente der Mitgliedstaaten an der europäischen Gesetzgebung, 1997, 258f.; *M. Kaufmann* Europäische Integration und Demokratieprinzip, 1997; krit. *B.-O. Bryde* Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, StWStP 5 (1994), 305 (306, 323); iSe dualen Legitimationsstruktur auch *S. Magiera* Die Arbeit des europäischen Verfassungskonvents und der Parlamentarismus, DÖV 2003, 578 ff.; *Dann* (Fn. 14), 279 ff.; *F. Sander* Repräsentation und Kompetenzverteilung, 2005, 284 ff., 481 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Im Einzelnen *A. Maurer* Das Europäische Parlament in der Gesetzgebung, in: ders./Nickel (Hrsg.) Das Europäische Parlament, 2005, 93 (101).

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> Vgl. BVerfGE 89, 155 (184f.: EP als schritthaltend mit der Kompetenzausstattung der EU notwendige, "ergänzend[e] ... demokratische Abstützung").

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> S. aber EuG, UEAPME, Slg. 1998, II-2355 Rn. 89 (Vermittlung demokratischer Legitimation durch die Verbände); dagegen zu Recht *G. Britz/M. Schmidt* Die institutionalisierte Mitwirkung der Sozialpartner an der Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1999, 467 (490f.); *K. Langenbucher* Zur Zulässigkeit parlamentsersetzender Normgebungsverfahren im Europarecht, ZEuP 2002, 265 (278f.: Vermittlung allein durch Ratsvertreter). Entsprechendes gilt für Formen der Selbstregulierung und Coregulierung, die freiwillige Verhaltenskodizes der Industrie erzeugen bzw. Ziele verbindlich vorgeben; s. *T. Oppermann* Europarecht, 3. Aufl. 2005, § 6 Rn. 113, mit dem Beispiel der Reduzierung von CO2-Emissionen durch Pkw.

auf europäischer Ebene parlamentarische Arbeit und Gesetzgebung ohne autonome demokratische Gesamtleitung.<sup>94</sup> Wenn das Legitimationsdilemma, das zwischen Aufrechterhaltung der Letztverantwortung der Mitgliedstaaten und deren faktischer Wahrnehmung durch die Regierungen entstanden ist, nicht im Sinne einer vollwertigen europäischen Legislative aufgelöst werden soll, bleibt nur, die bestehende Gestaltungsform des Rechtsetzungsprozesses kontinuierlich zu verbessern. Das Demokratieprinzip ist dabei als Optimierungsgebot zu verstehen.<sup>95</sup>

## bb) Umsetzung

In der Umsetzungsphase variiert die Art der Vorbindung mit der Art des Rechtsaktes. Inhaltlich, d.h. bezüglich der Regelungsdichte sind die Unterschiede zwischen Verordnung und Richtlinie unerheblich. Die Richtlinie findet hier - ebenso wie neuerdings der Rahmenbeschluss (Art. 34 Abs. 2 EUV) - gleichwohl besonderes Interesse, da sie einen Umsetzungsakt voraussetzt (Art. 249 UAbs. 3 EGV). Soweit Richtlinien detaillierten Modellgesetzen entsprechen, ist nur noch über Ort und Form der Einpassung ihres Inhaltes in das bestehende Recht zu befinden. 96 Aber auch dort, wo Rechtsakte parlamentarische Freiräume belassen, werden diese oft nicht genutzt, wie die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den europäischen Haftbefehl deutlich gemacht hat, bei der der Gesetzgeber sich eine Unterschreitung seines gesetzgeberischen Ermessens vorwerfen lassen musste. 97 Auch den umgekehrten Fall gibt es, in dem ein Gesetzesvorhaben gleichsam im Windschatten eines Umsetzungsgesetzes eingebracht wird, um weitergehende Ziele zu erreichen. Für die Gesetzesbegründung ist insoweit ein hinreichendes Maß an Klarheit darüber zu verlangen, welche Teile des Gesetzes europarechtlich induziert sind und welche nicht.

Die nationalen Parlamente haben nach alldem eine formale Legitimations- und Kontrollfunktion. Man kann von beauftragter Rechtsetzung

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> Zur Anwendung eines Begriffs formeller und materieller Gesetzgebung auf die europäische Rechtsetzung A. H. Türk The Concept of Legislation in European Community Law, 2006, 77 ff., 187 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>95</sup> Vgl. A. v. Bogdandy Demokratisch, demokratischer am demokratischsten?, FS Hollerbach, 2001, 363 ff.; B.-O. Bryde Demokratisches Europa und Europäische Demokratie, FS Zuleeg, 2005, 131 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> Dazu *G. Winter* The Directive: problems of construction and directions for reform, in: ders. (Hrsg.) Sources and Categories of European Union Law, 1996, 487 ff.; *S. Pre-chal* Directives in EC Law, 2. Aufl. 2005, 14f.

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> BVerfGE 113, 273; zum neuen Umsetzungsgesetz und den in ihm genutzten Spielräumen K.M. Böhm Das neue Europäische Haftbefehlsgesetz, NJW 2006, 2592 ff.

sprechen, wie sie in föderalen Systemen nicht ungewöhnlich ist. 98 Sie werden als Organe der Mitgliedstaaten, zugleich aber auch im Unionsinteresse tätig. 99 Die Frage, ob nicht gleich zum Mittel der Rechtsverordnung gegriffen werden soll, ist mit Blick auf die entstehende doppelte verfassungsrechtliche Bindung zu beantworten. Sowohl das unionsrechtliche Parallelitätsgebot, das eine Umsetzung zumindest auf der Ebene verlangt, auf der das anzupassende Recht steht, 100 als auch der grundgesetzliche Parlamentsvorbehalt können, je nach Richtlinieninhalt, gegen diese Lösung sprechen.

## c) Kooperative Verflechtungen und Koordination

Die vielfältigen Verflechtungen im Rechtsetzungsverfahren setzen sich bei der delegierten Rechtsetzung im sog. Komitologieverfahren fort.<sup>101</sup> Die zum Zweck der Vorbereitung von Durchführungsrechtsakten eingesetzten Ausschüsse, in denen unter Vorsitz der Kommission nationale Experten arbeiten, erfüllen ein Stück weit eine der Funktionen, die dem Bundesrat in der Gesetzgebung zugedacht sind, indem sie den Sachverstand der Exekutive in den Rechtsetzungsprozess einbeziehen. Sie besitzen zwar formal keine eigene Rechtsetzungsbefugnis, haben aber erheblichen Einfluss, wie die Maßnahmen zur Bekämpfung von BSE<sup>102</sup> oder im Zuge des Aktionsplanes Finanzdienstleistungen<sup>103</sup> belegen. Dabei behält der Rat gegenüber der Kommission die Letztentscheidung, wenn diese bei Rezeption von Stellungnahmen der Aus-

 $<sup>^{98}</sup>$  Vgl. T. Schilling Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994, 98 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> Vgl. bereits den Ansatz bei *M. Pechstein* Die Mitgliedstaaten der EG als "Sachwalter des gemeinsamen Interesses", 1987, 145 ff. (beschränkt auf "Funktionsstörungen" der Gemeinschafsrechtsetzung); *Kamann* (Fn. 90), 317 f. (bzgl. der Mitwirkung an der Rechtsetzung durch den Rat).

<sup>100</sup> I. Pernice Kriterien der normativen Umsetzung von Umweltrichtlinien der EG im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, EuR 1994, 325 (333).

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> Grundlage ist der sog. Komitologie-Beschluss, ABI. 1999 L 184/23, ergänzt durch interinstitutionelle Vereinbarung zwischen Kommission und Parlament, ABI. 2000 L 256/19 und Ratsbeschluss, ABI. 2006, L 200/11; zur Vorgeschichte *C. Demmke/G. Haibach* Die Rolle der Komitologieausschüsse bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts und in der Rechtsprechung des EuGH, DÖV 1997, 710ff.; *C.F. Bergström* Comitology, 2005, 43 ff.; empirische Untersuchung bei *A.E. Töller* Komitologie, 2002, 231 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>102</sup> *J. Falke* Komitologie – Entwicklung, Rechtsgrundlagen und erste empirische Annäherung, in: Joerges/Falke (Hrsg.) Das Ausschusswesen der Europäischen Union, 2000, 43 (117 ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>103</sup> K.U. Schmolke Die Einbeziehung des Komitologieverfahrens in den Lamfalussy-Prozess, EuR 2006, 432 ff.

schüsse von diesen abweichen will. Soweit das Europäische Parlament an der Entstehung des Basisrechtsaktes beteiligt war und dieser eine zureichende Delegationsnorm enthält, wird gegen alldies nicht viel einzuwenden sein. 104 Rechtspolitisch ist es indes unbefriedigend, dass es zu einer Verkürzung der Parlamentsbeteiligung kommen kann, wenn Durchführungsrecht den Basisrechtsakt modifiziert. Kritik ist durch verbesserte Information und ein Recht zur – zuletzt bindenden – Beanstandung des Parlaments begegnet worden. 105

Noch ein zweites Phänomen verdient unter dem Gesichtspunkt der Rechtsetzungsautonomie mehr Beachtung als bisher. Als Alternative zum Mittel der Harmonisierung bedienen sich die Unionsstaaten standardisierter Formen der politischen Koordination. Nach Anfängen in der Wirtschaftspolitik (Art. 99 EGV) ist dies heute überall dort der Fall, wo der Union die Rolle der Unterstützung, Förderung und ergänzenden Begleitung nationaler Politik zugedacht ist. 106 Auf den meisten dieser Felder findet solche Kooperation durch die Offene Methode der Koordinierung statt, die auf die sog. Lissabon-Strategie zurückgeht. 107 Um des Zieles der Entwicklung eines dynamischen, wettbewerbsorientierten, wissensbasierten Wirtschaftsraums willen arbeiten die Mitgliedstaaten auch in Bereichen zusammen, in denen sie ihre Zuständigkeiten behalten haben. Dies soll durch Leitlinien, Zeitpläne, qualitative und quantitative Maßstäbe ("benchmarks") sowie ein Berichts- und Evaluierungswesen geschehen, das Anreize zu eigenständigen Maßnahmen

<sup>&</sup>lt;sup>104</sup> R. Streinz Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 524; zu den Anforderungen an eine Ermächtigung EuGH, Köster, Slg. 1970, 1161 Rn. 6; Parlament/Rat, Slg. 1996, I-2943 Rn. 23; Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, Slg. 2005, I-10553; s. auch den Vorschlag bei Joerges Die europäische Komitologie, in: ders./Falke (Fn. 102), 17 (35 ff.), in diesen Verfahren Äußerungen eines "deliberativen Supranationalismus" zu sehen, der seine Grundlage aus der diskursiven Qualität seines Zustandekommens beziehe; s. auch D. Curtin Postnational democracy, 1997, 53 ff. Diskursive Verfahren können zu den konstituierenden Legitimationsgemeinschaften zurückführende Strukturen ergänzen, aber nicht ersetzen, ebenso D. Ehlers Die Staatsgewalt in Ketten, FS Stein, 2002, 125 (141); Möllers (Fn. 13), 60 ff., 274 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>105</sup> Ratsbeschluss, ABI. 2006, L 200/11; Art. I-36 Abs. 2 VfV sieht ein umfassendes Rückholrecht vor.

<sup>&</sup>lt;sup>106</sup> Art. 128 (Beschäftigungspolitik), 137 Abs. 2 lit. a (Sozialpolitik), 149 Abs. 4 (Bildungspolitik), 152 Abs. 4 lit. c (Gesundheitswesen), 157 (Industriepolitik), 163 (Forschung) EGV.

<sup>&</sup>lt;sup>107</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Lissabon v. 23./24. 3. 2000, Bull EU 3–2000, Ziff. 1.18.37; dazu *M. Göbel* Von der Konvergenzstrategie zur offenen Methode der Koordinierung, 2002, 145 ff. Der Verfassungsvertrag sieht die OMK ausdrücklich für die in Fn. 106 genannten Bereiche vor (Art. III-206, 213, 250, 278, 279), nicht jedoch für die Bildungspolitik.

schafft. Rechtlich bleibt dies unverbindlich, doch finden faktisch nicht unerhebliche Festlegungen statt. Diese Formen der Politikkoordinierung erinnern an die intraföderale Ebene im Bundesstaat, lassen sich also als kooperatives Unionsrecht kennzeichnen,<sup>108</sup> doch tragen sie auch Züge eines experimentellen Föderalismus im oben beschriebenen Sinne. Die Effekte für die mitgliedstaatliche Gesetzgebung sind schwer messbar. Die Rolle der nationalen Parlamente in diesem Prozess wäre erst noch zu entwerfen.<sup>109</sup>

#### 3. Rechtsprechung und individuelle Rechte

#### a) Grundfreiheiten und Anerkennungsprinzip

Der neben Harmonisierung und Koordination dritte Faktor, der die staatliche Gesetzgebung bindet, ist die Sperrwirkung des Primärrechts, insbesondere der Grundfreiheiten. Solange zentrale Rechtsetzung am Einstimmigkeitserfordernis und an politischer Uneinigkeit im Ministerrat gescheitert war, hat der EuGH die Rolle eines Ersatzgesetzgebers übernommen. Manchen seiner Rechtsprechungslinien ist eine nachfolgende Kodifizierung oder die Übernahme bestimmter Prinzipien als Gemeinschaftsstrategie gefolgt.

Im Bereich der Freiheit des Warenverkehrs hat der weit ausgelegte Tatbestand des Art. 28 EGV das Erfordernis nach sich gezogen, auch den Kreis der Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen über das geschriebene Recht (Art. 30 EGV) hinaus zu erweitern, was in seiner Verbindung nahezu jede wirtschaftsrechtliche Regelung der Mitgliedstaaten einer richterlichen Überprüfung zugänglich gemacht hat.<sup>111</sup> Eine ähn-

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> Zum Begriff J. Wuermeling Kooperatives Gemeinschaftsrecht, 1988, 2, der hierunter alle Rechtsakte der Gesamtheit der EG-Mitgliedstaaten fasst; nach dort vorgeschlagener Begriffsbildung würde es sich um den Unterfall des komplementären Gemeinschaftsrechts handeln, ebd. 164ff., im Anschluss an P. Pescatore L'Ordre juridique des Communautés européennes, 1975, 153.

<sup>&</sup>lt;sup>109</sup> *T. Raunio* Does the OMC Really Benefit National Parliaments, ELJ 12 (2006), 130 ff.; *E. Szyszczak* Experimental Governance: The Open Method of Coordination, ELJ 12 (2006), 486 (495 ff., 500).

 $<sup>^{110}</sup>$  Grundlegend  $\emph{J.H.}$  Weiler The Transformation of Europe, Yale LJ 100 (1991), 2403 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> EuGH, Dassonville, Slg. 1974, 837 Rn. 5; Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649 Rn. 8.
Übersicht zu den erfassten Regelungsbereichen bei S. Leible in: Grabitz/Hilf (Hrsg.)
Das Recht der Europäischen Union, Art. 28 EGV (2000), Rn. 33ff.; P. Oliver Free Movement of Goods in the European Community, 4. Aufl. 2003, 158ff.

liche Dynamik hat die Rechtsprechung zu den personenbezogenen Grundfreiheiten durchlaufen.<sup>112</sup>

Ein Grund für die umfassende Überformung nationalen Gesetzesrechts durch die Grundfreiheiten liegt darin, dass das Gemeinschaftsrecht nicht die Sachmaterie, sondern die Auswirkungen auf den Binnenmarkt in den Blick nimmt. Auf ihn beziehen sich die für alle Grundfreiheiten gleichermaßen geltenden Marktzugangsgarantien und Diskriminierungsverbote, die je nach Schutzbereich an der Herkunft des Produkts,<sup>113</sup> der Gründungsrechtsordnung von Gesellschaften,<sup>114</sup> der Urheberschaft von Erlaubnissen, Zeugnissen oder anderen amtlichen Erklärungen<sup>115</sup> oder allgemein am Angewiesensein auf den Grenzübertritt<sup>116</sup> anknüpfen.

So unterschiedlich die Interpretationen dieser Rechtsprechung auch sind, so lassen sie sich doch auf bestimmte Leitbilder föderaler Ordnung zurückführen.<sup>117</sup> Wo Harmonisierung durch zentrale Rechtsetzung nicht stattfindet, lässt sich der Schutz der Grundfreiheiten je nach Blickwinkel entweder als Verwirklichung subjektiver Rechte oder als Abwägung zwischen mitgliedstaatlichen Interessen und der Einheit des Binnenmarktes deuten. Der subjektiv-rechtlichen Sicht korrespondiert das Anerkennungsprinzip,<sup>118</sup> das eine faktische Erstreckung von Rechtsfolgen des einen auf die Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten bewirkt.<sup>119</sup> Die Konkurrenz zwischen Produktstandards oder Normen des Gesellschaftsrechts fördert – in der Theorie – die wirt-

<sup>&</sup>lt;sup>112</sup> Statt vieler *R.C. White* Workers, Establishment and Services in the European Union, 2004, 255 ff.

<sup>113</sup> EuGH, Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649 Rn. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>114</sup> EuGH, Centros, Slg. 1999, I-1459; Überseering, Slg. 2002, I-9919; Inspire Art, Slg. 2003, I-10155; SEVIC Systems, Slg. 2005, I-10805.

<sup>115</sup> EuGH, Angonese, Slg. 2000, I-4139.

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> EuGH, Bosman, Slg. 1995, I-4921; Carpenter, Slg. 2002, I-6279.

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> Dazu M. Poiares Maduro We The Court, 1998, 105 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> In der dt. Lit. wird meist die subjektiv-rechtliche Komponente betont, unabhängig davon, ob die Grundfreiheiten als besondere Formen von Grundrechten angesehen (so *D. Ehlers* Allgemeine Lehren, in: ders. [Hrsg.] Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, § 7 Rn. 15) oder von diesen unterschieden werden, s. *T. Kingreen* Grundfreiheiten, in: v. Bogdandy (Fn. 10), 631 (655f.); damit erweisen sich nationale Gesetze in erster Linie als deren Schranke. Die Folgen für das Verhältnis der staatlichen Rechtsordnungen untereinander werden bisher nur im Internationalen Gesellschaftsrecht erkennbar, s. Fn. 114.

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup> So benannt in *Kommission* Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat zur Vollendung des Binnenmarktes, KOM (85) 310 endg., Rn. 63; EuGH, Kommission/ Frankreich, Slg. 1998, I-6197 Rn. 28.

schaftliche Freiheit.<sup>120</sup> Rückt man den politischen Regelungszweck der mitgliedstaatlichen Maßnahme in den Vordergrund, wird man dazu neigen, die Legitimation binnenmarktbezogener Regelungen auf die Mitgliedstaaten zurückzuführen. Die Staaten bleiben zur Rechtsetzung berechtigt, solange sie keine ungerechtfertigten Diskriminierungen enthält. Die Rationalität, die hinter dieser Entwicklung steht, kann also je nach Standpunkt in der föderalen Vielfalt der Systeme oder in der Funktionsfähigkeit des einheitlichen Binnenmarktes und mit ihr in der Chancengleichheit in einem überstaatlich integrierten Wirtschaftsraum gesehen werden.

## b) Erstarkung der Grundfreiheiten zu Grundrechten

In der Rechtsprechung des EuGH tritt ebenso wie im geschriebenen Recht seit einiger Zeit immer deutlicher das Motiv hinzu, in einem ganz allgemeinen Sinn für Freiheit vor Ungleichbehandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit und des Wohnsitzes zu sorgen. Ansatzpunkte bieten neben den Grundfreiheiten das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV und die Unionsbürgerschaft (Art. 17 ff. EGV).<sup>121</sup> Art. 12 EGV bezieht sich auf den "Anwendungsbereich des Vertrages", zu dem auch Bereiche gehören, für die die Union keine Regelungszuständigkeit besitzt.<sup>122</sup> Diese Rechtsprechung hat immer wieder insbesondere im Hochschulbereich für Furore gesorgt,<sup>123</sup> aber auch im Steuerrecht<sup>124</sup> und – in Verbindung mit dem Unionsbürgerstatus (Art. 17 f. EGV) – im Sozialhilferecht<sup>125</sup> Urteile hervorgebracht, deren Folgen sich

<sup>&</sup>lt;sup>120</sup> Wenn dem Anerkennungsprinzip, anders als im Wirtschaftsrecht, kein subjektives Recht entspricht, das gegen nationales Recht gewendet werden kann, kann es zum gegenteiligen Effekt einer belastenden Ausdehnung staatlicher Jurisdiktion und zu Rechtsunsicherheit führen, wie dies infolge der Anerkennungspflichten der Fall ist, die der Rahmenbeschluss über den europäischen Haftbefehl auslöst; krit. daher S. Weber Keine gegenseitige Anerkennung ohne Harmonisierung des nationalen Strafrechts in der EU, integration 2006, 49 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup> EuGH, Grzelczyk, Slg. 2001, I-6193 Rn. 31: Unionsbürgerschaft als "der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten".

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> EuGH, Casagrande, Slg. 1974, 773 Rn. 6.

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> S. schon EuGH, Gravier, Slg. 1985, 593 Rn. 23 ff; zuletzt Kommission/Österreich, Slg. 2005, I-5969.

<sup>&</sup>lt;sup>124</sup> EuGH, Commerzbank, Slg. 1993, I-4017 Rn. 15; Lindfors, Slg. 2004, I-7183 Rn. 34ff.

<sup>&</sup>lt;sup>125</sup> EuGH, Martínez Sala, Slg. 1998, I-2691 (Erziehungsgeld); Elsen, Slg. 2000, I-10409 (Anrechnung von Erziehungszeiten); Grzelczyk, Slg. 2001, I-6193 (Existenzminimum für Studenten); D'Hoop, Slg. 2002, I-6191 (Überbrückungsgeld); Collins, Slg. 2004, I-2703 (Arbeitslosenunterstützung); Pusa, Slg. 2004, I-5763 (Pfändung in der

nur schwer überblicken lassen.<sup>126</sup> In Teilen ist sie inzwischen sekundärrechtlich kodifiziert worden.<sup>127</sup> In seiner sozialen Ausrichtung wird das Diskriminierungsverbot mit der Erwartung einer sozialen Mindestsolidarität zwischen den Mitgliedstaaten im Hinblick auf Unionsbürger verbunden, die sich rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten.

Das Sekundärrecht hat weitere Diskriminierungsverbote geschaffen, die die Rechtsprechung zu grundrechtsgleicher Wirkung verstärkt hat, indem sie bspw. aus dem Richtlinienrecht ein Recht von Frauen auf diskriminierungsfreien Zugang zum öffentlichen Dienst und zu den Streitkräften ableitet.<sup>128</sup>

Im Gegensatz zu den Grundfreiheiten und den Diskriminierungsverboten haben sich die Grundrechte in der Rechtsprechung des EuGH bisher kaum als Schranke für die staatliche Gesetzgebung ausgewirkt.<sup>129</sup> Die an sich berufene EMRK (Art. 6 Abs. 1 und 2 EUV) ist in sehr viel stärkerem Maße kraft verfassungsrechtlicher Rezeption der Mitgliedstaaten als aufgrund des Unionsrechts zu einer Bindung der Rechtsetzung geworden.<sup>130</sup> Der Furcht vor Unitarisierungstendenzen der Grundrechte wird im Verfassungsvertrag, der die EMRK und sekundärrechtlich gewährte Rechte in sich aufnimmt, durch zahllose Hinweise auf den Kompetenzbestand der Mitgliedstaaten begegnet.

Zwangsvollstreckung); Trojani, Slg. 2004, I-7573 (Existenzminimum für Mittellosen); Bidar, Slg. 2005, I-2119 (Ausbildungsförderung).

<sup>&</sup>lt;sup>126</sup> Zur Kritik *K. Hailbronner* Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, 2185 ff.; *ders.* Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen, JZ 2005, 1138 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>127</sup> Näher C. Schönberger Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, 226 ff.; J.Y. Carlier Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne: regard sur la directive 2004/38, CDE 2006, 13 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> EuGH, Kreil, Slg. 2000, I-69; dazu *J.A. Kämmerer* Föderale Kompetenzkonflikte und Grundrechtsjudikatur in Europa, in: Graf Vitzthum (Hrsg.) Europäischer Föderalismus, 2000, 37 (47 ff.). In diese Richtung auch EuGH, Mangold, Slg. 2005, I-9981. Das Urteil wirft die Frage auf, ob die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist generell zur Pflicht werden soll, wenn die Richtlinie einen allgemeinen Rechtsgrundsatz konkretisiert, s. *A. v. Oettingen/D. Rabenschlag*, Europäische Richtlinien und allgemeiner Gleichheitssatz im innerstaatlichen Recht, ZEuS 2006, 323 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>129</sup> Eine Ausnahme bildet der Bereich, in dem die Mitgliedstaaten den ordre public-Vorbehalt der Grundfreiheiten für eigene Rechtsetzung nutzen; sie spielt aber kaum eine Rolle, s. EuGH, ERT, Slg. 1991, I-2925 Rn. 43 f.

<sup>&</sup>lt;sup>130</sup> Zu Österreich *Oehlinger* (Fn. 38), Rn. 131; zur Schweiz *Häfelin/Haller* (Fn. 29), Rn. 235 ff.; zu Deutschland *R. Uerpmann* Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1991, 41 ff.; *S. Kadelbach* Der Status der Europäischen Menschenrechtskonvention im deutschen Recht, Jura 2005, 480 (480 f.).

## 4. Europäische Verfassung

Der Verfassungsvertrag versucht, zutage getretenen Aporien durch föderale Konstitutionalisierung entgegenzuwirken. <sup>131</sup> Als strukturell problematisch gilt nach wie vor die Rechtsetzung. Wege, Defiziten entgegenzuwirken, bestehen in der kürzlich beschlossenen Offenlegung politischer Verantwortlichkeiten durch Öffentlichkeit der Ratsverhandlungen, <sup>132</sup> in der Stärkung der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Kommission und – eher politisch als rechtlich problematisch – der Zubilligung eines eigenen Initiativrechts an das Parlament.

Einige dieser Wege werden im neuen Verfassungsvertrag beschritten,<sup>133</sup> der damit Ansätze früherer Vertragsrevisionen fortschreibt. Die Erhöhung der Zahl der Mehrheitsentscheidungen im Rat stärkt das demokratische gegenüber dem föderalen Prinzip und schwächt Vetopositionen im Aushandlungsprozess.<sup>134</sup> Die Vermehrung der Fälle, für die das Mitentscheidungsverfahren gilt, festigt die duale Legitimation.<sup>135</sup> Auf den Gedanken größerer demokratischer Selbstbestimmung der Ebenen gehen die neuen Kompetenzkataloge<sup>136</sup> und der sog. Frühwarn-

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> S. zuletzt die Analyse bei *G. Majone* Dilemmas of European Integration, 2005, 138 ff., 195 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>132</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel v. 15. und 16. 6. 2006, Rn. 35; danach sollen die Beratungen des Rates im Rahmen des Mitentscheidungsverfahrens (Art. 251 EGV) künftig öffentlich sein; s. C. Sobotta Transparenz in den Rechtsetzungsverfahren der Europäischen Union, 2001, 198 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>133</sup> Zu einem begrenzten Initiativrecht Art. I-34 Abs. 3 VfV; weitergehende Forderungen des Parlamentes sind problematisch, weil der Rat dann ebenfalls die Initiative verlangen und die Kommission ihre Sonderstellung im institutionellen Gefüge einbüßen würde; deshalb bleiben Einwände theoretisch, dass dies dem institutionellen Gleichgewicht und der dualen Legitimation des Rechtsetzungsprozesses widerspräche. Bei Ernennung des Kommissionspräsidenten sollen künftig die Wahlen zum Europäischen Parlament berücksichtigt werden, Art. I-27 Abs. 1 VfV.

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup> Die derzeit zur Ratifizierung aufgelegte Fassung sieht vor, dass 55% der Mitgliedstaaten, die zusammen 65% der Bevölkerung ausmachen, die Mehrheit bilden (Art. I-25 VfV), statt wie bisher 72% der Stimmen und auf Verlangen einer qualifizierten Mehrheit 62% der Bevölkerung (Art. 205 EGV). Der Rat entscheidet nun ferner in 156 Verfahren mit Mehrheit (24 mehr als nach dem Vertrag von Nizza), aber immer noch in 78 Angelegenheiten einstimmig.

<sup>&</sup>lt;sup>135</sup> Es wird zum sog. ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. I-34 VfV); die Zahl der Fälle, für die es gelten soll, wird von gegenwärtig 45 auf 86 erhöht, Zählung nach *Maurer* (Fn. 91), 101.

<sup>&</sup>lt;sup>136</sup> Art. I-11 ff. VfV; zwar werden im ersten Teil explizite Kategorien geschaffen und Materien zugeordnet, eine präzise Rückbindung an die konkreten Ermächtigungsnormen in Teil III fehlt jedoch.

mechanismus zugunsten der nationalen Parlamente im Subsidiaritätsprotokoll zurück.<sup>137</sup>

#### IV. Resümee

Koordinierung, Verflechtung der Ebenen und eine Relativierung der Gewaltentrennung sind unvermeidliche Begleiterscheinungen, wenn nicht Definitionsmerkmale des Verbundföderalismus.

Daraus kann man unterschiedliche Schlüsse ziehen. Eine Möglichkeit bestünde darin, Exekutivföderalismus und Europäisierung als Phänomene einer Gesamttendenz zur Entparlamentarisierung aufzufassen,<sup>138</sup> in die sich Internationalisierung durch Vertrag und "soft law", zunehmende Dichte exekutiver Rechtsetzung, Privatisierung von Normgebungsprozessen und Forderungen nach mehr direkter Demokratie als weitere disparate Symptome einfügten. Dann wäre zu fragen, wie man sich mit der Beschränkung der Parlamente auf eine Globalverantwortung, d.h. auf politische Meinungsbildung, Korrektur, Kontrolle und Ratifikation, langfristig arrangieren will. Die Kompetenzausstattung des Europäischen Parlaments würde dann die Richtung anzeigen, in die sich auch die mitgliedstaatlichen Parlamente entwickeln.<sup>139</sup>

Das im demokratischen Prinzip normativ verwurzelte Ideal der Autonomie, davon wurde hier ausgegangen, hält indessen dazu an, den Grad der Verflechtung gering zu halten, das Legitimationsniveau des Verbundes fortlaufend anzupassen und demokratische Strukturen kontinuierlich auf überstaatliche Einrichtungen zu erstrecken. Verfassungspolitisch spricht es dafür, das System dahin gehend auszugestalten, dass eine möglichst weit gehende Verwirklichung demokratischer Freiheit möglich bleibt. Diesem Prinzip folgen, aus unterschiedlichen Richtun-

<sup>&</sup>lt;sup>137</sup> Art. I-11 Abs. 3 UAbs. 2, Abs. 4 UAbs. 2 VfV iVm Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

<sup>&</sup>lt;sup>138</sup> Vgl. *M. Herdegen* Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung, VVDStRL 62 (2003), 7 ff. mit *M. Morlok* ebd. 37 (79 f.); aus politikwissenschaftlicher Sicht *T. Börzel* Europäisierung und innerstaatlicher Wandel. Zentralisierung und Entparlamentarisierung?, PVS 41 (2000), 225 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>139</sup> In diese Richtung A. v. Bogdandy Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?, AöR 130 (2005), 445 (463).

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup> S. bspw. S. Kadelbach Die parlamentarische Kontrolle des Regierungshandelns bei der Beschlussfassung internationaler Organisationen, in: Geiger (Hrsg.) Neuere Probleme der parlamentarischen Legitimation im Bereich der auswärtigen Gewalt, 2003, 41 ff.

gen, sowohl die deutsche Föderalismusreform als auch der europäische Verfassungsvertrag.

Unitarisierung, kooperativer Bundesstaat und die Nutzung des Bundesrates im bundesweiten Parteienwettbewerb haben die Vorstellung starker Ländereigenstaatlichkeit in den Hintergrund treten lassen. Die in der Reform angelegten Ansätze, diesen Prozess in Teilen rückgängig zu machen, empfehlen ein Verständnis, das, wie andere Bundesstaaten auch, von einer Gleichordnung von Bundes- und Länderebene ausgeht.<sup>141</sup> Die neuen Kompetenzzuweisungen und die Anordnungen eines Vorrangs zugunsten der einen oder anderen Ebene lassen sich am besten mit einem kollisionsrechtlichen Verständnis zwischen Bundes- und Landesrecht erfassen, so wie sich auch das Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten als eine derartige plurale, nichthierarchische Struktur beschreiben lässt. 142 Allerdings lassen es Art und Umfang der den Ländern zurückgegebenen Kompetenzen nicht zu, nun die Teilnahme der Länder an einem europaweiten Regulierungswettbewerb der Regionen zu erwarten. Sie beziehen sich nicht oder kaum auf Bereiche, in denen aufgrund des Anerkennungsprinzips die mitgliedstaatlichen Systeme konkurrieren. Der Zwang zur solidarischen Bändigung des Regulierungswettbewerbs ist im Bundesstaat größer als in der Union.

Wie lässt sich nun Autonomie der Gesetzgebung in diesem komplexen Mehrebenensystem verstehen? Das klassische, monolithische Verständnis einheitlicher Staatsvölker als Quelle der Volkssouveränität hat zu verschiedenen Aporien geführt, von der Konstruktion der Souveränität im Bundesstaat bis hin zur Suche nach einem europäischen Volk. Diese ins Vorkonstitutionelle weisenden Fragen waren hier nicht aufzugreifen. Vorgeschlagen wird, für die Zwecke des Verfassungsrechts von verschiedenen Legitimationsgemeinschaften auszugehen, die sich nach Landes-, Staats- und Unionszugehörigkeit bestimmen. Zur Gesetzgebung auf Bundesebene führen – wegen der Beteiligung des Bundesrates – zwei Legitimationsstränge. 143 Eine ähnliche Konstruktion ist in den Gründungsverträgen für die Europäische Union angelegt. 144 Durch

<sup>&</sup>lt;sup>141</sup> Oeter (Fn. 22), 550 ff., 573 ff.; Giegerich (Fn. 10), 877 ff.; Schönberger (Fn. 10), 97 f.; für die Bundestreue Bauer (Fn. 73), 266 ff.; für das Verhältnis von Bundesrecht und Landesrecht E. Sarcevic Das Bundesstaatsprinzip, 2000, 245; zu Österreich E. Wiederin Bundesrecht und Landesrecht, 1995, 39, 70 f.

<sup>&</sup>lt;sup>142</sup> Oeter (Fn. 10), 98f.; dezidiert a.A. R.A. Lorz Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, DVBI. 2006, 1061 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>143</sup> S. *Hanebeck* (Fn. 34), 204f., 277; *B. Pieroth* Plurale und unitarische Strukturen demokratischer Legitimation, EuGRZ 2006, 330 (331f.).

<sup>&</sup>lt;sup>144</sup> Fn. 90; s. auch *M. Schröder* Die Parlamente im europäischen Entscheidungsgefüge, EuR 2002, 301 (314f.).

beide kommt ein komplexer Mechanismus mit teils monistischen, teils im Verbund ausgeübten dualen oder, wie auf Unionsebene bei Einwirkungen auf Länderkompetenzen, auch triadischen Legitimationsstrukturen zustande. Aus dem Demokratieprinzip folgt das Gebot, möglichst direkte Legitimationsstränge zu erhalten oder zu errichten. Subsidiarität hat auch einen demokratietheoretischen Gehalt. Die Idee demokratischer Selbstbestimmung wäre auf ihren Ursprung freier Selbstbestimmung von Bürgern zurückgeführt.<sup>145</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>145</sup> So mit unterschiedlichen Begründungen *N. MacCormick* Beyond the Sovereign State, MLR 56 (1993), 1 ff.; *I. Pernice* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148 (160 ff.); *Peters* (Fn. 10), 657 ff.; *Möllers* (Fn. 13), 54.

#### Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

## Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen

#### I. Einleitung: Bedingungen föderativer Rechtsetzung

- 1. Ausgangspunkt und Rechtfertigung des Bundesstaates ist Autonomie im Sinne individueller und demokratischer Selbstbestimmung. Der Verbundcharakter des deutschen Föderalismus steht hierzu von der verfassungsrechtlichen Anlage her nicht in Widerspruch, da demokratische Selbstbestimmung nicht bedeutet, dass für die Gesetzgebung allein die Parlamente zuständig wären.
- 2. Die Europäische Union ist ein föderales System. Der Begriff des Mehrebenensystems bringt keine grundlegend andere Erkenntnis zum Ausdruck. Diese Einordnung öffnet den Blick auf vergleichbare organisationsrechtliche Fragestellungen, ignoriert aber auch nicht, dass die Europäische Union auf der Verfassungsautonomie ihrer Mitgliedstaaten beruht.
- 3. Gemeinsame Kriterien für Aussagen darüber, wie individuelle und demokratische Selbstbestimmung unter den Bedingungen föderativer Verbundrechtsetzung gesichert werden können, sind neben der Kompetenzverteilung
  die wechselseitigen Verflechtungen im Rechtsetzungsverfahren und kooperative Strukturen zwischen den Ebenen sowie die Verwirklichung individueller
  Freiheit.

#### II. Bundesstaat

- 4. Die Perspektive auf den Föderalismus der Bundesrepublik Deutschland war bisher im Wesentlichen die des Gesamtstaates. Die Unitarisierung des Bundesstaates wurde durch das Grundgesetz ermöglicht, Nutzung und Ausbau der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes, Selbstbindungen der Länder im kooperativen Bundesstaat und eine Konzentration auf die Mitwirkung an der Bundesgesetzgebung haben sie verwirklicht.
- 5. Der unitarische und der kooperative Bundesstaat haben ebenso wie die Einbeziehung des Bundesrates in den gesamtstaatlichen Parteienwettbewerb für eine Verschiebung im Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative gesorgt, die in einem Gewaltenverbund "zusammengespannt" sind.

- 6. Unitarisierungstendenzen gehen auch von den Bundesgrundrechten und ihrer Konkretisierung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus; teils werden die Wirkungen durch Erscheinungsformen des kooperativen Bundesstaates verstärkt.
- 7. Die Verfassungswirklichkeit des heutigen deutschen Bundesstaates lässt sich nicht ohne erheblichen Begründungsaufwand zu den Tugendkatalogen des Föderalismus in Bezug setzen: Autonomie der Gliedstaaten war lange kein Bedürfnis, demokratische Selbstbestimmung findet im Verbund statt, eine Vermehrung individueller Freiheit ist dem Bundesstaat nicht zu verdanken, und die ihm zugeschriebene vertikale Gewaltenteilung wird durch den entstandenen vertikalen Gewaltenverbund relativiert.
- 8. Die Föderalismusreform bietet Anlass, diese Begründungen zu überdenken. Auch wenn ihre Motive politischer Natur sind, lässt sich ihr Programm einer Politikentflechtung und klarerer Zuschreibung von Verantwortung normativ als Versuch einer Optimierung unter dem Demokratieprinzip verstehen.
- 9. Der Rückbau der Bundeszuständigkeiten und das neue Instrument des Abweichungsgesetzes eröffnen zumindest im Ansatz die Perspektive auf eine polyzentrische Struktur, in der verschiedene Regelungs- und Ordnungsentwürfe nebeneinander bestehen können. Allerdings sind die den Ländern überwiesenen Kompetenzen nur zu einem vergleichsweise geringen Teil geeignet, ihnen neue Handlungsspielräume zu eröffnen.
- 10. Ob es zu einer nennenswerten Reduzierung von Zustimmungsrechten des Bundesrates kommen wird, kann nur die Praxis zeigen. Die in die Novelle des Art. 84 I GG gesetzten Hoffnungen könnten sich als trügerisch erweisen.
- 11. Die letzte Novelle trägt den Kompromisscharakter eines solidarisch gemilderten Konkurrenzföderalismus. Er lässt sich als Variation auf normative Bundesstaatstheorien deuten, die auf Autonomie der Teileinheiten setzen. Ein Vorzug dieses Konzepts kann darin bestehen, durch Verschiedenheit den Weg zu einer lernenden Gesetzgebung zu eröffnen. Vor diesem Hintergrund ist die neue Kompetenzzuordnung nur teilweise plausibel.
- 12. Die Reform macht ein Überdenken von Kompetenzausübungsschranken wie die Bundestreue und das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung erforderlich.

#### III. Europäische Union

13. Solange die europäische Föderation nur ein Zweckverband wirtschaftlicher Integration war, legitimierte sie sich durch ihre Problemlösungsfähigkeit. Je weiter der Kreis ihrer Aufgaben gezogen wurde und je mehr die ausgeübten Hoheitsrechte in Rechte eingreifen und Lebenschancen neu verteilen, desto eher richten sich nun an die Union Erwartungen, die sich am Ideal individueller und demokratischer Selbstbestimmung orientieren. Den Zielen und Handlungsformen der Union entspricht indes keine geschlossene föderale Idee. Vielmehr lassen sich unterschiedliche Vorstellungen gleichzeitig erkennen.

- 14. Rechtsetzung auf europäischer Ebene lässt sich nicht nur als Verlust, sondern auch als Zugewinn von Regelungsautonomie begreifen, wo die Mitgliedstaaten im Verbund Ziele verwirklichen können, die ihnen je für sich nicht in gleicher Weise erreichbar sind. Zur Zeit ist etwa ein Drittel der Rechtsetzungsakte des Bundes unionsrechtlich veranlasst. Bei den Ländern ist der Anteil nicht höher.
- 15. Der europäische Rechtsetzungsprozess trägt stärker als die Gesetzgebung im deutschen Bundesstaat Verhandlungscharakter. Der Einfluss, den nationale Parlamente auf ihn ausüben können, ist ebenso wie der der Länderparlamente im Bundesstaat notwenig gering.
- 16. Das Europäische Parlament ist daher als zweiter Pfeiler einer dualen Legitimationsstruktur ernstzunehmen. Zur Erstreckung des Mitentscheidungsverfahrens (Art. 251 EGV) auf alle Rechtsetzungskompetenzen der Union gibt es keine Alternative.
- 17. Im Rahmen beauftragter Rechtsetzung handeln die nationalen Parlamente, soweit keine Umsetzungsspielräume bestehen, zugleich als Sachwalter des Unionsinteresses. Sie sind dabei sowohl an das europäische als auch an das nationale Verfassungsrecht gebunden. Eine generelle Umsetzung von Richtlinien durch Rechtsverordnung kommt daher nicht in Betracht.
- 18. Kooperative Verflechtungen, die denen des Bundesstaates ähneln, bestehen außer im allgemeinen Rechtsetzungsverfahren bei der delegierten Rechtsetzung, für die die Kontrolle durch das Europäische Parlament erst allmählich angemessen ausgestaltet wird. Bei Gegenständen der Offenen Methode der Koordinierung kommt nur eine Kontrolle durch die nationalen Parlamente in Frage, deren Rolle hier erst noch zu entwerfen ist.
- 19. Die Funktion der Grundfreiheiten und ihrer richterrechtlichen Ausformung durch den EuGH lässt sich je nach Standpunkt in der Eröffnung eines kontrollierten Regulierungswettbewerbs oder in der Chancengleichheit in einem überstaatlich integrierten Wirtschaftsraum sehen. In der Rechtsprechung zu den Personenfreiheiten werden den Mitgliedstaaten zudem in gewissem Umfang Solidaritätspflichten abverlangt. Der gemeinsame Nenner ist die Förderung individueller Freiheit.
- 20. Der Verfassungsvertrag ist als Versuch zu werten, Defiziten demokratischer Selbstbestimmung durch föderative Konstitutionalisierung abzuhelfen.

#### IV. Resümee

- 21. Koordinierung, Verflechtung der Ebenen und eine Relativierung der Gewaltentrennung sind unvermeidliche Begleiterscheinungen, wenn nicht Definitionsmerkmale des Verbundföderalismus.
- 22. Diese Phänomene sind nicht als unvermeidliche Folgen einer Gesamttendenz zur Entparlamentarisierung hinzunehmen; vielmehr hält das im demokratischen Prinzip verwurzelte Ideal der Autonomie dazu an, den Grad der Verflechtung gering zu halten, das Legitimationsniveau des Verbundes fortlaufend anzupassen und demokratische Strukturen kontinuierlich auf überstaatliche Einrichtungen zu erstrecken.
- 23. Die in der Föderalismusreform angelegten Ansätze, den Prozess der Unitarisierung in Teilen rückgängig zu machen, empfehlen ein Verständnis, das von strikt hierarchischen Modellen abrückt und sich an einer Gleichordnung von Bundes- und Länderebene orientiert. Auch das Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten lässt sich als nichthierarchisch kennzeichnen.
- 24. Träger der demokratischen Selbstbestimmung, aus der sich die Autonomie der Gesetzgebung ableitet, sind verschiedene Legitimationsgemeinschaften, die sich nach Landes-, Staats- und Unionszugehörigkeit bestimmen. Auf ihnen beruht ein komplexes Gebilde mit teils monistischen, teils im Verbund ausgeübten dualen oder triadischen Legitimationsstrukturen.

## Erster Beratungsgegenstand:

# Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen

## 2. Bericht von Christian Tietje, Halle/Saale\*

## Inhalt

		Seite
I.	Einleitung	47
II.	Zur Funktion der Rechtsetzung im europäischen	
	Verfassungsraum	50
III.	Bestehende Bindungen und Freiräume der Rechtsetzung	
	im Mehrebenensystem	52
	1. Empirischer Befund	53
	2. Systematik der Bindung und Freiräume der	
	innerstaatlichen Rechtsetzung im Lichte des EU-Rechts .	54
	a) Rechtsetzungskompetenzen	54
	b) Individuelle Unionsrechte	56
	c) Völkerrecht als integrierender Bestandteil des	
	EU-Rechts	58
	d) Umfeld- und Vorfeldrechtsetzung	60
	e) Zusammenfassung	61
IV.		62
	1. Unionsebene	62
	2. Innerstaatliche Ebene	64
V.	Herausforderungen und Strukturelemente der Rechtsetzung	
	im transnationalen Föderalismus	67
	1. Transnationaler Föderalismus	67
	2. Relativierung bundesstaatlicher Konzepte I:	
	Grenzüberschreitende Angelegenheiten als	
	Länderzuständigkeit	69

<sup>\*</sup> Für gewinnbringende Diskussionen und kritische Anmerkungen danke ich meinem Fakultätskollegen *Prof. Dr. Michael Germann* und meinem Assistenten *Dr. Karsten Nowrot.* 

## Christian Tietje

	3. Relativierung bundesstaatlicher Konzepte II:	
	Keine umfassende Widerspruchsfreiheit der	
	Rechtsordnung	70
	4. Abgrenzung von Rechtsetzungskompetenzen im	
	transnationalen Föderalismus (?)	71
VI.	Konflikt oder Kooperation im transnationalen	
	Förderalismus?	74
VII.	Ausblick	77

## I. Einleitung

Rechtsetzung ist stets Ausdruck einer gelebten Verfassungsordnung. Allerdings heißt das nicht, dass die jeweils maßgebliche Verfassungsordnung die Rechtsetzung umfassend determiniert. Vielmehr ist Rechtsetzung rechtlich ausgestaltetes Verfahren und politischer Prozess.¹ Rechtsetzungsprozess ist dabei die tatsächliche, politische Willensbildung, die letztlich zum Rechtsetzungsakt führt. Demgegenüber bezieht sich das Rechtsetzungsverfahren auf den engeren, rechtlich determinierten Bereich der Koordination und Kooperation des Handelns der kompetenten Akteure mit dem Ergebnis des Erlasses eines Rechtsaktes.²

Die Doppelnatur von Rechtsetzung,³ ausgedrückt in den Stichworten "Recht und Politik" und "Prozess und Verfahren", weist bereits darauf hin, dass ihre Analyse in verfassungstheoretischer und -praktischer Dimension über dogmatische Einzelfragen, insbesondere eine reine Betrachtung bestehender Rechtsetzungskompetenzen und des Parlamentsvorbehaltes,⁴ hinausgehen muss. Überdies kann Rechtsetzung nicht ausgehend von einem statischen Vorverständnis im Sinne eines abschließend festgelegten Gesetzes- und Rechtssatzbegriffs im demokratischen Rechtsstaat und einer entsprechenden zentralen Verortung der Rechtsetzung im Parlament⁵ bestimmt und analysiert werden. In den treffenden Worten von *Ulrich Scheuner* gibt es "keinen allgemeingültigen, gewissermaßen apriorischen Begriff des Gesetzes und des Rechts-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Zur Definition von Rechtsetzung siehe A. v. Bogdandy Gubernative Rechtsetzung, 2000, 55: "Rechtsetzung ist ein in einem politischen Prozeß der Entscheidungsfindung eingebettetes rechtlich ausgestaltetes Verfahren, das eine formalisierte Entscheidung abschließt".

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Grundlegend *N. Luhmann* Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1993, 174ff.; dem überzeugend folgend *A. v. Bogdandy* Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?, AöR 130 (2005), 445 (456).

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Statt vieler *F. Schoch* Entformalisierung staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HdbStR, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 37 Rn. 146ff.; *P. Badura* Staatsrecht, 2. Aufl. 1996, 472; ausführlich zur Gesamtthematik *H. Schulze-Fielitz* Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, 135 ff. und *passim*.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Zur Diskussion und den Problemen jüngst umfassend *W. Hoffmann-Riem* Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch – Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen, AöR 130 (2005), 5 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> In diese Richtung z.B. *P. Kirchhof* Demokratischer Rechtsstaat – Staatsform der Zugehörigen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HdbStR, Bd. IX, 1997, § 221 Rn. 33 ff.; deutlich auch BVerfGE 95, 1 (15 f.): "Im freiheitlich-demokratischen System des Grundgesetzes fällt dem Parlament als Legislative die verfassungsrechtliche Aufgabe der Normsetzung zu. Nur das Parlament besitzt hierfür die demokratische Legitimation"; zur Kritik siehe *v. Bogdandy* (Fn. 1) 39 ff. und *passim*.

satzes, der für alle Zeiten und alle Staatsbildungen festgelegt werden könnte".6 Gesetz und Rechtssatz und damit Gesetzgebung und Rechtsetzung allgemein sind vielmehr umfassend einem stetigen Wandel in Wesen, Funktion und Inhalt unterworfen.<sup>7</sup>

Die der Rechtsetzung innewohnende Dynamik und die sie kennzeichnende Verflechtung von Politik und Recht schüren immer wieder Ängste und Sorgen. Auf den Punkt gebracht wird dies in dem *Otto von Bismarck* zugeschriebenen und heute wieder – allerdings in anderem Zusammenhang – aktuellen Ausspruch "Je weniger die Leute davon wissen, wie Würste und Gesetze gemacht werden, desto besser schlafen sie". Wirft man einen Blick auf die aktuellen Diskussionen über die Qualität der Rechtsetzung,<sup>8</sup> die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat zulasten der Länder<sup>9</sup> sowie insbesondere den vermeintlich "bedrohlichen" Zuwachs an Rechtsetzung der Europäischen Union,<sup>10</sup> so müsste man annehmen, dass nur noch wenige Politiker und Staatsrechtslehrer gut schlafen.

Um demgegenüber gut schlafen zu können, ist zunächst lebhafte Wachheit notwendig. Diese ist hoffentlich gegeben, wenn man vor dem Hintergrund der angedeuteten Natur der Rechtsetzung den Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen wie folgt grob skizziert: Die der Rechtsetzung inhärente Dynamik bedingt in ihrer politischen und

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> U. Scheuner Die Funktion des Gesetzes im Sozialstaat, FS H. Huber, 1981, 127 (128). Scheuner bezieht sich hierbei auf H. Heller Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, VVDStRL 4 (1928), 98 (106 ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Statt vieler Schoch (Fn. 3) § 37 Rn. 146; K. Meβerschmidt, Gesetzgebungsermessen, 2000, 70 ff. mwN. Der hieraus folgende stetige Wandel der Gesetzgebung wurde vielfach beschrieben und soll hier nicht nochmals wiedergegeben werden, siehe hierzu statt vieler Scheuner (Fn. 6) 128 ff.

<sup>8</sup> Siehe zur unter dem Stichwort "Normenflut" bekannten Kritik an der heutigen Gesetzgebung sowie zu Versuchen zur Festlegung von Determinanten für eine "gute" Gesetzgebung ausführlich G. F. Schuppert Gute Gesetzgebung – Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre, ZG Sonderheft 2003, 4ff.; P. Blum Wege zu besserer Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle, Gutachten I zum 65. DJT, 2004; T. v. Danwitz Wege zu besserer Gesetzgebung in Europa, JZ 2006, 1ff.; K. Eichenberger, R. Novak und M. Kloepfer Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), 7ff.; H. Schulze-Fielitz Wege, Umwege und Holzwege zu besserer Gesetzgebung, JZ 2004, 862 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Umfassend zur Diskussion: Deutscher Bundestag (Hrsg.) Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bundesstaatlichen Ordnung, Zur Sache 2005/1.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Zur vermeintlichen "Entparlamentarisierung der Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft" siehe *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 5) § 221 Rn. 34ff.; ähnlich *ders*. Das Gesetz der Hydra, 2006, 39.

in ihrer rechtlichen Dimension schon für sich Komplexität, und zwar selbst dann, wenn man Rechtsetzung in einem isolierten, institutionell geschlossenen System, also politikwissenschaftlich auf einer Ebene<sup>11</sup> denkt. Zwangsläufig intensivieren sich Dynamik und Komplexität der Rechtsetzung, wenn sie politisch und rechtlich in ein Mehrebenensystem eingebunden ist. In der föderalen Struktur des Bundesstaates ist dies nicht neu.<sup>12</sup> Mit Blick auf das Unions- und Völkerrecht scheint die Diskussion bislang allerdings primär nur einen Aspekt der Rechtsetzung im Mehrebenensystem in den Blick zu nehmen, nämlich die formal-rechtliche Kompetenzfrage.<sup>13</sup> Darüber hinausgehende Aspekte einer umfassenden Verflechtung der Rechtsetzung im Mehrebenensystem werden nur selten und oftmals nur punktuell diskutiert.<sup>14</sup> Dementsprechend ist es Ziel dieses Berichtes, Elemente des Gesamtsystems

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Zum politikwissenschaftlichen (Mehr-)Ebenenbegriff statt vieler *F. W. Scharpf* Die Politikverflechtungs-Falle: Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich, PVS 26 (1985), 323 ff.; *M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch* Regieren im dynamischen Mehrebenensystem, in: dies. (Hrsg.) Europäische Integration, 1996, 30 ff.; zur juristischen Relevanz *C. Möllers* Gewaltengliederung, 2005, 210 ff. mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Umfassend S. Oeter Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> So z.B. auch der Ansatz von R. A. Lorz Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, DVBI. 2006, 1061 (1064ff.); besonders pointiert und ohne Beachtung der neueren wissenschaftlichen Diskussion C. Hillgruber Der Nationalstaat in überstaatlicher Verflechtung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HdbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 78 ff.; zur bis in die jüngste Zeit dominierenden Kompetenzperspektive ausführlich M. Nettesheim Die konsoziative Föderation von EU und Mitgliedstaaten, ZEuS 2002, 507 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Insbesondere mit Blick auf die Umsetzung von EG-Richtlinien, hierzu z.B. J. Wölk Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Recht der Bundesrepublik Deutschland, der französischen Republik und des Vereinigten Königreichs, 2002; C. Haslach Die Umsetzung von EG-Richtlinien durch die Länder, 2001; sowie in Bezug auf die formal-rechtliche Beteiligung von Bundestag und Bundesrat an der europäischen Rechtsetzung, hierzu z.B. H.-G. Kamann Die Mitwirkung der Parlamente der Mitgliedstaaten an der europäischen Gesetzgebung, 1997; M. Paul Die Mitwirkung der Länder an der Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaft de lege lata und de lege ferenda, 1996; D. König Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses -Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, 2000, 330 ff.; andere Untersuchungen beziehen sich nur auf die europäische Rechtsetzung, siehe z.B. M. Axmann Genese Europäischer Rechtsetzungsverfahren, 2001; I. Härtel Handbuch Europäische Rechtsetzung, 2006; zum Forschungsdefizit mit Blick auf die "mehrstufige Rechtsetzung im europäischen Verfassungsverbund" auch deutlich - und selbstkritisch - v. Bogdandy (Fn. 1) 495; zur Komplexität der supranationalen Rechtsetzung eindringlich auch ders. Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999, 51 f.

der Rechtsetzung im Mehrebenensystem bestehend aus Völkerrecht, Unionsrecht sowie innerstaatlichem Bundes- und Landesrecht aufzuzeigen.

### II. Zur Funktion der Rechtsetzung im europäischen Verfassungsraum

Da sich in der Rechtsetzung als gelebter Verfassungsordnung Verfassungswerte konkretisieren, und zwar entweder als Ausdruck materieller Verfassungsprinzipien oder aber im Sinne von gerade nicht inhaltlich determinierten Rechtsetzungsfreiräumen, spiegeln Funktion und Inhalt der Rechtsetzung den Stand der betreffenden Verfassungsordnung wider. Damit muss Ausgangspunkt der Analyse der Rechtsetzung im europäischen Mehrebenensystem die Frage nach der Struktur der diesbezüglichen Verfassungsordnung sein.

Strukturelle Grundlage der Europäischen Union ist ein "gemeinsam konstituierter Verfassungsraum" bestehend aus Unionsverfassung und Verfassungen der Mitgliedstaaten.<sup>15</sup> Das kann als Verfassungsverbund,<sup>16</sup> System komplementärer Teilverfassungen<sup>17</sup> oder ähnlich charakterisiert werden.<sup>18</sup> Entscheidend bleibt, dass die Struktur und Funktionsfähigkeit des polyzentrischen Systems des europäischen Verfassungsraums auf ein komplexes Zusammenwirken aller Verfassungs- und Rechtsebenen angewiesen ist. Dabei ist die gegenseitige Abhängigkeit weitaus intensiver als im Bundesstaat,<sup>19</sup> was zu einer hervorgehobenen Bedeutung des Kooperationsprinzips auf allen Verfassungsebenen führt.<sup>20</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> A. v. Bogdandy Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 149 (185).

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> So grundlegend *I. Pernice* Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: Biber/Widmer (Hrsg.) L'espace constitutionnel européen. Der europäische Verfassungsraum. The European constitutional area, 1995, 225 (261 ff.); zusammenfassend und mit zahlreichen Nachweisen aus jüngerer Zeit *ders.* Zur Finalität Europas, in: Schuppert/Pernice/Haltern (Hrsg.) Europawissenschaft, 2005, 743 (770).

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> v. Bogdandy in: ders. (Fn. 15) 184ff. mwN; ausführlich zum Konzept der Teilverfassungen P. Häberle Europäische Verfassungslehre, 4. Aufl. 2006, 221 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Ausführlich zur Diskussion z.B. *C. Schönberger* Die Europäische Union als Bund, AöR 129 (2004), 81 ff.; *Nettesheim* (Fn. 13) ZEuS 2002, 507 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Allgemein zu diesem Themenkomplex *Häberle* (Fn. 17) 221 ff.; im Sinne einer größeren Abhängigkeit der Unionsverfassung von den mitgliedstaatlichen Verfassungen im Vergleich zur bundesstaatlichen von den gliedstaatlichen Verfassungen auch *v. Bogdandy* in: ders. (Fn. 15) 185.

<sup>20</sup> E. Schmidt-Aβmann Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aβmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Ver-

Die wechselseitige Abhängigkeit der Verfassungsebenen im europäischen Verfassungsraum,<sup>21</sup> die im Kooperationsprinzip eine erste rechtsprinzipielle Ausprägung erfährt, verbietet eine eindimensionale. ausschließlich auf eine Einheit gerichtete Verfassungs- und Rechtskonzeption der betroffenen Ebenen, wie es insbesondere bei einer reinen Betrachtung des Anwendungsvorranges des Unionsrechts<sup>22</sup> der Fall wäre. Wie in Art. 6 Abs. 3 EU und Art. 23 Abs. 1 GG klar zum Ausdruck kommt, kann die Stabilität des durchaus "prekären" Gebildes<sup>23</sup> des europäischen Verfassungsraums nur gewährleistet werden, wenn gerade auch "Vielfalt schützende" Rechtsprinzipien Beachtung finden.<sup>24</sup> Hierin liegt für die Rechtsetzung eine große Herausforderung, die rechtsdogmatisch und in der praktischen Rechtspolitik nur zu bewältigen ist, wenn vermehrt konstitutionelle Überlegungen zur Ausgestaltung des unionalen Rechtsraums in den Blick genommen werden. Ein rein funktionales Verständnis der rechtlichen Strukturen des Integrationsprozesses wird nie in der Lage sein, die angedeutete Komplexität wechselseitiger Abhängigkeiten zu erfassen und praktisch umzusetzen.<sup>25</sup>

Damit deutet sich bereits an, welche Funktion der Rechtsetzung im europäischen Verfassungsraum zukommt. In einem allgemeinen Sinne ist Rechtsetzung zunächst seit der Aufklärung in gemeineuropäischer Tradition Ausdruck der Vorstellung einer rationalen Ordnung als gesellschaftliche Aufgabe und Prozess.<sup>26</sup> Daraus folgt zugleich die Funktion von Rechtsetzung "als Daueraufgabe der Moderne". Die moderne und postmoderne Gesellschaft erfährt in der ihr inhärenten Dynamik ihre relative Stabilität durch kontinuierliche Rechtsetzung.<sup>27</sup> Das gilt zwangsläufig auch für den Prozess der europäischen Integration. Nur durch Rechtsetzung kann die im Verhältnis zu innerstaatlichen Rechts- und

waltungsrecht, Bd. I, 2006, § 5 Rn. 14f.; A. Schmitt-Glaeser Souveränität und Vorrang, in: v. Bogdandy (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 205 (214) mwN; zu den Grundlagen des Kooperationsprinzips C. Tietje Europäischer Grundrechtsschutz nach dem Maastricht-Urteil, JuS 1994, 197 (200 ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Eindringlich hierzu K. Hesse Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, JöR N.F. 46 (1998), 1 (21 f.); dem folgend Pernice (Fn. 16) 770.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Statt vieler hierzu R. Streinz Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 201 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Schönberger (Fn. 18) AöR 129 (2004), 81 (87).

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> v. Bogdandy in: ders. (Fn. 15) 186; Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 20) § 5 Rn. 15.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Prägnant hierzu v. Bogdandy in: ders. (Fn. 15) 155 f.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Ausführlich *Schulze-Fielitz* (Fn. 3) 184ff. mwN; zur entsprechenden gemeineuropäischen Entwicklung und Tradition siehe z.B. *H. Hattenhauer* Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2004, 541 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Schulze-Fielitz (Fn. 3) 186.

Gesellschaftsordnungen ungleich fragilere Ordnung des europäischen Verfassungsraums eine relative Stabilität erfahren. Hierin liegt ein wesentlicher Grund für die epochale Charakterisierung Europas als Rechtsgemeinschaft durch *Walter Hallstein*,<sup>28</sup> der hier in Rostock von 1930 bis 1941 seine erste Professur innehatte.<sup>29</sup>

Europa als Rechtsgemeinschaft darf allerdings nicht rein funktional verstanden werden. Vielmehr sind im Einklang mit der bereits hervorgehobenen Notwendigkeit einer konstitutionellen Konzeption in verfassungstheoretischer Perspektive Funktion und Bedeutung der Rechtsetzung darin zu sehen, europäische Identität zu ermöglichen sowie Legitimation im europäischen Verfassungsraum – also auf allen maßgeblichen Verfassungsebenen – durch Aufgabenerfüllung<sup>30</sup> zu gewährleisten.<sup>31</sup> Diesen Funktionen der Rechtsetzung liegt als Ausgangspunkt ein individualistisches Rechts- und Gesellschaftsverständnis zugrunde. Integration im europäischen Verfassungsraum durch Recht und damit Rechtsetzung ist zentral Gewährleistung und Verwirklichung individueller Freiheit (vgl. Art. 6 Abs. 1 EU).<sup>32</sup>

## III. Bestehende Bindungen und Freiräume der Rechtsetzung im Mehrebenensystem

In der konkreten Erfüllung der genannten Funktionen von Rechtsetzung sind rechtsstaatliche Maßstäbe prägend, wobei nochmals zu unterstreichen ist, dass Rechtsetzung unter rechtsstaatlichen Bedingungen von Bindungen und Freiräumen zugleich gekennzeichnet ist.<sup>33</sup> Dieses

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> W. Hallstein Die Europäische Gemeinschaft, 5. Aufl. 1979, 51 ff.; zur Aktualität der Aussage siehe z.B. T. Oppermann Europarecht, 3. Aufl. 2005, § 6 Rn. 9; v. Bogdandy in: ders. (Fn. 15) 166 ff. mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Zu Hallstein zusammenfassend *M. Kilian* Walter Hallstein: Jurist und Europäer, JöR N.F. 53 (2005), 369ff. mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Zur Legitimation durch Aufgabenerfüllung siehe insbes. A. Peters Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 567 ff.; U. Schliesky Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, 588 ff. (als Bestandteil pluraler Legitimation); C. Tietje Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, DVBI. 2003, 1081 (1094 f.).

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> A. v. Bogdandy Europäische Verfassung und europäische Identität, in: Schuppert/ Pernice/Haltern (Hrsg.) Europawissenschaft, 2005, 331 (362f.); speziell zur europäischen Identität in diesem Sinne ausführlich F. C. Mayer/J. Palmowski European Identities and the EU – The Ties that Bind the Peoples of Europe, JCMS 42 (2004), 673 ff.

<sup>32</sup> Prägnant v. Bogdandy in: ders. (Fn. 15) 163 f.

<sup>33</sup> Zur in diesem Zusammenhang bestehenden Gefahr einer "quasikodifikatorische[n] Stellung" der Verfassung siehe *P. Badura* Parlamentarische Gesetzgebung und

Wechselverhältnis bei der Rechtsetzung wird durch den Grad ihrer jeweiligen Verflechtung in unterschiedlichen Verfassungs- und Rechtsetzungsebenen und damit auch der Einflussintensität von Einheit und Vielfalt sichernden Rechtsprinzipien bestimmt. In diesem Sinne sollen nachfolgend Bindungen und Freiräume der Rechtsetzung ausgehend vom Unionsrecht aufgezeigt werden.

#### 1. Empirischer Befund

Die Sorge um eine quantitativ zu weitgehende Rechtsetzung der EU, die der mitgliedstaatlichen Rechtsetzung keine oder nur noch wenige Freiräume lässt, wird immer wieder artikuliert.<sup>34</sup> Als Kronzeuge hierfür wird fast schon stereotyp das Vorbringen des Beschwerdeführers in der Maastricht-Entscheidung des BVerfG zitiert, in der die berühmte 80%-Formel zu finden ist.<sup>35</sup> Wirft man einen genaueren Blick auf die vorliegenden Zahlen, zeigt sich jedoch ein anderes Bild:

Der wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages hat die Bundesgesetze der 12., 13. und 14. Wahlperiode eingehend im Hinblick auf "europäische Impulse" ausgewertet. Als "europäische Impulse" werden dabei verstanden: Richtlinienumsetzung, Anpassungsgesetzgebung im Hinblick auf EU-Verordnungen, Entschließungen des Rates, Übereinkommen, Empfehlungen der Kommission, Entscheidungen des EuGH und intergouvernementale Abkommen der Mitgliedstaaten. Danach ergibt sich für die innenpolitischen Ressorts, ausgenommen also wirtschaftliche Zusammenarbeit und völkerrechtliche Beziehungen, folgendes Bild: In der 12. Wahlperiode gingen von 346 Gesetzen 83 auf europäische Impulse zurück, also 24,0 %; in der 13. Wahlperiode waren es von 339 Gesetzen 92, also 27,1 %; und in der 14. Wahlperiode von 405 Gesetzen 143, also 35,3 %. Die prozentual wichtigsten Gesetzgebungsbereiche auf Grund europäischer Impulse waren hierbei Post und

gesellschaftliche Autonomie, in: ders./Kaiser, Parlamentarische Gesetzgebung und Geltungsanspruch des Rechts, 1987, 9 (20f.).

<sup>34</sup> Supra Fn. 5.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> BVerfGE 89, 155 (172 f.): "Der Beschwerdeführer trägt unter Berufung auf Einschätzungen des Präsidenten der Kommission der Europäischen Gemeinschaften Delors (Rede im Europäischen Parlament am 4. Juli 1988, Bulletin EG 1988, Nr. 7/8, S. 124) und des Mitgliedes der Kommission Bangemann (in: Brückner [Hrsg.], Europa transparent: Informationen, Daten, Fakten, Hintergründe, 1991, S. 5) vor, daß schon bisher nahezu 80% aller Regelungen im Bereich des Wirtschaftsrechts durch das Gemeinschaftsrecht festgelegt und nahezu 50% aller deutschen Gesetze durch das Gemeinschaftsrecht veranlaßt seien".

Telekommunikation, Landwirtschaft und Ernährung, Gesundheit sowie Umweltschutz.<sup>36</sup>

Damit ist bei der Frage nach der tatsächlichen Bindung der innerstaatlichen Gesetzgebung durch EU-Recht zunächst nach Sachbereichen zu differenzieren. In Bereichen mit hoher integrationspolitischer und -rechtlicher Bedeutung – Landwirtschaft – bzw. mit intensivem transnationalem Bezug – Umweltschutz – ist der Einfluss des EU-Rechts naturgemäß erheblich. In der Gesamtperspektive ist jedoch festzuhalten, dass ca. 70 % der Bundesgesetzgebung jedenfalls ohne unmittelbare europäische Impulse erfolgt.

## Systematik der Bindung und Freiräume der innerstaatlichen Rechtsetzung im Lichte des EU-Rechts

Über die Bereiche hinausgehend, in denen von vornherein keine unionsrechtliche Bindung der innerstaatlichen Rechtsetzung vorliegt, führt auch eine nähere Betrachtung der Systematik bestehender Bindungen und Freiräume der innerstaatlichen Rechtsetzung im Lichte des EU-Rechts zu einem differenzierten Bild.

## a) Rechtsetzungskompetenzen

Im System der Rechtsetzungskompetenzen der EU<sup>37</sup> besteht eine abgestufte Intensität der Bindung der mitgliedstaatlichen Rechtsetzung. Allerdings ist selbst bei ausschließlichen Kompetenzen der EU<sup>38</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Deutscher Bundestag (Hrsg.) *M. F. Feldkamp/B. Ströbel* Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages 1994 bis 2003, 2005, 601 f. Diese Zahlen decken sich weitgehend mit einer Dissertation aus jüngerer Zeit, die zum Ergebnis kommt, dass ca. 20 % der Bundesgesetzgebung auf zwingende Vorgaben des EU-Rechts zurückgeht. *U. Heemeyer* Die Kompetenzordnung eines zukünftigen europäischen Verfassungsvertrages, 2004, 56 ff.; ebd., 84 ff. auch ausführlich zu "Kompetenzeinbußen der deutschen Bundesländer" aufgrund von EU-Recht mit dem Ergebnis, dass nur "in seltenen Fällen die Länder durch positive Gemeinschaftsbefugnisse in einem bestimmten Sachbereich aus ihren Kompetenzen verdrängt werden" (127). Vielmehr ergeben sich substantielle Beeinträchtigungen der Länderkompetenzen "durch gemeinschaftliche Primär- und Sekundärnormen, die im wesentlichen der Herstellung und dem Erhalt des freien Binnenhandels dienen" (130).

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Zum System der Unionskompetenzen statt vieler *A. v. Bogdandy/J. Bast* in: Grabitz/Hilf (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, Art. 5 EGV Rn. 25; ausführlich *dies.* Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union, EuGRZ 2001, 441 ff.; zur Rechtslage nach der EU-Verfassung siehe *C. Calliess* in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) Verfassung der Europäischen Union, 2006, Art. I-12.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Zur Reichweite ausschließlicher Kompetenzen der EU siehe z.B. EuGH, Rs. 804/79, Kommission ./. GB, Slg. 1981, 1045 (1073): Eine "Untätigkeit [der EG] kann den

Rechtsetzung der Mitgliedstaaten weiterhin möglich, wenn sie hierzu ermächtigt werden oder eine innerstaatliche Rechtsetzung zur Durchführung des Unionsrechts notwendig ist.<sup>39</sup> Entsprechende Beispiele hierfür finden sich u.a. im Zoll- und Außenwirtschaftsrecht.<sup>40</sup> In allen anderen Kompetenzbereichen der EU ist über den Anwendungsvorrang des Unionsrechts hinausgehend die effektive Regelung einer Sachmaterie immer von einem koordinierten Miteinander von unionsrechtlicher und mitgliedstaatlicher Rechtsetzung bzw. "regulativer Politikgestaltung" abhängig.41 Das liegt zunächst daran, dass selbst in EU-rechtlich normierten Sachbereichen mitgliedstaatliche Rechtsetzungsfreiräume verbleiben, so bei Durchführungsregelungen auf der jeweils zuständigen mitgliedstaatlichen Handlungsebene<sup>42</sup> sowie beim Erlass verordnungsakzessorischen Rechts.<sup>43</sup> Entsprechendes gilt bei der Richtlinienumsetzung. In voller Übereinstimmung mit Art. 249 Abs. 3 EG<sup>44</sup> verwirklicht sich Richtlinienumsetzung ganz unterschiedlich durch parlamentarisches Bundes- oder Landesgesetz, exekutive Rechtsverordnung, dynamische Verweisvorschriften und Satzungsrecht. 45 Sofern die Umsetzung einer Richtlinie Kompetenz der Länder ist, wird die entsprechende Landesgesetzgebung dabei nicht selten durch Musterentwürfe vorbereitet oder durch Staatsverträge begleitet.<sup>46</sup> Diese Vielfalt der eingesetzten Recht-

Mitgliedstaaten keinesfalls die Zuständigkeit und die Freiheit einseitigen Handels ... zurückgeben, weil in diesem Bereich die Zuständigkeitsübertragung auf die Gemeinschaft vollständig und endgültig war"; vgl. auch v. Bogdandy/Bast in: Grabitz/Hilf (Fn. 37) Art. 5 EGV Rn. 28.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Calliess in: ders./Ruffert (Fn. 37) Art. I-12 Rn. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Siehe z.B. Art. 11 VO 2603/69 des Rates vom 20. Dezember 1969 zur Festlegung einer gemeinsamen Ausfuhrregelung (ABI. L 324/25 v. 27. 12. 1969, mit Änderungen) iVm § 7 Außenwirtschaftsgesetz (AWG); sowie im Bereich der Durchführung des Zollrechts das Zollverwaltungsgesetz v. 21. 12. 1992 (BGBI. I 1992, 2125, BGBI. I 1993, 2493 mit Änderungen) und die Zollverordnung v. 23. 12. 1993 (BGBI. I 1993, 2449, BGBI. I 1994, 162 mit Änderungen).

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Einzelheiten bei v. Bogdandy/Bast in: Grabitz/Hilf (Fn. 37) Art. 5 EGV Rn. 37 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Zu Einzelheiten siehe *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf (Fn. 37) Art. 249 EGV Rn. 241 ff. mwN.

<sup>43</sup> Nettesheim in: Grabitz/Hilf (Fn. 37) Art. 249 EGV Rn. 121.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Danach überlässt die Richtlinie "den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel" der Umsetzung.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Umfassend zu den unterschiedlichen Umsetzungsarten *Haslach* (Fn. 14); zu einer sehr spezifischen, aber beispielhaften Fallanalyse siehe auch *B. Schmidt am Busch* Die besonderen Probleme bei der Umsetzung von EG-Richtlinien mit Regel-Ausnahme-Charakter. DÖV 1999. 14 ff.

<sup>46</sup> Haslach (Fn. 14) 325 ff.

setzungsinstrumente entspricht der vom EuGH betonten föderalen Umsetzungsfreiheit der Mitgliedstaaten.<sup>47</sup>

## b) Individuelle Unionsrechte

Bindungen und Freiräume der Rechtsetzung der Mitgliedstaaten sind allerdings nicht nur in Bereichen bestehender EU-Rechtsetzungskompetenzen supranational mitbestimmt, sondern in zum Teil noch deutlicherer Form durch das materielle Unionsrecht, und zwar insbesondere mit Blick auf individuelle Freiheitsrechte der Unionsbürger. An erster Stelle zu nennen sind dabei die in ihrem dogmatischen Gehalt durch eine zunehmende Konvergenz geprägten Unionsbürgerrechte,48 die Grundfreiheiten und die Unionsgrundrechte.<sup>49</sup> Aufgrund ihres Charakters auch als individuelle Freiheitsrechte<sup>50</sup> ist ihnen insgesamt eine Relativierung des grenzüberschreitenden Elements als Anwendungsvoraussetzung gemeinsam.<sup>51</sup> Die damit nicht mehr primär, wie noch mit Blick auf die Dassonville-Rechtsprechung<sup>52</sup> der Fall, an funktionalen Gesichtspunkten, sondern heute an Freiheitsgarantien ausgerichtete Integrationswirkung des Unionsrechts hat bedeutende Auswirkungen für alle innerstaatlichen Rechtsetzungsebenen. Beispielhaft sei nur verwiesen auf die Begrenzungen rechtsetzender Freiräume mit Blick auf soziale Sicherungssysteme,53 bei der Gewährung von Studiendarlehen,54

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-374/97, *Feyer*, Slg. 1999, I-5153 Rn. 34. Danach steht es einem Mitgliedstaat frei, "die Zuständigkeiten auf innerstaatlicher Ebene zu verteilen und die nicht unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechtsakte mittels Maßnahmen regionaler oder örtlicher Behörden durchzuführen", wenn dadurch die ordnungsgemäße Umsetzung und Durchführung des Unionsrechts ermöglicht wird.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Zum freiheitsrechtlichen Gehalt der Unionsbürgerrechte siehe insbes. EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193; ausführlich hierzu *W. Kluth* in: Calliess/Ruffert (Fn. 37) Art. I-10 Rn. 15 ff.; *S. Seyr/H.-C. Rümke* Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, EuR 2005, 667 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Für die wechselseitige Beeinflussung von Grundfreiheiten und Grundrechten siehe insbes. EuGH, Rs. C-60/00, *Carpenter*, Slg. 2002, I-6279; kritisch hierzu *G. Britz* Bedeutung der EMRK für nationale Verwaltungsgerichte und Behörden, NVwZ 2004, 173 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Zur Diskussion hierzu *D. Ehlers* Allgemeine Lehren, in: ders. (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, § 7 Rn. 24f.; *Tietje* in: Grabitz/Hilf (Fn. 37) vor Art. 94–97 EGV Rn. 50ff. mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Zur Diskussion im Überblick *A. Randelzhofer/U. Forsthoff* in: Grabitz/Hilf (Fn. 37) vor Art. 39–55 EGV Rn. 42 ff. mwN.

<sup>52</sup> EuGH, Rs. 8/74, Dassonville, Slg. 1974, 837 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Im Überblick zur Diskussion *Kluth* in: Calliess/Ruffert (Fn. 37) Art. I-10 Rn. 15 ff.; *S. Kadelbach* Die Unionsbürgerrechte, in: Ehlers (Fn. 50) § 21 Rn. 86 ff.

<sup>54</sup> EuGH, Rs. C-209/03, Bidar, Slg. 2005, I-2119ff.

im internationalen Gesellschaftsrecht<sup>55</sup> sowie insgesamt im Abgabenrecht, und zwar mit Auswirkung nicht nur auf das nationale Steuerrecht,<sup>56</sup> sondern auch auf Abgabenregelungen in kommunalen Satzungen.<sup>57</sup>

Diese Rechtsentwicklung entspricht den sich unionsrechtlich intensivierenden Bindungen der innerstaatlichen Rechtsetzung bei der Umsetzung und Durchführung von EU-Sekundärrecht; auch hier wird der Grad der Bindung maßgeblich davon bestimmt, ob individuelle Rechtspositionen oder wichtige öffentliche Gemeinschaftsrechtsgüter, insbesondere das "gemeinsame Erbe" der Union,<sup>58</sup> zur Debatte stehen.<sup>59</sup> Daher ist es auch folgerichtig, die innerstaatliche Umsetzungsrechtsetzung, die zwingenden Vorgaben des Unionsrechts folgt, ausschließlich anhand des Unionsrechts, insbesondere der Unionsgrundrechte, zu messen.<sup>60</sup> Entsprechendes gilt auch für Rahmenbeschlüsse (Art. 34 Abs. 2 Satz 2 lit. b) EU).<sup>61</sup> Hier, ebenso wie bei Richtlinien, entscheidet der politische Prozess in der Rechtsetzungsphase über Umsetzungsfreiräume der Mitgliedstaaten.

Schließlich setzt sich die Konkretisierung der freiheitsrechtlichen Komponente des Unionsrechts auch innerstaatlich fort, wie der Einstieg in den Abschied von der zulässigen Inländerdiskriminierung durch einen jüngeren Kammerbeschluss des BVerfG zeigt.<sup>62</sup>

<sup>55</sup> Im Überblick *C. Tietje* Niederlassungsfreiheit, in: Ehlers (Fn. 50) § 10 Rn. 63 ff. mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Ausführlicher Überblick bei *Randelzhofer/Forsthoff* in: Grabitz/Hilf (Fn. 37) vor Art. 39–55 EGV Rn. 207 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Siehe insbes. EuGH, Rs. C-17/00, *De Coster*, Slg. 2001, I-9445; verb. Rs. C-544/03 u. C-545/03, *Mobistar SA*, Slg. 2005, I-7723.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> EuGH, Rs. C-6/04, Kommission ./. GB, Slg. 2005, I-9017 Rn. 25 mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> W. Rengeling Die Ausführung von Gemeinschaftsrecht, insbesondere Umsetzung von Richtlinien, in: ders. (Hrsg.) Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 28 Rn. 24 ff. mwN.

<sup>60</sup> So auch die gefestigte Kammerrechtsprechung, siehe BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats] NJW 1990, 974; [3. Kammer des Zweiten Senats] NVwZ 1993, 883; [2. Kammer des Ersten Senats] NJW 2001, 1267 (1268); [2. Kammer des Ersten Senats] NVwZ 2004, 1346 (1346f.); das entspricht auch der hM im Schrifttum, siehe zusammenfassend und mwN jüngst *J. Masing* Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten, NJW 2006, 264ff.

<sup>61</sup> Ausführlich Masing (Fn. 60) NJW 2006, 264 (265 ff.) mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats] DVBI. 2006, 244; hierzu *F. Rieger* Anfang vom Ende der Inländerdiskriminierung?!, Institut für Kammerrecht, aktuelle stellungnahmen 6/05, verfügbar unter: http://www.kammerrecht.de/aktuelles/downloads/0506.pdf; ders. Ist die Inländerdiskriminierung noch mit dem Grundgesetz vereinbar?, DÖV 2006, 685 ff.

Die sich mit steigender Grundrechtsrelevanz intensivierende Bindung der innerstaatlichen Rechtsetzung, gleich ob als originäre oder als Umsetzungsrechtsetzung, steht allerdings in einem Wechselverhältnis zu ebenso anerkannten mitgliedstaatlichen Freiheitsräumen im Bereich des Grundrechtsschutzes. Deutlich herausgestellt wurde dies nochmals in der *Omega*-Entscheidung des EuGH.<sup>63</sup> Der, in den Worten des EuGH, "sowohl von der Gemeinschaft als auch von ihren Mitgliedstaaten" zu beachtende Grundrechtsschutz wirkt also zu Lasten und zu Gunsten mitgliedstaatlicher Rechtsetzung, wobei die insofern gegebene Spannungslage durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aufgelöst wird.<sup>64</sup>

## c) Völkerrecht als integrierender Bestandteil des EU-Rechts

Im Übrigen haben auch völkerrechtliche Regelungen Auswirkungen auf die innerstaatliche Rechtsetzung, soweit sie – nur dieser Bereich soll hier interessieren – integrierender Bestandteil des Unionsrechts sind und ihnen damit ein umfassender Anwendungsvorrang zukommt.<sup>65</sup> Dabei sind die Mitgliedstaaten selbst in Bereichen, die bei gemischten Abkommen in ihre Rechtsetzungskompetenz fallen, unionsrechtlich für regulatorisches Unterlassen im Hinblick auf völkerrechtliche Verpflichtungen verantwortlich.<sup>66</sup> Überdies werden Regelungen völkerrechtlicher Verträge, die im Wortlaut den Grundfreiheiten ähnlich sind, ebenso wie die Grundfreiheiten des EG-Vertrages ausgelegt. Das hat angesichts der aufgezeigten Dogmatik der Grundfreiheiten weitreichende Konsequenzen.<sup>67</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> EuGH, Rs. C-36/02, *Omega*, Slg. 2004, I-9609 Rn. 35: "Da die Grundrechte sowohl von der Gemeinschaft als auch von ihren Mitgliedstaaten zu beachten sind, stellt der Schutz dieser Rechte ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung von Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht, auch kraft einer durch den EG-Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit wie des freien Dienstleistungsverkehrs, bestehen."; bereits früher ähnlich EuGH, Rs. C-260/89, *ERT*, Slg. 1991, I-2925 Rn. 43f.; Rs. C-368/95, *Familiapress*, Slg. 1997, I-3689 Rn. 24ff. <sup>64</sup> EuGH, Rs. C-36/02, *Omega*, Slg. 2004, I-9609 Rn. 36.

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> Ausführlich hierzu A. Peters The Position of International Law Within the European Community Legal Order, GYIL 40 (1997), 9 ff. mwN. Das gilt zunächst für all die völkerrechtlichen Regelungen, die die EU binden und die in ihren regelmäßig ausschließlichen Kompetenzbereich fallen, hierzu EuGH, verb. Rs. C-300/98 u. C-392/98, Christian Dior, Slg. 2000, I-11307 Rn. 47 f.; zu ausschließlichen Kompetenzen in diesem Bereich siehe EuGH, Gutachten 1/03 v. 7. 2. 2006, Übereinkommen von Lugano, Rn. 114 ff. mwN.

<sup>66</sup> EuGH, Rs. C-239/03, Kommission ./. Frankreich, Slg. 2004, I-9325, Rn. 29 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Siehe insbes. EuGH, Rs. C-265/03, *Simutenkov*, Slg. 2005, I-2579 Rn. 20ff.; hierzu *K. Schuilenburg* The ECJ Simutenkov Case: Is Same Level not Offside after All?, Policy Papers on Transnational Economic Law No. 13, April 2005, verfügbar unter:

Einzelne Völkerrechtsregime greifen auch intensiv in das Gefüge der Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und EU ein. So ist die EU jedenfalls im WTO-Recht völkerrechtlich für Maßnahmen ihrer Mitgliedstaaten verantwortlich, selbst wenn sie nicht über eine Rechtsetzungskompetenz in dem fraglichen Sachbereich verfügt; brisant ist dies insbesondere im Verwaltungsorganisations- und Verwaltungsverfahrensrecht.68 Überdies entfaltet das WTO-Recht auch dort Rechtswirkungen, wo keine WTO-Kompetenz besteht. Das hat in ganz ähnlicher Ausgestaltung wie im Unionsrecht insbesondere Auswirkungen auf das internationale Gesellschaftsrecht<sup>69</sup> und das Steuerrecht<sup>70</sup> als innerstaatliche, nicht von einer EU-Kompetenz erfasste Rechtsetzungsbereiche. Schließlich unterliegt die gesamte europäische und innerstaatliche Rechtsetzung zu technischen Standards völkerrechtlich einer fortlaufenden Überprüfungs- bzw. Beobachtungspflicht,<sup>71</sup> was inhaltlich der Aussage des BVerfG zu Beobachtungspflichten des Gesetzgebers entspricht.72

Die damit deutlich werdenden Bindungen der Rechtsetzung, die sich aus der umfangreichen Völkerrechtspraxis der EU ergeben, entsprechen strukturell den aufgezeigten Rechtswirkungen des EU-Primärrechts. Allerdings ist problematisch, dass es noch keine umfassende Dogmatik zu bestehenden Rechtsetzungsfreiräumen im Wechselverhältnis zu völker-

www.jura.uni-halle.de/telc/policy\_papers.html; *C. Tams* Nichtdiskriminierung im europäischen Profisport – Anmerkungen zum Simutenkov-Urteil des Europäischen Gerichtshofs, Europarecht 40 (2005), 777 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Umfassend hierzu *European Communities – Selected Customs Matters*, Panel Report v. 16. 6. 2006, WT/DS315/R.

<sup>69</sup> Tietje in: Ehlers (Fn. 50) § 10 Rn. 70 f. m.w.N.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Ausführlich K. Robra Welthandelsrechtliche Aspekte der internationalen Besteuerung aus europäischer Perspektive, 2005, verfügbar unter: www.jura.uni-halle.de/telc/publikationen.html; J. Fischer-Zernin Internationale Ertragsteuern und Welthandelsordnung (GATT/WTO), 1996; W. Schön WTO und Steuerrecht, RIW 2004, 50ff.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> European Communities – Trade Description of Sardines, Panel Report v. 29. 5. 2002, WT/DS231/R, Rn. 7.78: "Article 2.4 of the TBT Agreement imposes an ongoing obligation on Members to reassess their existing technical regulations in light of the adoption of new international standards or the revision of existing international standards"; bestätigt durch Appellate Body, WT/DS231/AB/R, Rn. 199 ff.; zum gesamten Themenkomplex auch C. Tietje Das Ende der parallelen Mitgliedschaft von EU und Mitgliedstaaten in der WTO? – Konsequenzen von Umfang und Ausschließlichkeit der GHP aus Sicht des WTO-Rechts, in: Herrmann/Krenzler/Streinz (Hrsg.) Die Außenwirtschaftspolitik der Europäischen Union nach dem Verfassungsvertrag, 2006, 161 ff.; E. Steinberger The WTO Treaty as a Mixed Agreement: Problems with the EC's and the EC Member States' Membership of the WTO, EJIL 17 (2006), 837 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> Siehe hierzu BVerfGE 88, 203 (251 ff.).

rechtlichen Bindungen gibt.<sup>73</sup> Auch ist im Gegensatz zum Unionsrecht die individualrechtsschützende Dimension völkerrechtlicher Bindungen der Rechtsetzung wenig ausgeprägt. Besonders problematisch ist dies in einer Situation, in der Recht der Vereinten Nationen selbst EU-Primärrecht vorgeht (Art. 103 UN-Charta) und damit Unionsrecht und Recht der EU-Mitgliedstaaten, das zur Durchführung des entsprechenden Völkerrechts ergeht, keiner oder nur einer sehr begrenzten Überprüfungsmöglichkeit unterliegt.<sup>74</sup>

## d) Umfeld- und Vorfeldrechtsetzung

In einem eigentümlichen Verhältnis zum Unionsrecht steht schließlich die Umfeld- und Vorfeldrechtsetzung,<sup>75</sup> der zunehmende Bedeutung in der innerstaatlichen Rechtsetzungspraxis zukommt. Hierunter fallen zunächst Sachbereiche, die nicht von EU-Verordnungen erfasst sind, in denen also rechtlich umfassende innerstaatliche Rechtsetzungsfreiräume bestehen, aber trotzdem vom Gesetzgeber in Übereinstimmung mit einschlägigen EU-Verordnungen geregelt werden. Ein aktuelles Beispiel hierfür ist die 7. GWB-Novelle.<sup>76</sup> Im Richtlinienrecht zeigt sich ein ähnliches Phänomen, wenn der Gesetzgeber Richtlinien "umsetzt", obwohl diese unionsrechtlich noch gar nicht erlassen wurden,<sup>77</sup> was zunehmend

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> Namentlich in der WTO-Rechtsordnung sind entsprechende dogmatische Strukturen erst im Ansatz zu erkennen. Siehe zum insofern wichtigen standard of review *M. Oesch* Standards of Review in WTO Dispute Resolution, 2003; zu Beurteilungsspielräumen der WTO-Mitglieder nach Art. XX GATT siehe *C. Tietje/S. Wolf* REACH Registration of Imported Substances – Compatibility with WTO Rules, 2005, 26 ff. mwN, verfügbar unter: www.jura.uni-halle.de/telc/publikationen.html.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> EuG, Rs. T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf*, und Rs. T-315/01, *Kadi*, Urt. v. 21. September 2005; hierzu *C. Tietje/S. Hamelmann* Gezielte Finanzsanktionen der Vereinten Nationen im Spannungsverhältnis zum Gemeinschaftsrecht und zu Menschenrechten, JuS 2006, 299 ff.; *K. Schmalenbach* Normentheorie vs. Terrorismus: Der Vorrang des UN-Rechts vor EU-Recht, JZ 2006, 349 ff.; *Lorz* (Fn. 13) DVBl. 2006, 1061 (1068 f.); *S. Steinbarth* Individualrechtsschutz gegen Maßnahmen der EG zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus: Die Entscheidung des EuG in den Rs. "Yusuf u.a." sowie "Kadi", ZEuS 9 (2006), 269 ff.; *M. Kotzur* Eine Bewährungsprobe für die Europäische Grundrechtsgemeinschaft/Zur Entscheidung des EuG in der Rs. Yusuf u.a. gegen Rat, EuGRZ 33 (2006), 19 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Begrifflich wird z.T. auch von autonomer Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung gesprochen, umfassend zum Thema Y. Schnorbus Autonome Harmonisierung in den Mitgliedstaaten durch die Inkorporation von Gemeinschaftsrecht, RabelsZ 65 (2001), 654ff. mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Hierzu auch *J. Koch* Die Einheit der nationalen Rechtsordnung und die europäische Privatrechtsangleichung, JZ 2006, 277 (279); umfassend *Schnorbus* (Fn. 75).

<sup>77</sup> Bereits rechtliche Bindungen der innerstaatlichen Rechtsetzung ergeben sich allerdings ab dem Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens einer Richtlinie aufgrund des dann beste-

im Zivilrecht zu beobachten ist.<sup>78</sup> Auch die überschießende Richtlinienumsetzung ist hier zu nennen. Ebenso wie bei den zuvor genannten Rechtsetzungspraktiken bestehen hierbei umfassende Freiräume der innerstaatlichen Rechtsetzung; das gilt sowohl bei der Entscheidung zur überschießenden Richtlinienumsetzung überhaupt, als auch bei der dogmatisch wichtigen Festlegung, ob die überschießende Umsetzung so weit gehen soll, dass das überschießende innerstaatliche Recht der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung unterworfen wird.<sup>79</sup>

## e) Zusammenfassung

Insgesamt zeigt sich damit im Kompetenzbereich und mit Blick auf das materielle Unionsrecht, dass es keine einseitigen und dominierenden Bindungen der innerstaatlichen Rechtsetzung gibt. Rechtsetzung im europäischen Verfassungsraum ist vielmehr von einem komplexen Zusammenspiel der einzelnen Rechtsetzungsebenen gekennzeichnet, und zwar unter zunehmendem Einschluss des internationalen Rechts. Dabei intensivieren sich die Bindungen der innerstaatlichen Rechtsetzung, je mehr individuelle Freiheitsgarantien bzw. wichtige öffentliche Gemeinschaftsgüter zur Debatte stehen. Zugleich sind aber gerade in diesen Bereichen auch beachtenswerte mitgliedstaatliche Rechtsetzungsfreiräume gegeben. All dies hat natürlich Auswirkungen auf hergebrachte Struktu-

henden Frustrationsverbots bzw. einer sogar gegebenen Sperrwirkung; zur Diskussion u.a. *U. Schliesky* Die Vorwirkung von gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien, DVBI. 2003, 631 ff.; *J. Kühling* Vorwirkung von EG-Richtlinien bei der Anwendung nationalen Rechts – Interpretationsfreiheit für Judikative und Exekutive?, DVBI. 2006, 857 ff., jeweils mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Koch (Fn. 76) JZ 2006, 277 (279); T. M. J. Möllers Europäische Richtlinien zum Bürgerlichen Recht, JZ 2002, 121 (127f.); Schnorbus (Fn. 75).

<sup>79</sup> Im Überblick hierzu Nettesheim in: Grabitz/Hilf (Fn. 37) Art. 249 EGV Rn. 151; ausführlich M. Habersack/C. Mayer Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, JZ 1999, 913 ff.; M. Lutter Zur überschießenden Umsetzung von Richtlinien der EU, GS M. Heinze, 2005, 572 ff.; T. Jäger Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, 2006. Während in dieser Praxis eine legitime Wahrnehmung von Rechtsetzungsfreiräumen zu sehen ist, stellt die zum Teil im Verordnungsrecht praktizierte normtextwiederholende Regelung, wie sie u. a. im deutschen Außenwirtschaftsrecht bekannt ist (zur (älteren) Praxis durch die Anlage zur Außenwirtschaftsverordnung siehe K. John in: Hohmann/John (Hrsg.) Ausfuhrrecht – Kommentar, 2002, Einführung AWV Rn. 16 ff.; zur entsprechenden Praxis im Dual-use-Bereich und hieraus folgenden Rechtsproblemen siehe C. Schaefer, Die Umsetzung der Dual-use-Verordnung nach § 34 AWG, AW-Prax 2006, 426 ff.), das innerstaatliche Recht allerdings vor Rechtmäßigkeitsprobleme, hierzu allgemein z. B. J. Bast Handlungsformen, in: v. Bogdandy (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 479 (487).

ren der innerstaatlichen Rechtsordnung und ihre Einheit. Das Problem liegt dabei allerdings weniger in der strukturellen Ausrichtung der unionsrechtlichen Kompetenznormen und materiellrechtlichen Rechtsvorgaben, als vielmehr in vermehrten Versuchen des innerstaatlichen Gesetzgebers, vermeintliche Systembrüche im innerstaatlichen Recht durch autonome Vorfeld- und Umfeldgesetzgebung zur vermeiden. Mit dieser Strategie werden oftmals Rechtsstrukturen geschaffen, die wesentlich intensiver von hergebrachten Leitvorstellungen des deutschen Rechts abweichen, als dies unionsrechtlich gefordert ist.<sup>80</sup>

## IV. Die Organisation der Rechtsetzung im Mehrebenensystem

#### 1. Unionsebene

Die kompetenzrechtlichen und materiellrechtlichen Verflechtungen der Rechtsetzung im Mehrebenensystem findet zwangsläufig ihre Entsprechung in der institutionellen und organisatorischen Ausgestaltung des jeweils einschlägigen Rechtsetzungsverfahrens. Dominierend ist dabei auf Unionsebene das Mitentscheidungsverfahren (Art. 251 EG).<sup>81</sup> Als schon heute "ordentliches Gesetzgebungsverfahren" der Union<sup>82</sup> ist es zentral durch das Zusammenwirken von Rat und Parlament im Sinne eines "legislative[n] Zweikammersystem[s]" gekennzeichnet.<sup>83</sup> In

<sup>&</sup>lt;sup>80</sup> Mit Blick auf die Richtlinienumsetzung hierzu eindringlich Koch (Fn. 76) JZ 2006, 277 (280).

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> Zu einer empirischen Auswertung siehe *W. Wessels* Gesetzgebung in der EG, in: Ismayr (Hrsg.) Gesetzgebung in den Staaten der EU (im Erscheinen), Manuskript 16f.; für das Mitentscheidungsverfahren siehe z.B. auch *M. Gellermann* in: Streinz (Hrsg.) EUV/EGV, 2003, Art. 251 EGV Rn. 7: "Die Rechtsetzung der Gemeinschaft vollzieht sich mittlerweile in wesentlichen Teilen im Verfahren der Mitentscheidung". Daneben hat in tatsächlicher Perspektive nur noch das Anhörungsverfahren eine Bedeutung, wobei auch hier durch Interorganvereinbarung eine Verfestigung der Einflussmöglichkeiten des Parlaments gegeben ist, siehe Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission vom 4. März 1975 über die Einführung eines Konzertierungsverfahrens, ABl. C 89/1 v. 22. 4. 1975; siehe auch *Streinz* (Fn. 22) Rn. 506.

<sup>82</sup> Vgl. auch Art. III-396 EU-VV.

<sup>83</sup> Wessels (Fn. 81) 18; A. Maurer/W. Wessels Das Europäische Parlament nach Amsterdam und Nizza: Akteur, Arena oder Alibi, 2003, 213; ähnlich Härtel (Fn. 14) § 19 Rn. 30: " ... das Europäische Parlament und der Ministerrat [sind] fast zwei ebenbürtige Gesetzgebungskammern". Bereits dadurch zeigt sich ein Unterschied zu den entsprechenden Strukturen im deutschen Bundesstaat, da der Bundesrat bekanntlich keine zweite Gesetzgebungskammer ist, siehe BVerfGE 37, 363 (380); zur Rolle und Funktion

einem darüber hinausgehenden Sinne ist das Mitentscheidungsverfahren von einer intensiven formellen und informellen Kooperation zwischen Rat, Parlament und Kommission – dem sog. "Triloge" – geprägt.<sup>84</sup> Diese in der Politikformulierung und Rechtsetzung der Union dominierende Kooperationsform<sup>85</sup> hat den Charakter des Europäischen Parlaments deutlich verändert<sup>86</sup> und das Initiativrecht der Kommission relativiert.<sup>87</sup>

Überdies sind in der EU-Rechtsetzung weitere Akteure relevant. Das betrifft weniger den Wirtschafts- und Sozialausschuss (Art. 257 ff. EG) und den Ausschuss der Regionen (Art. 263 ff. EG), deren heterogene Zusammensetzung eine tatsächliche Einflussnahme auf Politik- und Rechtsetzungsprozesse regelmäßig verhindert,<sup>88</sup> sondern primär die von den mitgliedstaatlichen Exekutiven dominierten Ausschüsse des Rates, den Ausschuss der Ständigen Vertreter (COREPER) (Art. 207 EG) in

des Bundesrates ausführlich die Berichte von R. Dolzer und M. Sachs Das parlamentarische Regierungssystem und der Bundesrat – Entwicklungsstand und Reformbedarf, VVDStRL 58 (1999), 7 ff.

<sup>84</sup> Siehe hierzu Europäisches Parlament, Vermittlungsverfahren und Mitentscheidung, Ein Leitfaden zur Arbeit des Parlaments als Teil der Rechtsetzungsinstanz, November 2004, verfügbar unter: http://www.europarl.europa.eu/code/information/guide\_de.pdf; Härtel (Fn. 14) § 16 Rn. 7; P. Dann Parlamente im Exekutivföderalismus, 2004, 371 ff.; Wessels (Fn. 81) 43. Eine rechtliche Ausprägung findet der Triloge in der Interorganvereinbarung "Gemeinsame Erklärung zu den praktischen Modalitäten des neuen Mitentscheidungsverfahrens (Artikel 251 EG-Vertrag)", ABI. C 148/1 v. 28. 5. 1999. Allerdings wird hierin nur ein Ausschnitt aus dem wesentlich breiteren Spektrum der Kooperation zwischen Rat, Kommission und Parlament im gesamten Rechtsetzungsverfahren erfasst.

<sup>85</sup> Die jüngst durch die Ausweitung der Kontrollrechte im Komitologieverfahren nochmals gestärkt wurde. Beschluss des Rates vom 17. Juli 2006 zur Änderung des Beschlusses 1999/468/EG zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABI. L 200/11 v. 22. 7. 2006.

<sup>86</sup> Zum Wandel des Europäischen Parlaments vom "Rede-" zum "Arbeitsparlament" siehe Wessels (Fn. 81) 21; umfassend auch Maurer/Wessels (Fn. 83).

<sup>87</sup> Zum Initiativrecht der Kommission statt vieler Streinz (Fn. 22) Rn. 336; zur Relativierung seiner Bedeutung ausführlich C. von Buttlar, Das Initiativrecht der Europäischen Kommission, 2003; im Überblick Härtel (Fn. 14) § 18. Zumindest politikwissenschaftlich wird daher diskutiert, ob das dreipolige System einer intensiven Zusammenarbeit von Rat, Parlament und Kommission als Dreikammersystem zu werten ist, siehe Wessels (Fn. 81) 6.

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> Im Überblick *Härtel* (Fn. 14) § 5 Rn. 124ff.; ausführlich zum Ausschuss der Regionen aus deutscher Perspektive *M.-O. Pahl* Regionen mit Gesetzgebungskompetenzen in der Europäischen Union, 2004, 286ff.; zum Wirtschafts- und Sozialausschuss statt vieler *S. Siebeke* in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.) EU/EG, Bd. 4, 6. Aufl. 2004, Vorbem. zu den Artikeln 257 bis 262 EG Rn. 1 ff.

seiner komplexen Architektur sowie unterschiedliche Interessenvertretungen, gleich ob in hoheitlicher, intermediärer oder privater Struktur und Verflechtung.<sup>89</sup>

Insgesamt zeigen sich damit zwei ineinander liegende Kreise der Organisation und institutionellen Struktur der EU-Rechtsetzung. In einem Kreis bewegen sich die drei Organe Rat, Parlament und Kommission in einem dreipoligen, zwangsläufig auf Konsens ausgerichteten Kooperationssystem. Um diese Struktur herum spannt sich ein weiterer Kreis von Akteuren, die in unterschiedlicher Ausprägung formelle, semi-formelle oder informelle Gestaltungs- und Einflussmöglichkeiten im Prozess der Rechtsetzung haben. Allen Akteuren ist dabei gemeinsam, dass sie in der Lage sind, auf unterschiedlichen Ebenen im internationalen, supranationalen und innerstaatlichen Bereich zu handeln. Die bereits aufgezeigten materiellen Verflechtungen der Rechtsetzung im Mehrebenensystem setzen sich also auf der Akteursebene fort. Das ist systemkonsequent, führt allerdings auf der bundesstaatlichen Ebene zu Problemen.<sup>90</sup>

#### 2. Innerstaatliche Ebene

Auf der innerstaatlichen Ebene regelt das einschlägige Europaverfassungsrecht des Grundgesetzes<sup>91</sup> vornehmlich das *Verfahren* der Rechtsetzung im Mehrebenensystem. Das ist konsequent, da dem Europaverfassungsrecht das Vorverständnis eines "vertikalen" und "horizontalen" Kompetenzausgleichs mit Blick auf eine Rechtsetzungsverlagerung auf die europäische Ebene zugrunde liegt.<sup>92</sup> Ein Kompetenzausgleich kann verfassungsrechtlich freilich nur erfolgen, wenn überhaupt eine Verschiebung verfassungsrechtlicher Kompetenzen vorliegt. Da indes der Rechtsetzungs*prozess* verfassungsrechtlich nicht determiniert ist, es also keine verfassungsrechtliche Konzentration des Rechtsetzungsprozesses

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> Zusammenfassend Härtel (Fn. 14) § 5 Rn. 124ff.; siehe auch J. Gündisch/P. Mathijsen Rechtsetzung und Interessenvertretung in der Europäischen Union, 1999, 155ff.; Wessels (Fn. 81) 34ff.

<sup>90</sup> Wessels (Fn. 81) 11; A. Maurer/W. Wessels National Parliaments after Amsterdam: From Slow Adapters to National Players?, in: dies. (Hrsg.) National Parliaments on their Ways to Europe: Losers or Latecomers?, 2001, 425 (461 ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Art. 23 Abs. 2ff., Art. 45 und Art. 52 Abs. 3a GG sowie die entsprechenden Zusammenarbeitsgesetze und untergesetzlichen Regelungen. Zu Einzelheiten siehe z.B. *I. Pernice* in: Dreier (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 93 ff. mwN

<sup>92</sup> Pernice in: Dreier (Fn. 91) Art. 23 Rn. 93 mwN.

auf das parlamentarische Verfahren<sup>93</sup> gibt,<sup>94</sup> können in Art. 23 Abs. 2ff. GG überhaupt nur Aspekte des Rechtsetzungs*verfahrens* geregelt werden.

Schon strukturell können die Regelungen des Europaverfassungsrechts damit nur einen Teilbereich der komplexen und multifunktionalen Rechtsetzung im Mehrebenensystem erfassen. <sup>95</sup> Daher ist ein Blick auf die umfassendere Praxis der Rechtsetzungsakteure des Bundesstaates notwendig. Hierbei zeigt sich, dass die tatsächlichen Möglichkeiten des Bundestages, an Rechtsetzungsprozessen auf Unionsebene teilzunehmen, begrenzt sind. Der Bundestag hat zwar verfassungsrechtlich und unionsrechtlich die bekannten Informationsrechte und das Recht zur Stellungnahme, <sup>96</sup> diese ermöglichen allerdings nur eine mittelbare Einwirkung auf den EU-Rechtsetzungsprozess. <sup>97</sup> Daran wird auch die am 28. September 2006 von Bundeskanzlerin *Merkel* und Bundestagspräsident *Lammert* unterzeichnete Vereinbarung zwischen Bundestag und Bundesregierung in Ausführung von § 6 des Zusammenarbeitsgesetzes <sup>98</sup> wenig ändern, auch wenn dort nunmehr in Übereinstimmung

<sup>93</sup> Hier in einem übergreifenden Sinne als Bundestag und Bundesrat umfassend verstanden.

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> v. Bogdandy (Fn. 2) AöR 130 (2005), 445 (457); in einem größeren Zusammenhang ausführlich M. Morlok Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, VVDStRL 62 (2003), 37 (64ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>95</sup> Zu zahlreichen damit verbundenen Einzelfragen siehe insbesondere die Berichte von M. Hilf, T. Stein, M. Schweitzer und D. Schindler Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland Österreich und der Schweiz, VVDStRL 53 (1994), 8ff.; die Berichte von I. Pernice, P. M. Huber, G. Lübbe-Wolff und C. Grabenwarter Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148ff.; und die Berichte von M. Herdegen und M. Morlok Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, VVDStRL 62 (2003), 7ff.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> Aus Art. 23 Abs. 3 iVm den Einzelregelungen im Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union (BGBl. 1993 I, 311 mit Änderungen). Umfassend hierzu z.B. S. Hansmeyer Die Mitwirkung des Deutschen Bundestages an der europäischen Rechtsetzung, 2001.

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Das gilt in Übereinstimmung mit dem Protokoll über die Rolle der einzelstaatlichen Parlamente des Vertrages von Amsterdam (ABI. C 340/113 v. 10. 11. 1997) ebenso für die Beteiligung des Bundestages an der Konferenz der Europaausschüsse der mitgliedstaatlichen Parlamente (COSAC), hierzu u.a. *Hansmeyer* (Fn. 96) 96 ff. mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup> Vereinbarung zwischen dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung über die Zusammenarbeit in Angelegenheiten der Europäischen Union in Ausführung des § 6 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union, BGBl. 2006 I, 2177 ff.; siehe hierzu auch den stenografischen Bericht der 52. Sitzung des Deutschen Bundestages v. 22. 9.

mit ähnlichen Regelungen bzw. einer entsprechenden Praxis u.a. in Dänemark, Finnland, Frankreich, Großbritannien, Österreich und Schweden<sup>99</sup> vorgesehen ist, dass die Bundesregierung einen Parlamentsvorbehalt im Rat einlegen wird, wenn ein Beschluss des Bundestages, der sich auf einen geplanten EU-Rechtsetzungsakt bezieht, nicht durchsetzbar ist (Punkt II.4 der Vereinbarung).

Anders stellt sich die Rolle der Länder dar, die weit über die verfassungs- und einfachgesetzlich normierten Mitwirkungsrechte des Bundesrates<sup>100</sup> hinausgehend mittelbar und unmittelbar in die komplexe EU-Rechtsetzung eingebunden sind. Als Sichtworte seien hierzu nur genannt: rechtlich abgesicherte Mitwirkungs- und Informationsrechte der Landtage,<sup>101</sup> Bundesratsbeauftragte, Europa- und andere Landesministerkonferenzen, Länderbeobachter bei der EU, Vertretungen und Büros der Länder in Brüssel, Bund-Länder-AG Europapolitik, Ausschuss der Regionen.<sup>102</sup> Hinzu kommen die Vertretungen der kommunalen Landes- und Spitzenverbände in Brüssel,<sup>103</sup>

Damit tritt ein strukturelles Problem hervor: Die Verflechtungen der Rechtsetzung im Mehrebenensystem verlangen nach Handlungsmöglichkeiten der Rechtsetzungsakteure auf allen rechtlich und politisch relevanten Ebenen. Bundesrat sowie insbesondere Länder und Kommunen sind hierzu infrastrukturell in der Lage und nutzen ihr Potenzial auch. Das gilt in ähnlicher, zum Teil noch intensiverer Form auch für die

<sup>2006,</sup> Plenarprotokoll 16/52, sowie den Aktuellen Bericht des Wissenschaftlichen Dienstes – Europa – Nr. 43/06 v. 18. 9. 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> Ausführlich A. Maurer Parlamentarische Demokratie in der Europäischen Union – Der Beitrag des Europäischen Parlaments und der nationalen Parlamente, 2002, 341 ff. mwN; siehe auch P. M. Huber Die Rolle der nationalen Parlamente bei der Rechtssetzung der Europäischen Union – Zur Sicherung und zum Ausbau der Mitwirkungsrechte des Deutschen Bundestages, in: Hans-Seidel-Stiftung (Hrsg.) aktuelle analysen 24, 2001, 17.

<sup>100</sup> Art. 23 Abs. 4ff., Art. 52 Abs. 3a GG iVm mit dem Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund in Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union, BGBl. 1993 I, 313 mit Änderungen; sowie Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Regierungen der Länder über die Zusammenarbeit in Angelegenheiten der Europäischen Union in Ausführung von § 9 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union (Bund-Länder-Vereinbarung) v. 29. 10. 1993, Bundesanzeiger Nr. 226 v. 2. 12. 1993, 10425, ergänzt durch Vereinbarung v. 8. 6. 1998, Bundesanzeiger Nr. 123 v. 8. 7. 1998, 9433.

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> Ausführlich R. Johne Die deutschen Landtage im Entscheidungsprozeß der Europäischen Union, 2000.

<sup>102</sup> Ausführlich hierzu Pahl (Fn. 88) 243 ff.

 $<sup>^{103}\,\</sup>mathrm{Ausf\"uhrlich}$  C. M"unch Emanzipation der lokalen Ebene? Kommunen auf dem Weg nach Europa, 2006, 230 ff.

Beteiligung von Regionen mit Gesetzgebungskompetenzen in anderen föderal organisierten Mitgliedstaaten. <sup>104</sup> Demgegenüber ist die Rolle des Bundestages bei der EU-Rechtsetzung begrenzt. Es ist zwar gerechtfertigt, den Bundestag in die Gruppe der "Parlamente mit starken Einflussmöglichkeiten" einzuordnen, <sup>105</sup> jedoch bleibt es bei dem prinzipiellen Problem, dass er im Schwerpunkt nur auf der innerstaatlichen Ebene handeln kann, also nicht umfassender Bestandteil des Mehrebenensystems der Rechtsetzung ist. Ob sich dies durch die für 2007 geplante Einrichtung eines Verbindungsbüros des Bundestages in Brüssel ändern wird, bleibt abzuwarten. <sup>106</sup>

## V. Herausforderungen und Strukturelemente der Rechtsetzung im transnationalen Föderalismus

Insgesamt haben die materiellrechtlichen und institutionell/organisatorischen Verflechtungen der Rechtsetzung im europäischen Verfassungsraum damit einen wechselseitigen Charakter, sind also nicht ausschließlich hierarchisch geprägt. Insofern zeigt sich, dass Rechtsetzung im Mehrebenensystem nicht nur Einheit, sondern ebenso konstitutive Vielfalt widerspiegelt. Das entspricht allgemein der Funktion der Rechtsetzung im europäischen Verfassungsraum und dient als Ausgangspunkt für die nunmehr zu diskutierenden Herausforderungen und übergeordneten Strukturelemente im rechtlichen und politischen Mehrebenensystem der Rechtsetzung.

#### 1. Transnationaler Föderalismus

Die zentralen Strukturelemente der Rechtsetzung im europäischen Verfassungsraum sind in seinem föderalen Charakter begründet. Definiert man Föderalismus allgemein als ein "politisches Ordnungssystem" im Sinne einer "im Regelfall regional definierten Gliederung und Verteilung [von] Hoheitsgewalt auf verschiedene, untereinander nach

<sup>104</sup> Umfassend Pahl (Fn. 88).

<sup>&</sup>lt;sup>105</sup> So überzeugend *Maurer* (Fn. 99) 341 ff.; ausführlich zur Praxis des Bundestages auch *M. Wissmann* Perspektiven für die Europapolitik des Deutschen Bundestages, FS J. Meyer, 2006, 233 ff.; *F. Pflüger* Der EU-Ausschuss des Deutschen Bundestages in der 14. Wahlperiode, in: ebd. 271 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>106</sup> Siehe hierzu *A. Sach* Bundestag errichtet Horchposten in Brüssel, Das Parlament Nr. 27 v. 3. 7. 2006; und Punkt VII Vereinbarung zwischen Bundestag und Bundesregierung (Fn. 98).

rechtlichen Regelungen zugleich verbundene und voneinander abgegrenzte Träger",107 so zeigt sich seine Anwendbarkeit auf den europäischen Verfassungsraum.108 Zugleich wird klar, dass die rechtliche Struktur des europäischen Verfassungsraums nicht nur im Sinne gestufter Rechtsordnungen beschrieben werden kann. Das Prinzip der Hierarchie der maßgeblichen Rechtsebenen hat zwar im Interesse der Einheitssicherung und damit Stabilität des europäischen Verfassungsraums eine wichtige Bedeutung.109 Indes ist im föderalen System eine eindimensionale Betrachtung, wie sie durch den Begriff der gestuften Rechtsordnungen angedeutet wird, nicht hinreichend.110 Um die Dynamik und die wechselseitigen Verflechtungen der Rechtsetzung im europäischen Verfassungsraum erfassen zu können, ist vielmehr von einer einheitlichen föderalen Ordnung auszugehen. Mit Blick auf ihre

<sup>107</sup> S. Korioth Föderalismus, in: Heun/Honecker/Morlok/Wieland (Hrsg.) Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe 2006, Sp. 596; siehe auch K. Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 219: "Föderalismus bezeichnet als politisches Grundprinzip die freie Einung von differenzierten, grundsätzlich gleichberechtigten, in der Regel regionalen politischen Gesamtheiten, die auf diese Weise zu gemeinschaftlichem Zusammenwirken verbunden werden sollen. Dieser weitgespannte und elastische Grundgedanke kann durchaus unterschiedliche geschichtlich sich wandelnde Konkretisierungen erfahren, die weitgehend von Sinn und Aufgabe der föderativen Ordnung abhängen.".

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> Statt vieler Korioth (Fn. 107) Sp. 597; ausführlich S. Oeter Föderalismus, in: v. Bogdandy (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 59 ff. mwN; in einem übergreifenden Sinne auch M. Kotzur Föderalisierung, Regionalisierung und Kommunalisierung als Strukturprinzipien des europäischen Verfassungsraums, JöR N.F. 50 (2002), 257 ff.

<sup>109</sup> Lorz (Fn. 13) DVB1. 2006, 1061 (1061 f.).

<sup>&</sup>lt;sup>110</sup> Eindringlich hierzu mit Blick auf den föderalen Bundesstaat bereits U. Scheuner Struktur und Aufgabe des Bundesstaates der Gegenwart, DÖV 1962, 641 (642): "Jeder Versuch, die formalistische Bundesstaatslehre heute fortzuführen, verstrickt sich alsbald in eine Welt leerer konstruktiver Fragen, in der die "Eigenständigkeit" und "Unableitbarkeit' der staatlichen Befugnisse und die Überordnung oder Gleichordnung des Bundes diskutiert werden, aber ein Verständnis der historisch-konkreten Wirklichkeit und des Zusammenspiels der politischen Kräfte ausbleibt. Es ist ein Kennzeichen dieser Betrachtungsweise, daß sie den Kern des Bundesstaates allein in der Kompetenzverteilung sucht. Sie geht dabei daran vorüber, daß dem Bundesstaat wohl eine Teilung der Aufgaben zugehört, zugleich aber auch ein reiches Zusammenspiel des Ganzen und der Glieder, daß gegenseitige Einflussnahme, Akte der Leitung des Bundes wie der Beteiligung der Glieder zu beachten sind, kurz, daß erst das Ganze vielseitiger Beziehungen sein Wesen ausmacht". An dieser Stelle wäre auch ausführlich auf die Erkenntnisse der Forschung zum "fiskalischen Föderalismus" einzugehen. Im Kern zeigen entsprechende Untersuchungen eindringlich, dass einfache Zuordnungen im Sinne strikter Kompetenzteilungen die eigentlichen Probleme in föderalen Systemen nicht lösen. Siehe hierzu im Überblick Oeter in: v. Bogdandy (Fn. 108) 69 ff. mwN.

Rechtsquellen mögen die Unionsverfassung und die mitgliedstaatlichen Verfassungen zwar unterschiedlicher Natur sein, materiell sind sie in ihrer gegenseitigen Bedingtheit jedoch als funktionale Einheit zu sehen.<sup>111</sup> Nimmt man dabei in den Blick, dass im Bereich grundlegender Verfassungsprinzipien<sup>112</sup> und insbesondere im Rahmen der Rechtsetzung die funktionale Einheit des Rechts über den engeren Kreis des Unionsrechts und des innerstaatlichen Rechts hinausgeht und auch das internationale Recht umfasst, sind die Grundideen des supranationalen Föderalismus<sup>113</sup> auf einen transnationalen Föderalismus insgesamt zu erweitern. 114 Diesen kennzeichnet im Bereich der Rechtsetzung, dass "eine strukturelle Einheit in Vielfalt konstituiert" wird<sup>115</sup> und dabei eine horizontale und vertikale Verflechtung der maßgeblichen Rechtsetzungsakteure auf der einen Seite sowie ihre zugleich garantierte eigenständige Identität auf der anderen Seite bestimmend sind. Hinzu kommt eine enge rechtsprinzipielle Verbindung mit Konstitutionalisierungsprozessen insgesamt.116

## 2. Relativierung bundesstaatlicher Konzepte I: Grenzüberschreitende Angelegenheiten als Länderzuständigkeit

In der Konsequenz des transnationalen Föderalismus als Ordnungsprinzip für die Rechtsetzung sind Strukturen des Bundesstaates zu überdenken. Besonders deutlich zeigt sich dies bei der Organisation der Rechtsetzung im europäischen Verfassungsraum. Eine zentrale Vorstellung des staatszentrierten Bundesstaatsmodells ist es, dass eine einheit-

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> Zur funktionalen Einheit des internationalen, europäischen und innerstaatlichen Rechts insgesamt siehe *D. Thürer* Völkerrecht und Landesrecht – Thesen zu einer theoretischen Problemumschreibung, SZIER 1999, 217 ff.; *C. Tietje* Internationalisiertes Verwaltungshandeln, 2001, 640 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>112</sup> Zur zunehmenden Konvergenz innerstaatlicher und internationaler Verfassungsprinzipien siehe *G. Ress* Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1990), 56 (79f.); *K.-P. Sommermann* Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, 223 ff.; *Tietje* (Fn. 111) 223 ff. und 235 f., jeweils mwN.

<sup>113</sup> v. Bogdandy Supranationaler Föderalismus (Fn. 14).

<sup>&</sup>lt;sup>114</sup> Grundlegend hierzu *J. Delbrück* Transnational Federalism: Problems and Prospects of Allocating Public Authority Beyond the State, Indiana Journal of Global Legal Studies 11 (2004), 31 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> K. Nowrot Normative Ordnungsstruktur und private Wirkungsmacht – Konsequenzen der Beteiligung transnationaler Unternehmen an den Rechtsetzungsprozessen im internationalen Wirtschaftssystem, 2006, 666.

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> Zu den einzelnen Elementen des transnationalen Föderalismus siehe *Nowrot* (Fn. 115) 666f. mit zahlreichen Nachw.

liche Außenvertretung des Gesamtstaates in grenzüberschreitenden Angelegenheiten erfolgt.<sup>117</sup> Dass diese, in Art. 32 GG zum Ausdruck kommende Konzeption im Mehrebenensystem zunehmend problematisch ist, wurde oft betont.<sup>118</sup> Insofern ist es weiterhin aktuell, die einheitliche Außenvertretung des Bundesstaates auf den engen Bereich tatsächlicher Außenpolitik mit staatsleitender Bedeutung zu begrenzen und im Übrigen auch verfassungsrechtlich eigenständige Kompetenzbereiche der Länder in grenzüberschreitenden Angelegenheiten anzuerkennen.<sup>119</sup> Hieraus folgt für die Rechtsetzung im transnationalen Föderalismus, dass diese nicht umfassend der zentralstaatlichen Ebene zuzuordnen ist, auch wenn europa- und völkerrechtlich der Gesamtstaat als Einheit gebunden wird. Nur solche Sachverhalte, die einen staatsleitenden Charakter haben, sollten im Bundesstaat einer Bundeskompetenz unterfallen; alle sonstigen Angelegenheiten mit grenzüberschreitendem Bezug verbleiben im Einklang mit Strukturprinzipien des Bundesstaates (Art. 30 GG) in der Länderzuständigkeit. 120 Auch wenn insbesondere Art. 23 GG diese Erkenntnis nicht umfassend widerspiegeln kann, steht sie doch im Einklang mit der bedeutungsvollen Rolle, die den Ländern unter tatsächlichen Gesichtspunkten in der Rechtsetzung im transnationalen Föderalismus zukommt.<sup>121</sup>

## 3. Relativierung bundesstaatlicher Konzepte II: Keine umfassende Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung

Im materiellrechtlichen Bereich führt das Wechselverhältnis von Bindungen und Freiräumen der Rechtsetzung dazu, dass die Einheit und damit Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung nicht mehr umfassend gewährleistet werden kann. Das BVerfG hat bekanntlich im innerstaatlichen Kontext aus dem Bundesstaats- in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip ein umfassendes Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechts-

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> BVerfGE 2, 347 (378): "ein Bundesstaat, der im völkerrechtlichen Verkehr grundsätzlich als Einheit auftritt"; hierzu auch u.a. *W. Grewe* Auswärtige Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HdbStR, Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 77 Rn. 83.

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> Statt vieler *I. Pernice* in: Dreier (Fn. 91) Art. 32 Rn. 11; *C. Calliess* Auswärtige Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HdbStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 83 Rn. 63.

<sup>119</sup> Ausführlich hierzu Tietje (Fn. 111) 489 ff.; prägnant auch Häberle (Fn. 19) 38 f.

 <sup>&</sup>lt;sup>120</sup> In diese Richtung auch BVerfG, NJW 2000, 55 (60); zur entsprechenden, auf die EU-Ebene bezogenen Diskussion im Rahmen der Föderalismusreform siehe *R. Hrbek* Der deutsche Bundesstaat in der EU – Die Mitwirkung der deutschen Länder in EU-Angelegenheiten als Gegenstand der Föderalismus-Reform, FS M. Zuleeg, 2005, 256ff.

<sup>121</sup> Siehe supra bei Fn. 100ff.

ordnung entwickelt,<sup>122</sup> das über Art. 31 GG hinausgeht.<sup>123</sup> Angesichts der aufgezeigten materiellrechtlichen Strukturen der Rechtsetzung im Mehrebenensystem kann diese Rechtsprechung keinen Bestand haben. Die Verflechtungen der Rechtsetzung im transnationalen Föderalismus zeigen schon für sich, dass die Idee der Einheit des Staates als Grundlage einer postulierten Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung Fiktion ist.<sup>124</sup> Auch im transnationalen Föderalismus muss es zwar Regeln für Normenkollisionen geben, das führt allerdings weder verfassungs- noch unionsrechtlich zur zwingenden Notwendigkeit der Vermeidung von Wertungswidersprüchen – im Gegenteil: Eine föderale Rechtsetzungsstruktur verlangt geradezu nach der Möglichkeit, dass es zu Wertungswidersprüchen als Ergebnis von Rechtsetzung auf unterschiedlichen föderalen Ebenen kommt.<sup>125</sup> Nur so ist das zentrale Strukturprinzip der Sicherung von Vielfalt gewährleistet.<sup>126</sup>

## 4. Abgrenzung von Rechtsetzungskompetenzen im transnationalen Föderalismus (?)

Damit stellt sich auch die Frage, welche Rolle Regelungen über die Abgrenzung von Rechtsetzungskompetenzen zukommt, und zwar im Bundesstaat ebenso wie im europäischen Verfassungsraum. Wie bereits angedeutet, werden verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung im Mehrebenensystem oftmals auf Gesichtspunkte gegebener Rechtsetzungskompetenzen reduziert. Die dabei vielfach gewonnene Erkenntnis,

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> BVerfGE 98, 106 (118f., 125 ff.); weitere Nachweise bei *H. Bauer* in: Dreier (Fn. 91) Art 20 (Bundesstaat) Rn. 43.

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> Zur Kritik hieran mit Blick auf Art. 31 GG siehe H. Dreier, in: ders. (Fn. 91) Art. 31 Rn. 60 mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>124</sup> Ausführlich hierzu *A. Hanebeck* Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber?, Der Staat 41 (2002), 429 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>125</sup> Ausführlich zum gesamten Problemkreis aus zivil- und verfassungsrechtlicher Perspektive auch *Koch* (Fn. 76) JZ 2006, 277 (281 ff.) mit zahlreichen Nachw.; sowie aus verfassungsrechtlicher Sicht, allerdings mit anderem Ergebnis als hier vertreten, *S. Haack* Widersprüchliche Regelungskonzepte im Bundesstaat, 2002; zum rechtstheoretischen Hintergrund der Differenzierung zwischen Normkollision bzw. -widersprüch auf der einen Seite und Wertungswidersprüch auf der anderen Seite siehe *K. Engisch* Die Einheit der Rechtsordnung, Nachdruck 1987, 41 ff.; *K. F. Röhl* Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, 429 ff.; *C. Bumke* Relative Rechtswidrigkeit, 2004, 38 ff. und 51 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>126</sup> Zum damit im Zusammenhang stehenden "experimentellen Bundessstaat" nach der Föderalismusreform siehe *L. Michael* Der experimentelle Bundesstaat, JZ 2006, 884 (887 ff.); zur Notwendigkeit von Rechtsvielfalt im Föderalismus und den verfassungsrechtlichen Grenzen siehe deutlich auch BVerfGE 106, 62 (145 f.).

dass die dynamische Auslegung und Anwendung bestehender Rechtsetzungskompetenzen in föderalen Systemen zu Zentralisierungserscheinungen zu Gunsten der jeweils höheren Rechtsetzungsebene führt,<sup>127</sup> ist freilich nicht neu. Es handelt sich hierbei um ein dem Föderalismus inhärentes Problem, das sich rechtsvergleichend in allen Bundesstaaten und verfassungsgeschichtlich insbesondere in Deutschland nachweisen lässt.<sup>128</sup> Schon vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob die notwendige Sicherung von Vielfalt im föderalen Rechtsetzungssystem über Kompetenzregelungen umfassend realisiert werden kann.

Kompetenzregelungen und dementsprechend Kompetenzabgrenzungen sind zwar unerlässlich, um föderale Regelungsstrukturen überhaupt etablieren und sichern zu können. Allerdings sind Kompetenzzuweisungen immer abhängig von tatsächlichen Kompetenzwahrnehmungsfähigkeiten. Mit zunehmender Komplexität und Interdependenz tatsächlicher gesellschaftlicher Herausforderungen sinken indes zwangsläufig die Kompetenzwahrnehmungsfähigkeiten unterer Rechtsetzungsebenen. Daraus folgt zunächst, dass Kompensationsstrategien materiell wenig überzeugen, da es in Bereichen "verlorener" Kompetenzen gerade keine Kompetenzwahrnehmungsfähigkeiten der rangniedrigeren Regelungsebene mehr gibt. 129 Insofern ist auch mit Blick auf die Kritik an einem Zuwachs an Rechtsetzungskompetenzen der EU festzustellen, dass die eigentlichen Probleme nicht in der Kompetenzzuweisung, sondern vielmehr in der Kompetenzwahrnehmung liegen. 130

Kompetenzwahrnehmung wird im europäischen Verfassungsraum und im Bundesstaat durch Subsidiaritätsregeln sowie in der praktischen Rechtsanwendung durch Auslegung und Anwendung der konkreten Tatbestandsmerkmale von Kompetenznormen bestimmt. Ob Subsidiaritätsregeln (Art. 5 Abs. 2 EG und Art. 72 Abs. 2 GG) abschließend geeignet sind, die föderalen Strukturen der Rechtsetzung zu sichern, ist fraglich. Obwohl Art. 5 Abs. 2 EG und Art. 72 Abs. 2 GG eine gewisse Bedeutung in der Rechtsprechung erlangt haben, 131 besteht ihr prinzi-

<sup>&</sup>lt;sup>127</sup> So z.B. jüngst die zentrale Aussage von Lorz (Fn. 13) DVBl. 2006, 1061 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> Korioth (Fn. 107) Sp. 598; umfassend rechtsvergleichend auch *M. Bothe* Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht, 1977.

<sup>&</sup>lt;sup>129</sup> I. Pernice Die Beteiligung der Länder in Angelegenheiten der Europäischen Union – Zur Reform des Artikel 23 GG –, WTI-Paper 8/04, 2004, 7f., verfügbar unter: http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/papers/whipapers804/paper0804.p df.

<sup>130</sup> In diese Richtung auch v. Danwitz (Fn. 8) JZ 2006, 1 (5).

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> Siehe u.a. EuGH, Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, Slg. 2002, I-11453 Rn. 177ff.; BVerfGE 106, 62ff.

pielles Problem darin, dass ihnen kaum ein Maßstab zu entnehmen ist, der eigenständig über das Verhältnismäßigkeitsgebot hinausgeht.<sup>132</sup> Für das Unionsrecht liegt hierin zwar kein Problem, da jede Maßnahme der Rechtsetzung umfassend dem Verhältnismäßigkeitsgebot entsprechen muss (Art. 5 Abs. 3 EG).<sup>133</sup> Die bislang – auch im Lichte des Altenpflege-Urteils<sup>134</sup> – ablehnende, jedenfalls zurückhaltende Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf die kompetentiellen Beziehungen von Bund und Ländern<sup>135</sup> durch das BVerfG erweist sich hier jedoch als problematisch,<sup>136</sup> zumal im Maastricht-Urteil für das Verhältnis von EU und Mitgliedstaaten gerade auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgestellt wurde.<sup>137</sup>

Damit deutet sich bereits an, dass die kompetenzrechtlichen Grundlagen der Rechtsetzung im transnationalen Föderalismus in erster Linie eine konsequente, an der eigentlichen Funktion der Rechtsetzung ausgerichtete Auslegung und Anwendung der maßgeblichen Kompetenznormen verlangen. Zentrale Erkenntnis muss hierbei sein, dass Rechtsetzung auch in kompetentieller Hinsicht nie für sich selbst eine Aufgabe darstellt, sondern immer nur "Instrument der Aufgaben erledigung" ist. 138 Das führt an den Ausgangspunkt unserer Überlegungen zurück: Rechtsetzung ist Ausdruck der konstitutionellen Erkenntnis von Integration durch Recht zur Gewährleistung und Verwirklichung individueller Freiheit. 139 Dies sollte auch der Maßstab für die Kompetenzausübung bei der Rechtsetzung im transnationalen Föderalismus sein, und

<sup>&</sup>lt;sup>132</sup> Für das Unionsrecht hierzu *C. Tietje* in: Grabitz/Hilf (Fn. 37) vor Art. 94–97 EGV Rn. 59; zur Übereinstimmung von Art. 72 Abs. 2 GG und der Dogmatik des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausführlich *Stettner* in: Dreier (Fn. 91) Art. 72 Rn. 18 ff.; siehe in diesem Zusammenhang auch nochmals den Überblick über die Erkenntnisse der Forschung zum "fiskalischen Föderalismus" bei *Oeter* in: v. Bogdandy (Fn. 108) 69 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>133</sup> Zu Einzelheiten statt vieler *G. Lienbacher* in: Schwarze (Hrsg.) EU-Kommentar, 2000, Art. 5 EGV Rn. 34ff.

<sup>134</sup> BVerfGE 106, 62ff.

<sup>135</sup> BVerfGE 81, 310 (338).

<sup>&</sup>lt;sup>136</sup> Ausführlich hierzu Stettner in: Dreier (Fn. 91) Art. 70 Rn. 38 und Art. 72 Rn. 18 ff.;
A. Heusch Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht, 2003;
C. Calliess Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung, EuGRZ 2003, 181 (187 ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>137</sup> BVerfGE 89, 155 (212); zur Widersprüchlichkeit dieser Aussagen auch *Heusch* (Fn. 136) 23; *Calliess* (Fn. 136) EuGRZ 2003, 181 (193).

<sup>&</sup>lt;sup>138</sup> F. Kirchhof Private Rechtsetzung, 1987, 116 (Hervorhebung im Original); ähnlich z.B. H. P. Bull Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, 325.

<sup>139</sup> Supra bei Fn. 26ff.

zwar gleichermaßen im internationalen Recht,<sup>140</sup> im europäischen Verfassungsverbund und im Bundesstaat.<sup>141</sup> Die an Freiheitsrechten ausgerichtete Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten<sup>142</sup> und seine Aussagen zur Funktion des Binnenmarktes, in der Elemente individueller Freiheit mit Gedanken des Systemwettbewerbs kombiniert werden,<sup>143</sup> gehen klar in diese Richtung.

## VI. Konflikt oder Kooperation im transnationalen Förderalismus?

Damit ist zugleich angedeutet, warum das Verhältnis von Bundesstaat und EU oftmals konfliktorientiert beschrieben wird. Die Dominanz der Konfliktperspektive im Mehrebenensystem der Rechtsetzung kann im Kern auf voneinander abweichende Vorverständnisse von Bundesstaatlichkeit und transnationalem Föderalismus im europäischen Verfassungsraum zurückgeführt werden.

Bundesstaatlichkeit im Verständnis des Grundgesetzes wird als, wie *Josef Isensee* es treffend umschreibt, "res publica composita", als föderative Komposition der staatlichen Einheit verstanden. <sup>144</sup> In diesem Sinne steht ungeachtet aller Diskussionen zur Bundesstaatstheorie <sup>145</sup> immer im Vordergrund, dass es um Staatlichkeit im Plural und im Singular geht. Die Staatlichkeit von Bund und Ländern <sup>146</sup> ist Kern der Bundesstaatlichkeit, um ihre Sicherung und um ihr Verhältnis zueinander geht es. Realisiert wird diese Herausforderung zentral durch Kompetenznormen, da es immer – in den Worten von *Udo Di Fabio* und *Rudolf Mellinghoff* in ihrer abweichenden Meinung zum Urteil vom 19. Februar 2002 – um ein "Syste[m] kompetenzgeteilter Staatlichkeit" geht. <sup>147</sup> Aus dieser Charakterisierung heraus erklärt sich auch, dass Bundesstaatlichkeit im Kern ausschließliche Materie des Staatsorganisationsrechts ist. Zwar liegen der Legitimation des Bundesstaates weitere, über die reine

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup> Hierzu mit Blick auf die Probleme gezielter Sanktionsmaßnahmen des UN-Sicherheitsrates *Tietje/Hamelmann* (Fn. 74) JuS 2006, 299 (301 f.).

<sup>141</sup> In diese Richtung auch Nettesheim (Fn. 13) ZEuS 2002, 507 (536).

<sup>142</sup> Supra Fn. 48 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>143</sup> Hierzu *Tietje* in: Grabitz/Hilf (Fn. 37) vor Art. 94–97 EGV Rn. 25 ff. und Art. 95 EGV Rn. 12 ff., jeweils mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>144</sup> J. Isensee Idee und Gestalt des Föderalismus, in: ders./Kirchhof (Hrsg.) HdbStR, Bd. IV, 2. Aufl. 1999, § 98 Rn. 196.

<sup>145</sup> Hierzu ausführlich Oeter (Fn. 12) 235 ff., 377 ff. und passim.

<sup>146</sup> Zahlreiche Nachweise bei Bauer in: Dreier (Fn. 91) Art. 20 (Bundesstaat) Rn. 35 ff.

<sup>147</sup> BVerfGE 104, 249 (282).

Staatsorganisation hinausgehende Gesichtspunkte zugrunde,<sup>148</sup> diese wirken indes jedenfalls nicht unmittelbar auf das Kompetenzgefüge von Bund und Ländern ein. Das betrifft namentlich Aspekte individueller Freiheitssicherung. Da das Bund-Länder-Verhältnis in klassischer Perspektive als "Internum der Staatsgewalt" gewertet wird,<sup>149</sup> bleibt die Kompetenzordnung des Grundgesetzes grundsätzlich von den Grundrechten unberührt. Als Ausnahme hierzu wird nur diskutiert, ob und gegebenenfalls inwieweit Grundrechte "mediatisiert durch die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten" auf föderale Strukturen einwirken.<sup>150</sup> Auch das ist aber bekanntlich strittig; erinnert sei nur an die Kontroversen, die sich aus der Aussage des BVerfG im *numerus-clausus*-Urteil zu einer "kooperative[n] Verwirklichung des Grundrechtsschutzes" durch Bund und Länder ergeben haben.<sup>151</sup>

Die damit, wenn überhaupt, nur mittelbare Beeinflussung des Kompetenzgefüges von Bund und Ländern durch Grundrechte steht in augenfälligem Kontrast zur Bedeutung, welche den Individualrechten für das Verhältnis von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht zukommt. Die zum Teil weitreichenden Auswirkungen des Unionsrechts insbesondere auf die mitgliedstaatliche Rechtsetzung haben in wesentlichen Bereichen ihren Grund in den Rechtswirkungen der individuellen Unionsrechte. Das Unionsrecht kennt insofern kein kompetenzrechtliches "Internum" im Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten, Vielmehr sind Individualrechte spätestens seit van Gend & Loos<sup>152</sup> konstitutiver Bestandteil des europäischen Verfassungsverbundes insgesamt. Für die Rechtsetzung haben sie dabei kompetentielle Wirkung im Verhältnis Union und Mitgliedstaaten. Individuelle Freiheitsgarantien sind also aus der Sicht des Unionsrechts nicht nur Schranke der Kompetenzausübung - wie dies in der bundesstaatlichen Verfassungsordnung der Fall ist -, sondern bestimmen unmittelbar Bindung und Freiräume aller Rechtsetzungsebenen im europäischen Verfassungsraum.

Die genannten strukturellen Unterschiede sind im Übrigen in ähnlicher Ausgestaltung im Wirtschaftsrecht nachweisbar. Auch hier erfolgt

<sup>&</sup>lt;sup>148</sup> Im Überblick *M. Jestaedt* Bundesstaat als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HdbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29 Rn. 12.

<sup>149</sup> Isensee (Fn. 144) § 98 Rn. 118.

<sup>150</sup> Isensee (Fn. 144) § 98 Rn. 98.

<sup>&</sup>lt;sup>151</sup> BVerfGE 33, 303 (357f.); hierzu insbes. *P. Häberle* Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat – Die Numerus-clausus-Entscheidung vom 18.7.1972, DÖV 1972, 729 (737 ff.); insgesamt zum Thema *H. Bethge* Die Grundrechtssicherung im föderativen Bereich. AöR 110 (1985), 169 (insbes. 215 ff.).

<sup>152</sup> EuGH, Rs. 26/62, van Gend & Loos, Slg. 1963, 1ff.

im Verfassungsrecht des Bundesstaates eine Differenzierung nach Kompetenzregeln (insbes. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG); Grundrechte wirken im Wirtschaftsverfassungsrecht nur als Schrankenregelungen bei der Wahrnehmung gegebener Rechtsetzungskompetenzen. Demgegenüber enthält das Unionsrecht im Bereich der individuellen Freiheitsrechte und insbesondere im Wettbewerbsrecht zahlreiche materielle Vorgaben zur Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung der Mitgliedstaaten, so dass auch hier kein organisationsrechtliches "Internum" als kompetenzrechtlicher Ausgangspunkt gegeben ist.

Im Ergebnis gleichen die föderalen Strukturen von Bindungen und Freiräumen der Rechtsetzung im Lichte des Unionsrechts damit den Rechtsentwicklungen im US-amerikanischen Bundesstaat. Auch dort bestehen die Herausforderungen der föderalen Bundesstaatsstruktur darin, dass unabhängig von der zentralen Bedeutung der "enumerated powers"<sup>155</sup> der Legislative und einer klaren Kompetenzabgrenzung zwischen Bundesstaat und Gliedstaaten nach dem 10. Zusatzartikel<sup>156</sup> eine intensive Begrenzung der gliedstaatlichen Rechtsetzung aus der Bundeskompetenz im Wirtschaftsrecht, insbesondere aber aus materiellen Gründen der Verwirklichung von individuellen Freiheitsrechten folgt. Nur im Sinne von Stichworten sei insofern auf die *(dormant) commerce clause* und die *incorporation*-Doktrin nach dem 14. Zusatzartikel verwiesen.<sup>157</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>153</sup> Im Überblick hierzu U. Schliesky Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2003, 75 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>154</sup> Zu Einzelheiten siehe z.B. *P. Badura* Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 2. Aufl. 2005, Rn. 19; *A. Hatje* Wirtschaftsverfassung, in: v. Bogdandy (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 683 ff.; *J. Drexl* Wettbewerbsverfassung – Europäisches Wettbewerbsrecht als materielles Verfassungsrecht –, in: ebd., 747 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>155</sup> Chief Justice *John Marshall* in *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 405 (1819), 17 U.S. 316, 405 (1819): "This government is acknowledged by all to be one of enumerated powers"; zu Einzelheiten siehe *L. H. Tribe* American Constitutional Law, Vol. 1, 3. Aufl. 2000, 795 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>156</sup> Amendment X (1791): "The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people"; zu Einzelheiten siehe *Tribe* (Fn. 155) 858 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>157</sup> Hierzu W. Brugger Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Aufl. 2001, 39 ff. und 103 ff.; Tribe (Fn. 155) 936 ff. und 1029 ff.; zu einem konkreten Vergleich der (dormant) commerce clause mit der Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrags siehe A. Riecker Körperschaftsbesteuerung in der Europäischen Union und das US-amerikanische Modell der Unitary Taxation, 1997, 126 f.

#### VII. Ausblick

Zusammenfassend zeigt sich, dass Konflikt und Kooperation der Rechtsetzung im transnationalen Föderalismus und im Bundesstaat von zahlreichen parallelen Entwicklungen gekennzeichnet sind. Das betrifft im materiellrechtlichen Bereich das bekannte Problem einer zunehmenden Kompetenzverschiebung auf die jeweils höhere Rechtsetzungsebene. Mit Blick auf Verfahren und Prozess der Rechtsetzung bestehen umfassende Kooperationsstrukturen, die zu den bekannten Verflechtungsproblemen führen.

Zugleich ist deutlich geworden, dass Autonomie und Bindung der Rechtsetzung im Mehrebenensystem nicht als Ausdruck rein kompetentieller und normhierarchisch determinierter Beziehungsstrukturen verstanden werden dürfen. Vielmehr bedingt das Zusammenspiel materiellrechtlicher und institutionell/organisatorischer Strukturen eine hohe wechselseitige Komplexität. Diese Komplexität lässt sich auch nicht auf eine vermeintliche Rivalität zwischen Bundesstaat und europäischem Verfassungsraum reduzieren - im Gegenteil: Der Bundesstaat ist Bestandteil eines größeren Ganzen, das über ihn hinausgeht.<sup>158</sup> Die damit gegebene Einheit, in der Vielfalt zu sichern ist, verlangt nach einer die Rechtsetzung als Instrument der Aufgabenerfüllung determinierenden Konzeption, die sich von einer ausschließlichen Betrachtung von Kompetenzfragen löst. 159 Solange Kompetenzfragen – wie gegenwärtig noch im Bundesstaat - im Vordergrund stehen, wird die Konfliktperspektive dominieren. Eine Kooperationsstruktur lässt sich demgegenüber nur sinnvoll begründen und praktizieren, wenn die Funktion der Rechtsetzung im Mehrebenensystem als Instrument der Freiheitsverwirklichung und der Bewahrung öffentlicher Güter erkannt wird. Insofern sind vermeintliche Konflikte zwischen Bundesstaat und EU lösbar, wenn bestehende Differenzen im verfassungstheoretischen Vorverständnis überwunden werden. Dann wird man im Übrigen frei nach Bismarck auch umso besser schlafen können, je mehr man davon weiß, wie Gesetze im transnationalen Föderalismus gemacht werden.

<sup>&</sup>lt;sup>158</sup> Eindringlich hierzu mit Blick auf die Relativierung der nationalen Verfassungen zu Teilverfassungen im europäischen Kontext *Häberle* (Fn. 19) 221 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>159</sup> Allgemein für die europäische Verfassungstheorie insgesamt so auch *Nettesheim* (Fn. 13) ZEuS 2002, 507 (533 ff.) mit zahlreichen Nachw.

#### Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

# Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen

## I. Einleitung

- 1. Rechtsetzung als Ausdruck einer gelebten Verfassungsordnung ist durch eine Doppelnatur gekennzeichnet. Diese kommt in den Stichworten "Recht und Politik" sowie "Rechtsetzungsverfahren" und "Rechtsetzungsprozess" zum Ausdruck.
- 2. Die Doppelnatur der Rechtsetzung verbietet eine statische Betrachtung. Vielmehr ist zu versuchen, über reine Kompetenz-, Vorrang- und Kollisionsfragen hinausgehend die Dynamik und Komplexität von Rechtsetzung ihre Verflechtungen im Mehrebenensystem insgesamt zu erfassen.

## II. Zur Funktion der Rechtsetzung im europäischen Verfassungsraum

- 3. Grundlage der Rechtsetzung im europäischen Mehrebenensystem ist ein "gemeinsam konstituierter Verfassungsraum" (A. v. Bogdandy) bestehend aus Unionsverfassung und Verfassungen der Mitgliedstaaten. Struktur und Funktionsfähigkeit dieses Systems sind zwingend auf ein Zusammenwirken aller Verfassungs- und Rechtsebenen angewiesen.
- 4. Die wechselseitige Abhängigkeit der Rechtsebenen verlangt nach einer konstitutionellen Perspektive, die Rechtsprinzipien der "Einheit" und der "Vielfalt" umfasst.
- 5. Rechtsetzung im europäischen Verfassungsraum gewährleistet relative Stabilität, Identität und Legitimation durch Aufgabenerfüllung.

## III. Bestehende Bindungen und Freiräume der Rechtsetzung im Mehrebenensystem

6. Empirisch erfolgt ca. 30 % der Bundesgesetzgebung auf der Grundlage europäischer Impulse.

- 7. Im Bereich gegebener EU-Rechtsetzungskompetenzen sowie mit Blick auf die Durchführung und Umsetzung von EU-Recht bestehen substantielle Rechtsetzungsfreiräume der Mitgliedstaaten.
- 8. Das materielle Unionsrecht führt zu bedeutenden Bindungen der mitgliedstaatlichen Rechtsetzung. Grundlage hierfür ist die konsequente Ausrichtung des Unionsrechts an individuellen Freiheitsgarantien. Allerdings wirkt der "sowohl von der Gemeinschaft als auch von ihren Mitgliedstaaten" zu beachtende Grundrechtsschutz (EuGH) auch zu Gunsten mitgliedstaatlicher Rechtsetzungsfreiräume.
- 9. Völkerrecht als integrierender Bestandteil des Unionsrechts greift in das Kompetenzgefüge von EU und Mitgliedstaaten ein und führt zu weitreichenden Bindungen der Rechtsetzung. Problematisch ist dabei, dass das Völkerrecht noch keine umfassende Dogmatik zu Rechtsetzungsfreiräumen kennt und die individualrechtsschützende Dimension völkerrechtlicher Bindungen der Rechtsetzung wenig ausgeprägt ist.
- 10. Zunehmende Bedeutung haben schließlich die Umfeld- und Vorfeldrechtsetzung der Mitgliedstaaten (autonome Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung), durch die sich umfassende Rechtsetzungsfreiräume manifestieren.

## IV. Die Organisation der Rechtsetzung im Mehrebenensystem

11. Die kompetenz- und materiellrechtlichen Verslechtungen der Rechtsetzung im Mehrebenensystem finden ihre Entsprechung in der institutionellen und organisatorischen Ausgestaltung des jeweils einschlägigen Rechtsetzungsverfahrens. Auf EU-Ebene ist dabei die konsensorientierte Kooperation von Rat, Parlament und Kommission dominierend. Innerstaatlich stellt sich indes das Problem, dass der Bundestag kaum in der Lage ist, umfassend im Mehrebenensystem zu agieren. Das ist bei den Ländern und Kommunen anders.

# V. Herausforderungen und Strukturelemente der Rechtsetzung im transnationalen Föderalismus

- 12. Rechtsetzung im Mehrebenensystem spiegelt umfassend Einheit und Vielfalt wider. Das geht über den Begriff der gestuften Rechtsordnungen hinaus und ist als föderale Struktur im Sinne eines transnationalen Föderalismus zu erfassen.
- 13. In der Konsequenz des transnationalen Föderalismus ist im Bereich der Rechtsetzung das traditionelle Konzept der einheitlichen Außenvertre-

- tung des Gesamtstaates in grenzüberschreitenden Angelegenheiten auf den engen Bereich tatsächlicher Außenpolitik mit staatsleitender Bedeutung zu begrenzen; im Übrigen bestehen eigenständige Kompetenzen der Länder.
- 14. Im materiellrechtlichen Bereich führt das Wechselverhältnis von Bindungen und Freiräumen der Rechtsetzung dazu, dass die Einheit und damit Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung nicht mehr umfassend gewährleistet werden kann und auch nicht gewährleistet sein muss.
- 15. Überdies ist anzuerkennen, dass die notwendige Sicherung von Vielfalt im föderalen Rechtsetzungssystem nicht umfassend über Kompetenzregelungen realisiert werden kann. Die eigentlichen Probleme liegen ohnehin weniger in der Kompetenzzuweisung, sondern vielmehr in der Kompetenzwahrnehmung.
- 16. Im Bereich der Kompetenzwahrnehmung sind Subsidiaritätsregeln kaum abschließend geeignet, die föderalen Strukturen der Rechtsetzung zu sichern. Sinnvoller ist eine konsequente Ausrichtung am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.
- 17. Entscheidend ist eine an der eigentlichen Funktion der Rechtsetzung Gewährleistung sowie Verwirklichung individueller Freiheit und öffentlicher Güter ausgerichtete Auslegung und Anwendung der maßgeblichen Kompetenznormen. Die Rechtsprechung des EuGH geht in diese Richtung.

#### VI. Konflikt oder Kooperation im transnationalen Föderalismus?

- 18. Die Analyse von Rechtsetzung im europäischen Verfassungsraum wird von einer Konflikt- und nicht von einer Kooperationsperspektive bestimmt. Der Grund hierfür liegt in voneinander abweichenden Vorverständnissen von Bundesstaatlichkeit und transnationalem Föderalismus.
- 19. Rechtsetzung im Bundesstaat ist dominiert von Kompetenzzuweisungen und -abgrenzungen als Staatsorganisationsrecht. Das Bund-Länder-Verhältnis wird insofern als "Internum der Staatsgewalt" (J. Isensee) gewertet, was dazu führt, dass die Kompetenzordnung des GG grundsätzlich von Grundrechten unberührt bleibt.
- 20. Im Verhältnis EU-Recht und Recht der Mitgliedstaaten gibt es demgegenüber kein "Internum der Staatsgewalt". Vielmehr bestimmen aus der Sicht des EU-Rechts individuelle Freiheitsgarantien nicht nur Schranken der Kompetenzausübung, sondern unmittelbar Bindung und Freiräume aller Rechtsetzungsebenen im europäischen Verfassungsraum. Das entspricht strukturell den Entwicklungen im US-amerikanischen Verfassungsrecht.

## 3. Aussprache und Schlussworte

# Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen

Diskussionsleiter (Pieroth): Ich eröffne hiermit die Aussprache über den ersten Beratungsgegenstand unserer diesjährigen Tagung und möchte zwei organisatorische Dinge vorausschicken. Für diejenigen, die es noch nicht kennen: Seit einiger Zeit ist hier eine Ampelanlage in Betrieb. Sie zeigt bei grün, dass Sie reden dürfen, bei gelb an das Ende denken müssen – an den Übergang zur anderen Straßenseite sozusagen – und bei rot die andere Straßenseite erreicht haben müssen. Wenn diese andere Straßenseite nicht erreicht ist, hat das zur Folge, dass ich sage: Jetzt ist gleich absolut Schluss. Nur so bekommen wir die über 20 Wortmeldungen, die mir bisher vorliegen, in der Zeit, die ja auch noch dazu reichen soll, den Referenten ein Schlusswort zu geben, unter. Der zweite Gesichtspunkt: Das Mikrofon, das herumgereicht wird – bitte denken sie daran –, ist ganz eng vor den Mund zu halten, also wie beim Sänger auf der Bühne.

Lepsius: Beim Begriff der Rechtssetzung haben sich die Referenten auf den Begriff der Gesetzgebung konzentriert. Das hat mich überrascht, denn wer an Rechtsetzung denkt, denkt nicht nur an Gesetzgebung. Gerade im Öffentlichen Recht kennen wir andere Rechtssetzungsformen als das Gesetz: Verordnung, Satzung, also untergesetzliche Rechtssetzung. Aber auch Verwaltungsakte oder Gerichtsurteile zählen zur Rechtssetzung. Sie setzen Recht im Einzelfall. Von generell-abstrakten Normen unterscheiden sie sich durch ihren individuell-konkreten Bindungsgrad. Also besitzen wir mehr Formen der Rechtssetzung als nur die Gesetzgebung und dies ist erst einmal kein Ausdruck der Mehrebenenproblematik. Meine Frage an die Referenten wäre daher, ob sie bei ihren Forschungen zur Vorbereitung des heutigen Tages im Hinblick auf die untergesetzlichen - ich sollte besser sagen: nichtgesetzlichen - Formen der Rechtssetzung bestimmte Entwicklungen, Trends oder Veränderungen vorgefunden haben, wie die Mehrebenenproblematik die Rechtssetzungsformen beeinflusst? Gibt es hier bestimmte Spezifika, die gerade der Mehrebenenproblematik geschuldet sind? Lassen sie mich zwei Beispiele nennen. Zum einen beobachten wir im Verwaltungsrecht den

Trend, private Akteure über normvertretende Absprachen oder Verträge in die Rechtssetzung einzubeziehen. Lässt sich dieser Trend auf die Mehrebenenproblematik zurückführen? Zum anderen entstehen neue Regulierungsbehörden. Auch sie sind mit Rechtssetzungsbefugnissen ausgestattet und verdanken ihre Existenz und Kompetenzen in nicht geringem Maße dem Europarecht. Wir beobachten also sowohl neue Rechtsetzungsformen als auch neue Organisationsformen. Besteht zwischen diesen Entwicklungen und der Mehrebenenproblematik ein Zusammenhang?

Kotzur: Gerade Herr Kadelbach hat in seinem Referat sehr stark den Begriff des Verbunds, des Verbundsföderalismus und der föderativen Verbundsrechtssetzung betont. Dieser Begriff hat spätestens seit der Maastrichtentscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit der Formel vom "Staatenverbund" Karriere gemacht. Herr Pernice hat mit seinem Begriff des "Verfassungsverbundes" die Perspektive grundlegend geändert und dabei wahrscheinlich mehr getan, als den alten "staatsrechtlichen Wein" - der manchen ein wenig sauer aufgestoßen war - in neue "verfassungsrechtliche Schläuche" zu gießen. Seither ist der Begriff des Verbundes in der öffentlich-rechtlichen und europarechtlichen Diskussion in aller Munde. Aber nichts desto weniger bedarf es noch einer qualitativen Anreicherung dieses Terminus, der einerseits naturwissenschaftlich vorgeprägt ist, den wir vielleicht aber auch mit Schiller interpretieren können: "Verbunden sind die Schwachen mächtig". Das allein reicht jedoch nicht aus, und ich fand es eindrucksvoll, wie beide Referate heute versucht haben, den Begriff des Verbundes nun aus der föderalismustheoretischen Perspektive qualitativ anzureichern. Deshalb sei an beide Referenten meine Frage gerichtet, wie sie den Verbundsbegriff spezifisch verstehen, vor allen Dingen, wie sie das Neue interpretieren, das der Verbundsbegriff für die rechtliche Architektur der Europäischen Union mit sich bringt. Ich habe drei Aspekte besonders bemerkenswert gefunden. Der Begriff des Verbundes schien mir in beiden Vorträgen dynamisch interpretiert. Nicht ein statischer Verbund, sondern ein dynamisches "Sich stets aufs Neue-Verbinden", eine vielleicht dynamische Trias, die aus den Topoi des Abwägungsverbundes, des Verhandlungsverbundes und des solidarischen Verbundes besteht. Vor allem die Idee der Solidarität war in beiden Referaten ein ganz starkes Thema, auch unter Verweis beispielsweise auf die weit aufgefächerte Antidiskriminierungspolitik und Antidiskriminierungsrechtsprechung in der Europäischen Union. Ein letzter Aspekt sei angemerkt, der gerade auch bei Herrn Tietie angeklungen ist: Der Verbund darf kein geschlossener sein. sondern er muss eine eher offene Gemeinschaftsarchitektur ausformen. Im Begriff des transnationalen Föderalismus schien mir das angeklungen. Und so war denn auch der bedeutende amerikanische Völkerrechtler Philip C. Jessup sehr präsent. Ihm verdankt die Wissenschaft die Kategorie des "transnationalen Rechts". Damit ist schließlich eine wunderbare Brücke zwischen dem "alten Europa" und der Neuen Welt geschlagen.

Frowein: Ich möchte im Grunde nur zwei kurze Bemerkungen machen, die erste zu der Problematik "Perspektive des Gesamtstaates, Hierarchie". Das scheint mir in der Tat ein Problem zu sein, das in unserer Bundesstaatskonstruktion seit 1949 eine wichtige Rolle gespielt hat. Ich meine, dass der Wiedervereinigungsvorgang uns auch nachdenklich machen sollte, ob wir nicht hier zu stark von dem Gesamtstaat her gedacht haben. Schließlich ist die DDR in Länder gegliedert der Bundesrepublik beigetreten, und hier könnte sich vielleicht Interessantes an Überlegung zusätzlich ergeben. Meine zweite Bemerkung betrifft die Einordnung in das Völkerrecht. Und das ist, wie ich meine, ein ganz außerordentlich wichtiges Problem. Was wir vermeiden müssen, so scheint mir als jemand, der viel vom Völkerrecht hält und der eigentlich seine Karriere durch damit gearbeitet hat, dass wir das Völkerrecht und die Rechtsordnung der europäischen und der nationalen Systeme auch als ein Mehrebenensystem ansehen mit gewissen Konsequenzen. Diese Gefahr ist deutlich zu erkennen in dem Urteil des Gerichts erster Instanz - die Sache liegt dem EuGH vor - zu dem Listing-Verfahren nach den Terrorismusresolutionen des Sicherheitsrates. Wenn es stimmen sollte, wie das Gericht erster Instanz meint, dass hier eine automatische Bindung ohne Rechtsschutz erfolgt, dann haben wir im Verhältnis zu den Vereinten Nationen das Folgende erreicht: Während wir auf Grund des von mir kritisierten Urteils des Bundesverfassungsgerichts und ebenso des spanischen Verfassungsgerichts und vieler anderer einen kleinen Reservatvorbehalt für extreme Grundrechtsprobleme gegenüber der Europäischen Gemeinschaft Union haben, haben wir gegenüber den UN, deren Rechtsetzungsverfahren wir uns mal ansehen müssen, keinerlei Reservatposition. Das kann, meine Damen und Herren, nicht richtig sein, und man kann nur hoffen, dass der EuGH merkt, dass er hier die Grundkategorien des Europarechts mitverantwortet.

Steiger: Meine Bemerkung schließt sich unmittelbar an die von Herrn Frowein an. Ich bin Ihnen sehr dankbar, Herr Tietje, dass Sie die völkerrechtliche Ebene so eindeutig eingebracht und hervorgehoben haben. Aber damit stellt sich ja auch ein Problem neu, das wir auch auf nationaler Ebene schon seit Jahrzehnten diskutieren, nämlich die Frage

der demokratischen Legitimation und der nationalen parlamentarischen Beteiligung auf dieser Ebene. Ich bestreite, dass die Bemühungen im internationalen Rechtssetzungsprozess durch Funktionäre von internationalen Nicht-Regierungsorganisationen demokratische Legitimationen vermitteln, so z.B. für Entscheidungen gerade im Umweltrecht. Es sind natürlich die einzelnen Materien zu unterscheiden. Also die Frage ist für mich, wie kann man demokratische Legitimation einbringen, wenn auf der Rechtssetzungsebene diese durchgehenden oder stufenweisen Bindungen eintreten. Auf der internationalen Ebene müssen wir ein demokratisches Defizit beklagen. Wir sollten daher auch den Gedanken wieder aufnehmen und weiterverfolgen, wie die Parlamente gerade auf der internationalen Ebene in diese prozesshaften Entwicklungen der internationalen Rechtssetzung stärker eingebunden und eingegliedert werden. Nachträgliche Zustimmung zur Ratifikation internationaler Verträge genügt dafür m.E. heute noch weniger als früher.

Häberle: Es ist schlechthin unzulässig, ja unsittlich, thematische Vorgaben eines so blutjungen Vorstandes wie des unsrigen auch nur entfernt in Zweifel zu ziehen. In der Geschichte unserer Vereinigung geschah dies meines Wissens bislang auch nur ein bis zweimal. Ich wage gleichwohl eine Kritik und fühle mich dadurch ermutigt, dass beide vortreffliche Referenten in verschiedenen Leitsätzen den Begriff des "Verbunds", "Verbundsföderalismus" u.ä. in den Vordergrund gerückt haben. Was irritiert mich an der Weisheit des Vorstands? Die Begriffe "gestufte Rechtsordnungen", "Mehrebenenkonstitutionalismus" und "Mehrebenenverwaltung". "Gestufte" Rechtsordnungen mag es in manchen Bereichen geben, aber, meine Damen und Herren: im Bundesstaat sehe ich keine gestufte Rechtsordnung. Im Bundesstaat ist weder das einzelne Land "unten", noch der Bund irgendwie "oben". Nur im schmalen Segment des Art. 31 Grundgesetz gibt es eine Hierarchie: verfassungsmäßiges Bundesrecht "bricht" Landesrecht. Im Übrigen gilt meine These natürlich erst recht für Bayern. Auch in Baden-Württemberg fühlen wir uns nicht irgendwo "unten", etwa im Gegensatz zu "Berlin" bzw. dem Bund als "oberer" Ebene. Ich bin glücklich, dass und wie die Referenten ihren modifizierten eigenen Weg gegangen sind: Europarecht, besser Europäisches Verfassungsrecht, Völkerrecht und klassisches Staatsrecht auf vielfältige Weise verschränkend zu integrieren, wobei es erneut ein Fortschritt war, ganz selbstverständlich rechtsvergleichend zu arbeiten. Der beliebte Fremdbegriff "Mehrebenenkonstitutionalismus" ist schlicht falsch, obschon er sich fast durchgesetzt hat. Was heißt "Mehrebenenkonstitutionalismus"? Er insinuiert doch das Denken in Hierarchien. Wir haben aber in Wahrheit gar keine Hierarchien, abgesehen von dem erwähnten Bereich des Art. 31 GG. Wir sehen keine Hierarchien: dort oben das Völkerrecht und hier unten das Verfassungsrecht und "dazwischen" das Europarecht: Es geht vielmehr um komplementäre Teilordnungen, subtile Gemengelagen und Verzahnungen, Beziehungsgeflechte im Verhältnis einer arbeitsteiligen Gleichordnung. Was aber macht der Vorstand? Er spricht von "gestuften Rechtsordnungen" und gibt den Referenten auf, von "Mehrebenenverwaltung" zu sprechen. Erlauben Sie bitte diese noch höfliche Kritik. Mein Resumé lautet: Was sonst nur gegenüber extravaganten Strafrechtstheorien zu sagen ist, soweit sie den Satz "nulla poena sine lege" offenkundig verletzen, sage ich jetzt gegen die Metapher von der "gestuften Rechtsordnung". Das Bild ist falsch! Der tagungsübergreifend fixierte Klammerbegriff "Mehrebenenkonstitutionalismus" ist meines Erachtens nicht zutreffend. Umso mehr rühme ich die Referenten, weil sie auf ganz sanfte Art die Vorgaben des Vorstands durch den Verbundsbegriff unterlaufen haben. Er könnte übrigens das Motto der Staatsrechtslehrertagung von Rostock 2006 werden, wie dies gestern Abend der hiesige Dekan in seiner Festrede sich abstrakt von uns gewünscht hatte.

Diskussionsleiter: Da der Vorstand direkt angesprochen worden ist, erlaube ich mir eine kleine Zwischenbemerkung. Ich bin im Vorstand mit meinem Vorschlag unterlegen, statt "gestufte" Rechtsordnungen "geschichtete" Rechtsordnungen zu sagen. Geschichtete Rechtsordnungen – das schien den andern beiden Mitgliedern des Vorstandes zu gewagt. Ich habe mich nun bei dem Referat von Herrn Tietje ein bisschen bestätigt gefühlt, weil er den Unterschied zwischen Stufen und Schichten thematisiert hat. Denken Sie an einen Schichtkuchen, bei dem Duftstoffe der einen Schicht nach oben wie nach unten in die anderen Schichten eindringen können.

Pernice: Herr Vorsitzender, nachdem Sie das Problem der Stufen und Schichten geklärt haben, gestatten Sie mir ein kurzes Wort zum Begriff der Einheit dieses Systems. Dass sie diese Einheit im Konzept annehmen, hat mich bei beiden Referenten natürlich sehr gefreut. In Bezug auf die Rechtssetzung und die Bindung des nationalen Rechtgesetzgebers wurde die Einheit sehr intensiv thematisiert. Ich möchte auf dieser Grundlage jetzt gerne die Möglichkeiten einer pro-aktiven Nutzung der europäischen Rechtssetzungsebene artikulieren und etwas erläutern. Dabei geht es mir speziell darum, dass gegenwärtig – weniger in den Referaten, als in der Literatur und in der Politik – die europäische Setzung mit ihren Bindungs- und Vorgabewirkungen für den nationalen Gesetzgeber als Bedrohung und Einschränkung empfunden und abgewehrt

wird. Zu wenig Beachtung findet, und das ist für die Parlamente und ihre Funktion meines Erachtens von großer Bedeutung, das Potential, welches die europäische Ebene der Gesetzgebung für die Verwirklichung unserer Ziele bietet. Wie können die nationale Regierung und das nationale Parlament diese Handlungsebene positiv nutzen? Inwieweit ist der europäische Gesetzgeber tatsächlich autonom? Inwieweit ist er an den Willen der nationalen Organe gebunden? Wenn man jetzt in der Einheitsperspektive weiterdenkt, also ein Verbundsystem annimmt oder das Rechtssetzungssystem der EU als Einheit betrachtet, dann sind die nationalen Parlamente Teil dieses Gesamtsystems. Es geht um die Wahrnehmung gerade der Potenziale, die darin liegen, dass der nationale Gesetzgeber, also das nationale Parlament, die europäische Gesetzgebungsebene stärker pro-aktiv nutzen kann für politische Vorhaben, die auf nationaler Ebene nicht so leicht und effizient zu verwirklichen sind. Dafür ist ja die Europäische Union geschaffen. Das Subsidiaritätsprinzip unterstreicht das noch. Insofern geht es übrigens nicht um einen Verlust von nationalen Kompetenzen, sondern um einen Zugewinn neuer Handlungsmöglichkeiten, also um die Nutzung europäischer Instrumente für die Durchführung von Gemeinwohlzielen, die vom nationalen Gesetzgeber ausgehen, aber von ihm allein nicht verwirklicht werden könnten. Diese Perspektive ist meines Erachtens noch nicht ausreichend bewusst geworden, und ich würde gerne beide Referenten fragen, ob sie sich vorstellen können, wie man das Bewusstsein der nationalen Parlamente darüber stärken kann, dass Europa auch für sie eine besondere Chance bietet.

R. Hofmann: Es wird Sie vielleicht nicht überraschen, dass ich mit meinem Hintergrund als Völkerrechtler mit den beiden Referenten und ihren Grundthesen übereinstimme. Als Grundthese sehe ich bei Herrn Kadelbach das, was er in seiner These 24 formuliert hat, nämlich dass wir von verschiedenen Legitimationsgemeinschaften, die dann in verschiedenen – er spricht von monistischen, dualen und triadischen – Legitimationsstrukturen organisiert sind, auszugehen haben. Das, so denke ich, schwingt auch bei Herrn Tietje mit. Er hat nun eine weitere These sehr klar formuliert, die auch bei Herrn Kadelbach anklang, und die ich auch für richtig halte, dass nämlich die Kooperationsstruktur auf der Funktion der Rechtssetzung zur Sicherung der Freiheitsrechte und der öffentlichen Güter zu gründen ist. Ich glaube, das ist ein sehr wichtiger Punkt, der hier angesprochen ist. Ich stimme mit den beiden Referenten auch darin überein, dass diese Entwicklung dazu führt, dass wir eine Situation haben, in der das Prinzip der Widerspruchsfreiheit in der Rechtsprechung - wie Herr Tietje formuliert hat - nicht umfassend gewährleistet werden kann. Er geht sogar noch einen Schritt weiter und sagt: Nicht umfassend gewährleistet sein muss. Das ist vom staatsrechtlichen Blickpunkt betrachtet sicher eine äußerst problematische Formulierung. Vom Völkerrecht her gesehen ist es eher der Normalzustand. Dort arbeiten und leben wir damit, dass es sehr schwierig ist, eine Widerspruchsfreiheit herbeizuführen, auch wenn es dafür im Völkerrecht verschiedene Mechanismen gibt. Neu ist jetzt die Situation – und ich denke, ich werde am Freitagnachmittag Gelegenheit haben, noch einmal intensiver auf diesen Aspekt eingehen zu können – von Rechtsprechungskonflikten. Wie löst man die Situation, wenn man "geschichtete", "gestufte" oder wie auch immer geartete Rechtsordnungen nun in einem "Miteinander" hat? Herr Kadelbach hat von Kollisionsrechten gesprochen, und dass man in diese Richtung denken müsse, und ich wäre dankbar, wenn die beiden Referenten uns etwas dazu sagen könnten, wie dieses Problem aus Ihrer Sicht gelöst werden könnte.

Calliess: Ich möchte den beiden Referenten für ihre inhaltsreichen Vorträge, die eine sehr komplexe Problematik umfassend aufgearbeitet haben, danken. Insoweit habe ich eine erste Frage an Herrn Kadelbach: Meiner Meinung nach verlangt die Kompetenzausübung im Verbund im Sinne des Subsidiaritätsprinzips zunächst einmal Hierarchien. Das machen Art. 72 Abs. 2 GG und Art. 5 Abs. 2 des EG-Vertrages doch sehr deutlich. Sie funktionieren eben gerade nur in einem hierarchischen System. Erst wenn diese Hierarchien definiert sind, kann man - so meine ich - im Interesse eines arbeitsteiligen und solidarischen Zusammenwirkens und zur Verwirklichung des Gemeinwohls im Verbund darüber nachdenken, ob hier die Hierarchien im Sinne einer Kooperation aufgelöst werden können. Dies wäre, so meine ich, dann ein Ausdruck des Solidaritätsprinzips, das insoweit in einem gewissen Spannungsverhältnis zum erwähnten Subsidiaritätsprinzip steht. Hieran knüpft sodann auch meine zweite Frage an, die Herrn Tietje betrifft. Sie beschreiben die wechselseitige Abhängigkeit der Ebenen im Verbund getreu dem Motto der europäischen Verfassung "In Vielfalt geeint" durch die Stichwörter "Einheit" und "Vielfalt". Das klingt schön und gut, aber, so frage ich, sind "Einheit" und "Vielfalt" operable Rechtsprinzipien? Sie stellen dies meinem Eindruck nach etwas wagemutig so einfach in den Raum. Ich meine, wir haben doch eigentlich Prinzipien, die dieses Motto konkretisieren: So für die "Einheit" das dem EUV bzw. EGV zugrunde liegende Solidaritätsprinzip. Und der Bewahrung von "Vielfalt" entspricht das Subsidiaritätsprinzip, das auf der europäischen Ebene in Art. 5 Abs. 2 EGV und in unserer Verfassung, zumindest seinem Grundgedanken nach, in Art. 72 Abs. 2 GG seinen Ausdruck gefunden

hat. Ich meine, man sollte an diesen bestehenden Prinzipienbestand anknüpfen, anstatt neue, rechtlich nicht erprobte Begriffe einzuführen.

Engel: Herr Kadelbach hat uns gesagt: das Umweltrecht eignet sich nicht für den Gesetzgebungswettbewerb. Im Jargon würde man sagen: es kommt sonst zu einem race to the bottom. Es gibt ein prominentes Gegenbeispiel, das im Jargon unter dem Stichwort California Effect läuft. Dort gab es einen race to the top. Es ging um Kraftfahrtzeugemissionen. In Amerika gibt es einen Wettbewerb der Bundesstaaten um diese Frage. Tatsächlich haben sich die ganz besonders hohen kalifornischen Standards durchgesetzt. Wenn man sich fragt, warum das möglich war, findet man im Kern drei miteinander zusammenhängende Bedingungen. Es ging um Produktstandards, nicht um Prozessstandards. Zweitens sind die Kosten der Vielfalt bei diesem Produkt hoch genug, als dass die Hersteller kein reiches Menü von Produkten herstellen wollen. Drittens ist der kalifornische Markt im Vergleich zu den Märkten anderer amerikanischer Bundesstaaten relativ groß, sodass er eine Sogwirkung auslösen konnte.

Aber auch wenn man das prominente Gegenbeispiel betrachtet, das im Jargon unter dem Begriff Delaware Effect läuft, bleibt die These vom race to the bottom problematisch. Dabei geht es nicht um Umweltrecht, sondern um Aktienrecht. Im Fall von Delaware fällt das Urteil ambivalenter aus. Diese Rechtsordnung hat sicherlich keine ganz besonders hohen Schutzstandards verwirklicht. Aber sie hält eine Art mittlere Linie. Wenn man fragt, warum es nicht zu besonders investorfreundlichen Regelungen gekommen ist, liegt der Hauptgrund in Komplementaritäten. Investoren setzen vor allem darauf, dass es an einer Stelle besonders professionell zugeht. Investoren haben also eine Entscheidung unter relativ hoher Unsicherheit zu fällen und vertrauen darauf, dass die notwendigen Fortentwicklungen der Regeln an der Stelle am besten aufgehoben sind, wo auch am meisten geschieht.

Das normative Urteil aus der Sicht des jeweiligen Gemeinwohlziels ist also zumindest ambivalent. Es gibt aber einen anderen Gesichtspunkt, der in beiden Beispielen schön deutlich wird. Wenn wir Gesetzgebungsföderalismus haben, dann bleibt von der Autonomie der einzelnen Regulatoren nicht viel übrig. Auf dem Papier besteht sie natürlich. Aber kein anderes Gesellschaftsrecht als das von Delaware hat irgendeine Wirkung, und kein anderes Recht der KFZ-Emmissionen als das von Kalifornien. Es entstehen also, wettbewerbspolitisch gesprochen, so etwas wie marktbeherrschende Stellungen, und man kann sich fragen, ob das normativ ein erfreulicher Zustand ist.

Breuer: Ich möchte den Versuch machen, zunächst einige Bemerkungen zur Dogmatik der Kompetenzstrukturen in gestuften Rechtsordnungen zu machen. Hier scheint mir, dass beide Referenten mit unterschiedlichen Akzenten etwas zuviel an Harmonie verbreitet und etwas zu wenig an Akzenten auf die real bestehenden Konflikte gelegt haben. Bei Herrn Tietje klang jedenfalls die zentrale Aussage so, als sei er der Meinung, wir bräuchten keine klaren Kompetenzzuweisungen. Man könne sich damit begnügen, dass die Kompetenzausübung und die Verhältnismäßigkeit schon das Nötige richten würden. Bei Herrn Kadelbach standen - wenn ich ihn richtig verstanden habe - die Überlegungen zum deutschen Bundesstaat in den Thesen 4ff. und die Überlegungen zur Europäischen Union nebeneinander. Ob sie unverbunden nebeneinander standen, mögen Sie, Herr Kadelbach, beurteilen. Was mir Sorgen bereitet, ist ein sehr unterschiedliches Kompetenzverständnis zum einen im deutschen Bundesstaat, aber auch in anderen Bundesstaaten, und zum anderen auf der europäischen Ebene. In den Bundesstaaten, insbesondere in Deutschland, ist es üblich, Lebens- und Handlungsbereiche und insofern auch Regelungsbereiche gleichsam zu parzellieren, also voneinander abzutrennen und dann zunächst einmal die Frage zu beantworten, welcher Normgeber auf welcher Stufe eigentlich zuständig ist. Dieses Kompetenzverständnis kann man als statisch bezeichnen, es hat iedenfalls den großen Vorteil der Rechtssicherheit. Auf der europäischen Ebene waltet ein dynamisches Verständnis der Politikbereiche. Es werden Politikbereiche zugewiesen um bestimmter Ziele willen. Diese Dynamik führt zur einer tendenziellen Expansion, und ich denke, Herr Pernice, es ist weniger eine dumpfe Aversion, die hier waltete, als vielmehr die Sorge, dass über das dynamische Verständnis der Politikbereiche mehr an Regelungen, als man es ursprünglich erwartet hat, auf die europäische Ebene wandert. Hier wäre mir sehr daran gelegen zu betonen, dass wir Kompetenzzuweisungen brauchen. Sie gehören zu jedem ordentlichen System der gestuften Rechtsordnung. Damit hängt auch zusammen, dass die Subsidiarität in Europa nie zu den Erfolgen geführt hat, die man sich aus dem deutschen System des Bundesstaates erhofft hatte. Insofern haben wir auch Ausstrahlungswirkungen zu verzeichnen, die sich auf der sekundärrechtlichen Ebene bemerkbar machen. Die europäischen Richtlinien nehmen mehr und mehr die Mitgliedstaaten in die Pflicht, und es geht den europäischen Richtlinien darum, dass die Mitgliedstaaten Ziele erreichen, bestimmte Aufgaben wahrnehmen und dabei auch bestimmte Effekte erzielen, während die Rechtsetzung im nationalen System eher dahin zielt, Rechtsverhältnisse des Bürgers zu regeln. Der Ausgewogenheit halber lassen Sie mich am Ende noch ein kritisches Wort zur deutschen Föderalismusreform sagen. Wir sind in

Deutschland angetreten mit dem Bestreben, unseren Bundesstaat zu vereinfachen und ihn europatauglicher zu machen. Meines Erachtens ist zu weiten Teilen das Gegenteil erreicht worden. Die Abweichungskompetenz der deutschen Bundesländer ist ein komplizierendes Element auch in der weiteren Umsetzungspraxis. Die Erforderlichkeit haben wir zum Teil als Postulat der Bundesgesetzgebung behalten, zum Teil aufgegeben. Ich fürchte, dass wir hier im deutschen Bundesstaat nicht die Hausaufgaben erledigt haben, die zu erledigen waren.

Kämmerer: Meine Anmerkung betrifft das Referat von Herrn Tietje, dem ich in weiten Teilen sehr zustimme. Gegen These 14 allerdings möchte ich Bedenken äußern - die Aussage nämlich, dass auf die Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung in Zukunft verzichtet werden könne. Ich räume ein, dass Widersprüche vermehrt aufzutreten scheinen, aber das sehe ich noch nicht als Grund, das Postulat an sich zur Disposition zu stellen. Warum drängt sich der Eindruck auf, dass Widersprüche erwachsen? Weil der Einfluss der supranationalen Ebene ein gewissermaßen disharmonischer ist, weil wegen der begrenzten Einzelermächtigung keine Taktung der verschiedenen Kompetenzen existiert. Man sieht das sehr gut bei den Grundfreiheiten, die in bestimmte Bereiche der nationalen Gesetzgebung nicht hineinreichen, während aktuelles Beispiel. Sie haben es ja auch zumindest indirekt genannt – die Diskriminierungsvorschriften auch noch Bereiche erfassen, auf denen das Gemeinschaftsrecht keinen spezifischen Zugriff hat. In diesem Zusammenhang möchte ich auf einen Begriff rekurrieren, dem heute wenig Aufmerksamkeit geschenkt wurde, den der offenen Staatlichkeit. Sie bedeutet nicht, dass die Staatlichkeit mit allen ihren Emanationen grundsätzlich verändert worden ist. Zwar ist dem Staat die alleinige Steuerung der Gestaltung der Rechtsordnung und damit auch ihrer Einheit aus der Hand genommen, nicht aber die Verantwortlichkeit dafür. Und so meine ich, dass das Postulat, die Einheit der Rechtsordnung zu wahren und ihre Widersprüchlichkeit zu vermeiden, fortbesteht. Nebenbei sollte man sich auch darüber klar werden, um welche Rechtsordnung es geht. Um die staatliche? Um die europäische oder um einen Verbund aus beiden? Alle Rechtsordnungen sind letztlich bemüht, Widersprüche zu vermeiden - übrigens auch das Völkerrecht, wenn auch in rudimentärer Weise. Die EU und EG tragen selbst Sorge für die Beseitigung von Widersprüchen, indem sie ihrem Recht Anwendungsvorrang für mitgliedstaatliche Regeln zuerkennen, indem der "effet utile" des Gemeinschaftsrechts akzentuiert und Gerichten die Möglichkeit eingeräumt wird, dem EuGH nach Art. 234 EG Auslegungsfragen zu unterbreiten. Die Union achtet ihrerseits die nationale Identität der Mitgliedstaaten gemäß Art. 6 und trachtet auf diese Weise danach, nicht in Widerspruch zu deren Grundprinzipien zu treten. Die Mitgliedstaaten sind auf Grund des Rechtsstaatsprinzips gehalten, die Widerspruchsfreiheit zu sichern. Der Eindruck, dass Widersprüche entstehen, liegt damit allein an dem erwähnten Mangel an Gleichschritt bei den Gemeinschaftszuständigkeiten. Weil die Mitgliedstaaten daraus erwachsende Schieflagen aber in ihrem Bemühen von Widerspruchsfreiheit auszugleichen suchen, ergibt sich ein sehr interessanter Effekt: Das Europarecht erzeugt eine Art überschießenden Effekt bei den Mitgliedstaaten, weil es über die Bande ihrer ausgleichenden Regelungen in Bereiche indirekt hineinwirkt, die es gar nicht zu regeln beabsichtigt. Dieser überschießende Effekt ist mit der überschießenden Umsetzung von Gemeinschaftsrecht nicht in vollem Umfang identisch.

Oeter: Ich kann mich kurz fassen, da der Ansatzpunkt meiner Kritik von Herrn Kämmerer gerade eben im Grunde schon in gleicher Richtung geäußert worden ist. Wenn ich Sie recht verstanden habe, Herr Tietje, haben Sie ja im Grunde das Postulat der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung verabschieden wollen für gestufte oder geschichtete Rechtsordnungen. Und Sie haben das mit der Bemerkung getan, Wertungswidersprüche in solchen Ordnungen seien eigentlich notwendige Bestandteile föderaler Systeme. Natürlich sind divergierende Wertungen in föderalen Systemen notwendiger Bestandteil – aber zunächst nur in den Bereichen geschiedener Kompetenzen. Da ist tatsächlich Raum gegeben für divergierende Wertungen. In Bereichen gemeinsamer oder überlappender Kompetenzen dagegen sind Wertungswidersprüche ein normatives Problem, das von der Gesamtordnung zu bearbeiten ist normativ oder dogmatisch - und die einfach so nicht hingenommen werden können. Ich halte insofern auch ihre Formulierungen von der Einheit der Rechtsordnung oder Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als Fiktion für falsch. Denn das Postulat der Einheit der Rechtsordnung ist ja keine empirische Beschreibung. Als empirische Beschreibung hätten Sie recht. Da ist eine Einheit der Rechtsordnungen immer auf eine gewisse Weise fiktiv. Denn Rechtsordnungen sind real einfach nicht widerspruchsfrei. Aber die Widerspruchsfreiheit ist ein normatives Postulat. Es ist der Rechtsordnung aufgegeben, nach Einheit der Rechtsordnung zu streben, und darauf können wir, glaube ich, gerade wenn wir das System als Verfassungsverbund und damit als übergreifende Gesamtrechtsordnung begreifen, nicht verzichten, da würde ich Herrn Kämmerer vollkommen zustimmen.

Ruffert: Ich hätte eine Frage an Herrn Kadelbach zu seinen Thesen 16 und 17: Sie führen dort aus, dass das Europäische Parlament als zweiter Pfeiler in der dualen Legitimationsstruktur ernst zu nehmen sei und bezeichnen die nationalen Parlamente als Sachwalter des Unionsinteresses. Meine Frage ist, ob nicht Art. I-46 Abs. 2 des zurzeit in der "Denkpause" befindlichen Verfassungsvertrages genau dies zum Ausdruck bringt und ob Sie dessen Formulierung begrüßen. Jener Artikel nimmt Bezug auf das Mehrebenensystem und bestimmt das Europäische Parlament als Legitimationseinheit für die supranationale Ebene, während auf der nationalen Ebene die Bürgerinnen und Bürger über ihre nationalen Parlamente repräsentiert sein sollen. Ist es dies, was sie in den beiden Thesen meinen, oder würden Sie eher für eine Abschwächung der Formulierung in dem genannten Artikel plädieren?

Biehler: Ich würde gern noch mal verstärken, was Herr Kollege Oeter eben gesagt hat und vielleicht von einer anderen Seite beleuchten. Recht kann immer nur einheitlich sein und es gibt immer eine bestimmte Rechtsfrage auf die es eine Antwort gibt und nicht drei oder vier. D.h. wenn wir über Mehrebenen sprechen, sei es Bundes- und Landesebene oder europäische und völkerrechtliche Ebene, gibt es letztlich immer eine konkrete Frage, die es zu beantworten gibt. Dies ist keine deskriptive Aufgabe, wie die der Sozialwissenschaften oder die der Philosophie, hier zu erfassen was vielleicht der innere Gehalt, das Wesen und was die Welt im Innersten zusammenhält, ist. Nein, sie ist emminent dezisionistisch.

In diesem Sinne fand ich den Beitrag von Herrn Kollegen Frowein ausgesprochen weiterführend. Sie haben, Herr Tietje, klar gemacht, dass wenn die völkerrechtliche Ebene d.h. in diesem Falle im Listing-Verfahren des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen verlangt, hier Sanktionen gegenüber Einzelpersonen ausgeübt werden, ohne ein Verfahren in dem die tatsächlichen Voraussetzungen für solche Sanktionen geprüft werden. Wenn das eben auf Grund dieser Mehrebenentheorie tatsächlich durchschlagen soll und damit alle Prinzipien, sei es das nulla poena sine lege, seien es die ganzen Freiheitsrechte, Rechtsschutzzugang zu Gerichten, sei es der europäische oder der nationale ... beiseite geschoben werden, dann ist natürlich der ultimative Konflikt im Sinne eines pater panton polemos estin aufgezeigt. Ich glaube es ist unsere Aufgabe, darauf eine konkrete Antwort zu geben und darum sollten wir uns noch bemühen. Denn gerade dieses Listing-Verfahren zeigt, dass einfach das Hinnehmen auch von Entscheidungen des EU Gerichts erster Instanz, eben wie Herr Kollege Frowein sagte, einfach so nicht sein kann. Und dem möchte ich auch zustimmen.

Michael: Ich habe eine Frage an Herrn Tietie, die an das eben diskutierte Problem der Widerspruchsfreiheit anknüpft. In Ihrer These 16 fordern Sie, die Subsidiarität als Kriterium der Kompetenzabgrenzung durch die Verhältnismäßigkeit abzulösen. Das verspricht in der Tat einen handhabbareren Maßstab. Ich frage mich, welche Konsequenzen dies hätte und ob sie diese wirklich intendieren. Soll der Maßstab der Verhältnismäßigkeit im Vergleich zum Maßstab der Subsidiarität primär zu einer Verdichtung der Kontrolldichte führen oder aber zu einer ganz anderen Fragestellung? Wir kennen die Verhältnismäßigkeit als Maßstab für Grundrechtseingriffe. Als Zweck-Mittel-Relation hat er sich zu einem justitiablen Maßstab entwickelt. Dessen Ausgangspunkt ist die Erwägung, dass jedes Mittel, das in Grundrechte eingreift, per se rechtfertigungsbedürftig ist. Wenn wir das übertragen wollen auf die Ausübung von Kompetenzen in mehreren Ebenen, müssen wir erstens fragen, welche Kompetenzausübung auf welcher Ebene per se rechtfertigungsbedürftig sein soll: Soll die einheitliche zentrale Norm auf der höheren Ebene per se rechtfertigungsbedürftig sein oder umgekehrt eine vielfältige und dezentrale Norm auf der unteren Ebene? Ist Verhältnismäßigkeit hier ein einheitlicher, eindeutiger Maßstab wie beim Eingriff in die Freiheit, so auch beim Eingriff in (wessen?) Kompetenzen? Zweitens stellt sich die Frage, ob wir nur nach der Geeignetheit und - wie bei Art. 72 Abs. 2 GG - nach der Erforderlichkeit einer Kompetenzausübung fragen würden, oder auch nach deren Angemessenheit. Was bedeutet dann gegebenenfalls Angemessenheit? Muss bei einer Kompetenzausübung die Regelungsdichte angemessen sein oder die Intensität der Abweichung der Regelung von einer Regelung auf der anderen Ebene? Wenn wir diesen zweiten Maßstab anlegten, kämen wir eher zu einer Verhältnismäßigkeit der Ungleichheit. Dann müssten wir die viel diskutierten Verhältnismäßigkeitsmaßstäbe bei den Gleichheitssätzen übertragen. Das hätte wiederum zur Konsequenz, dass dann die Gleichheitssätze plötzlich auch zwischen den Ebenen gelten würden. Das wird in der Schweiz angenommen und wurde auch in der Weimarer Zeit diskutiert, hat sich aber im Verfassungsrecht der Bundesrepublik zu Recht nicht durchgesetzt. Hier gilt der Gleichheitssatz stets nur innerhalb jeder Ebene. Je nachdem, was Sie, Herr Tietje, mit Ihrer Forderung nach einer Verhältnismäßigkeitsprüfung verbinden wollen, würde ein Maß der Rechtseinheitlichkeit und der Kontrolldichte durch die Verfassungsgerichtsbarkeit beschworen, das über den Maßstab der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, den Sie ablehnen, noch hinausginge.

von Coelln: Ich möchte eine These von Herrn Kadelbach nicht ganz unwidersprochen lassen. Ein Teil Ihrer These 7 lautet, der Bundesstaat sei zur Vermehrung individueller Freiheit von der faktischen Lage her nicht geeignet. Jeder, der sich schon einmal mit Landesverfassungsrecht befasst hat, weiß natürlich, dass dieses nicht die Rolle spielt, die ihm möglicherweise zugestanden werden müsste. Gleichwohl glaube ich, dass diese These in ihrer Rigidität doch etwas zu weit geht. Ganz konkrete Beispiele: Zunächst die inzwischen ja etwas im Wandel befindliche Rechtsprechung zur Kontrollkompetenz der Landesverfassungsgerichte. Jemand, der vielleicht vor dem Bundesverfassungsgericht im Annahmeverfahren scheitert, in derselben Sache aber vor dem Landesverfassungsgericht Recht bekommt, der wird es als ganz gewaltigen Zuwachs an individueller Freiheit empfinden, wenn er dort sein Anliegen verwirklichen kann. Das zweite Beispiel: Es gibt eine Vorschrift in der brandenburgischen Landesverfassung, wonach ein Festgenommener innerhalb von 24 Stunden dem Richter vorzuführen ist und nicht erst bis zum Ende des darauf folgenden Tages. Das kann einen Unterschied von fast 24 Stunden bedeuten. Ich meine, das ist auch ein Zugewinn an individueller Freiheit. Und schließlich ein Beispiel, das - so hoffe ich - nur scheinbar genau das Gegenteil belegt. In Bayern haben wir ja eine Sonderkonstruktion in der Rundfunkordnung. Es gibt keinen originär privaten Rundfunk. Da beobachten wir zur Zeit, wie sich die Baverische Landesmedienzentrale, die der öffentlich-rechtliche Träger des vermeintlich privaten Rundfunks ist, in dem Rechtsstreit um die Sportwetten schützend vor die bayerischen Rundfunkanbieter stellt. Es würde jetzt zu weit führen darüber nachzudenken, inwieweit sie entsprechende Rechtspositionen gerade aus der speziellen Rechtskonstruktion in Bayern bezieht. Aber vielleicht hat das Deutsche Sportfernsehen, um dessen Werbung für Betandwin es da geht, auch insofern einen Zugewinn an persönlicher Freiheit zu verzeichnen. Das alles stellt natürlich nicht in Frage, dass die von Ihnen beschriebenen Unitarisierungstendenzen vorhanden sind. Ich glaube aber, dass diese Beispiele mehr als nur regelbestätigende Ausnahmen sind. Sie haben Recht, dass eine kollisionsrechtliche Lösung sehr wünschenswert wäre. Bei der sind dann allerdings auch die Staatsrechtler gefragt, sich daran zu erinnern, dass, wie Herr Häberle eben erwähnt hat, Art. 31 einen sehr beschränkten Anwendungsbereich hat und nicht die große Unitarisierungskeule ist, als die er häufig herangezogen wird.

Classen: Beide Referenten haben die Kontrolle der nationalen Gesetzgebung durch den EuGH am Maßstab der Grundfreiheiten des EG-Vertrages angesprochen. Dabei handelt es sicher eine wichtige Frage, weil

es ia letztlich hier auch um die Kompetenzordnung geht. Wenn ich nun die Rechtsprechung richtig einschätze, so habe ich den Eindruck, dass diese Kontrolle außerhalb des Wirtschaftsrechts, für das die EG aber auch über weitreichende Kompetenzen verfügt, nur in engen Grenzen stattfindet, soweit der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten überhaupt eröffnet ist. Konkret: wenn man die Instrumente der Kontrolle ansieht, also die Frage nach der Legitimität des Ziels sowie nach Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Mittels, so wird deutlich, dass bei der Frage nach dem Ziel beim EuGH vereinfacht ausgedrückt mehr oder minder "alles durchgeht". Auch bei der Güterabwägung entscheidet der EuGH praktisch nie zu Lasten des nationalen Rechts. Es wäre für ihn auch schwer, ohne Probleme mit der Kompetenzordnung Rechtsgüter, die der nationale Gesetzgeber definiert hat, und Rechtsgüter, die gemeinschaftsrechtlich bestimmt sind, wirklich gegeneinander abzuwägen. Eine recht intensive Kontrolle gibt es hingegen bei der Frage der Eignung und der Erforderlichkeit einer Maßnahme. Dies ist bemerkenswert, weil die Akzente damit deutlich anders gesetzt sind, als man es vom Bundesverfassungsgericht kennt. Dieses kontrolliert Eignung und Erforderlichkeit kaum; verfassungsrechtliche Verdikte werden fast immer an der Angemessenheit festgemacht.

Bei den wie erwähnt vom EuGH intensiv kontrollierten Punkten der Eignung und Erforderlichkeit wiederum geht es eigentlich nur darum. wie rational oder wie irrational eine nationale Gesetzgebung ausgestaltet ist. Das Urteil zum Cassis de Dijon stellt ein schönes Beispiel dar: Bekanntlich ging es um nationale Vorschriften, die für Fruchtlikör einen bestimmten Mindestalkoholgehalt vorsahen, und die mit dem Hinweis auf den Gesundheitsschutz gerechtfertigt wurden. Irrationale Gesetzgebung hat von daher vor dem EuGH etwas zu fürchten, rationale Gesetzgebung eher nicht. Eine intensivere Kontrolle gibt es, wenn ich es richtig sehe, nur in zwei Punkten: zum einen, soweit es um die EMRK. geht, an die der nationale Gesetzgeber aber ohnehin gebunden ist, und zum anderen im Bereich der Diskriminierungsverbote. Bei diesem wiederum aber ist die Intensität einer potentiellen Beeinflussung des nationalen Rechts im Grundsatz gering. Der nationale Gesetzgeber kann dann trotzdem alles regeln, wie er will, solange er nur nationale und ausländische Sachverhalte gleichermaßen behandelt. Von daher handelt es sich insgesamt um eine relativ bescheidene Kontrolle. Dies gilt jedenfalls, wenn man sie vergleicht mit dem Einfluss des Bundesverfassungsgerichts auf Bereiche, die zur Gesetzgebungskompetenz der Länder gehören. Die Rundfunkfreiheit sei hier genannt, zukünftig auch die Versammlungsfreiheit. Da bleibt den Ländern so gut wie gar nichts mehr eigenständig zu regeln. Das ist mit Blick auf den EuGH völlig anders.

Schwabe: Mit Einwänden gegen die These 14 von Herrn Tietje sind mir Herr Kämmerer und Herr Oeter zuvor gekommen. Sie sehen, Herr Tietje, dass Sie hier einer geballten Hamburger Opposition begegnen. Mir bleibt nur der Hinweis darauf, dass meines Erachtens Ihren Thesen etwas fehlt. Nämlich ein konkreter Beleg dafür, dass es irgendwo Beispiele widersprüchlicher, und zwar unvermeidbar widersprüchlicher Rechtsordnungselemente heute gibt. Und da ich es gern konkret und anschaulich habe, wäre es wünschenswert, wenn Sie das noch nachliefern könnten.

Kloepfer: Erstens: zur These von Herrn Kadelbach, eine Vermehrung individueller Freiheit sei dem Bundesstaat nicht zu verdanken. Dazu hat soeben schon Herr von Coelln einiges gesagt. Ich halte die These des Referenten in dieser Form nicht für haltbar. Ich will jetzt keine großen Glaubensbekenntnisse abgeben, aber sicher ist die potentielle freiheitssichernde Funktion jeder Form von Dezentralisierung und insbesondere der Bundesstaatlichkeit nicht zu übersehen. Dazu ein paar praktische Beispiele: Zu denken ist etwa an die Datenschutzgesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland. Diese Gesetzgebung ist landesrechtlichen Ursprungs. Das Landesrecht hat hier zunächst einmal die Freiheit vermehrt, und dann ist der Bund schließlich nachgezogen. Oder denken Sie auch an die Informationsfreiheitsgesetze. Die Länder haben hier als erste mehr Freiheit geschaffen. Dieses System föderalistischer Freiheitsinnovation und -erweiterung ist meines Erachtens mit in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen.

Zweitens: Umweltschutz und Dezentralisierung. Da ist Herr Kadelbach ja etwas vorsichtiger vorgegangen und hat zum Schluss richtig gesagt, dass Naturschutz durchaus auf dezentraler Ebene gemacht werden kann. Ich halte die im übrigen die verbreitete Fixierung auf ein potentielles Umweltdumping durch die Länder für falsch. Dazu hat Herr Engel schon einiges ausgeführt. Historisch ist der Vorwurf des Umweltdumpings auch nicht richtig. Es waren die Länder, die die ersten Immissionsschutzgesetze gemacht haben. Es waren in der Geschichte der Bundesrepublik die Länder, die die ersten Bodenschutzgesetze gemacht haben etc. Und es ist keineswegs so (und historisch auch ungerecht) zu sagen, wenn die Umweltkompetenzen bei den Ländern sind, gibt es Umweltdumping. Das ist eine Vermutung, für die es keine historischen Belege gibt.

Vielleicht noch – drittens – einen Hinweis auf das, was Herr Lepsius ganz am Anfang gesagt hat. Die Fixierung auf die Gesetzgebung im engeren Sinne hat ihre Probleme. Ich will dies durch einen einzigen Aspekt erweitern: die technische Normung. Bei ihr haben wir unterdessen drei

Ebenen, nämlich die Normung auf nationaler Ebene, die immer weniger bedeutsam ist, dann die auf europäischer Ebene und schließlich die auf internationaler Ebene. Wir haben hier ganz eindeutig ein breites Abwandern der Funktionen gesellschaftlicher Rechtsetzung auf die jeweils höhere Ebene. Frage an die Referenten, wie das in ihr Weltbild passt? Letztes Wort zur Föderalismusreform: Ich meine, das hätte noch ein bisschen akzentuiert werden können in den Referaten. Ich selbst würde trotz mancher Kritikpunkte zu einem vorsichtigen Optimismus neigen, was die Föderalismusreform betrifft.

Häberle: Ich kann Herrn Kloepfer, wie es sich gehört, nur unterstützen: durch einen rechtsvergleichenden Aspekt. In der Schweiz haben die Kantonsverfassungen in ihren Totalrevisionen seit etwa 30 Jahren immer neue Grundrechte entwickelt, etwa die Demonstrations-, Wissenschafts- und Kunstfreiheit, die dann schließlich 1999 in der sogenannten "nachgeführten" Bundesverfassung aufgenommen worden sind. Die erwähnte "Freiheitsvermehrung" ging von den schöpferischen neuen Kantonsverfassungen aus, zum Teil auch vom Bundesgericht in Lausanne über die "ungeschriebenen" Grundrechte. Zum Glück sind etwa viereinhalb schweizer Kollegen hier im Saal, die dies bestätigen können.

Meyer: Ich werde nur zu unserem Bundesstaat sprechen. Beide Referate haben drei Elemente ausgespart, die ich zum Verständnis der Probleme für wichtig halte. Das erste Element betrifft die Verfassungsgebung 1949. Damals hat der Parlamentarische Rat außerordentlich energisch und semantisch sehr geschickt gegen die Besatzungsmächte gekämpft, die aus historisch verständlichen Gründen einen schwachen Zentralstaat haben wollten. Nach dem Willen des Parlamentarischen Rates sollte die konkurrierende Gesetzgebung vom Bund durchaus unbeschränkt ausgeübt werden. Die Behauptung also, er habe sie voll ausgenutzt und das sei schädlich gewesen, entspricht jedenfalls nicht dem, was der Parlamentarische Rat sich vorgestellt hat. Zweitens ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mehr oder weniger ausgespart worden. Die Verschärfung des Art. 84 I GG durch die Einheitsthese war ein ganz wesentliches Element unserer Politikverflechtung. Die Verschärfung des Art. 72 II GG in der Verfassungsreform von 1994 und die weitere Verschärfung durch das Bundesverfassungsgericht haben dazu geführt, dass nach dieser Verschärfung noch nicht einmal sicher war, ob der Bund überhaupt in der Lage gewesen wäre, etwa noch das Mietrecht zu ändern. Das muss man ganz klar sehen. Drittens, und das ist das Wichtigste, sind völlig ausgeblendet worden die gesellschaftlichen Voraussetzungen oder die gesellschaftlichen Gründe dafür, warum die Unitarisierungstendenz überhaupt eingesetzt hat. Das geht von der Mobilität der Bevölkerung bis zu der unitarischen Wirkung der Medien, insbesondere der modernen Medien.

Der zweite Punkt, auf den ich zu sprechen kommen will, ist die Föderalismusreform. Unter den Bedingungen des 79 Abs. 2 GG ist eine bedeutsamere strukturellere Form des Grundgesetzes unmöglich. Sie ist zwar notwendig, aber sie ist nicht möglich, obwohl 79 Abs. 3 GG ja signalisiert, dass wir strukturelle Reformen machen könnten, weil er sie begrenzt. Sie ist unmöglich, weil zu viele Vetospieler beteiligt sind. Die Bundestagsminderheit, die Bundesratsminderheit, die starken Länder, die schwachen Länder, die Ostländer, die Westländer, die beiden Parteienblöcke im Bundestag, sie alle haben eine Vetoposition. Unter diesen Bedingungen sind strukturelle Änderungen, die auch die politische Klasse betreffen, nicht machbar.

Herr Tietje hat gewünscht, dass man ihn angreife. Ich tue es hiermit. Ich hielte es für außerordentlich bedauerlich, wenn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nun auch noch in den Kompetenzfragen eine Rolle spielen würde. Die Konsequenz ist doch die Folgende: Das Bundesverfassungsgericht ist erstens noch beliebiger in der Verwerfung oder Nichtverwerfung von Gesetzen. Zweitens werden Sie Gesetzesmaterien, was sich bisher glaube ich noch niemand überlegt hat, in wichtige und unwichtige Teile spalten, wenn Sie auf die Verhältnismäßigkeit setzen. Die unwichtigen kann nach den Maßstäben der Verhältnismäßigkeit der Bund nicht mehr legeferieren mit der Konsequenz, dass die unwichtigen Teile gefälligst von den Ländern zu legeferieren sind. Was das für ein Erfolg für die Länder sein soll, ist mir schleierhaft.

Hölscheidt: Beide Referate haben mir ausgezeichnet gefallen. Stellung nehmen möchte ich kurz zu der These 11 von Herrn Tietje. Zwei Punkte dazu. Es heißt zunächst, der Bundestag sei kaum in der Lage, umfassend im Mehrebenensystem zu agieren. Dem stimme ich zu. Der Bundestag ist hier in einer vergleichbar schlechten Position wie die anderen 37 gesetzgebenden Kammern auch. Schon allein die Zahl zeigt, dass es schwierig ist, sich auf der europäischen Ebene Gehör zu verschaffen. Ich stimme auch zu, dass die Vereinbarung Bundestag – Bundesregierung, die kürzlich abgeschlossen worden ist, rechtlich keine große Bedeutung haben wird. Sie geht nicht und kann wohl auch nicht über Art. 23 Grundgesetz hinausgehen. In der politischen Praxis wird sie sehr wohl bedeutsam sein, denn sie konkretisiert die Rechte von Bundestag und Bundesregierung. Erhebliche politische Bedeutung wird auch die Repräsentanz des Bundestags haben, die in Brüssel im Aufbau befindlich ist. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch, dass jüngst die

Bundestagsverwaltung erheblich in Richtung auf Europa umstrukturiert worden ist. Kleine ergänzende Anmerkung zu beiden Referaten: Der Europaausschuss ist zu nennen, denn er hat immerhin Verfassungsrang und spielt in der Praxis eine nicht unerhebliche Rolle. Allerdings birgt das Ausschusssystem insgesamt noch Ausbaupotenzial in sich, das genutzt werden dürfte. Zweitens: Die Länder können besser mitwirken. heißt es bei Herrn Tietje. Ich möchte einen kleinen Vorbehalt machen und sagen: Der Bundesrat kann besser mitwirken, die Exekutive, nicht die Landesparlamente. Das hat einen rechtlichen Grund. Der rechtliche Grund ist, dass in Art. 23 der Bundesrat stärkere Mitwirkungsmöglichkeiten hat in Richtung auf Europa als der Bundestag. Der tatsächliche Grund ist: Die großen Länder können mit einer Stimme sprechen und sich auf ein erhebliches wirtschaftliches Potenzial stützen. Mein Fazit ist zuversichtlich. Ich glaube, dass der Bundestag in Zukunft intensiver mitwirken wird in Bezug auf die europäische Ebene. Er beschäftigt sich mehr mit Europa und dazu wird sicherlich auch die Rezeption der beiden Referate beitragen.

Sydow: Ich hatte für diese letzte Wortmeldung einen Widerspruch gegen den Bericht von Herrn Tietje angekündigt, konkret gegen Ihre These 7. Dieser Widerspruch beginnt mit einer Zustimmung: Selbstverständlich hat der nationale Gesetzgeber im Bereich des europäischen Richtlinienrechts und der Rahmenbeschlüsse normativ einen Gestaltungsspielraum. Der Hinweis hierauf zeichnet aber ein falsches Bild, wenn man ihn nicht sogleich mit einer wichtigen Aussage aus dem Bericht von Herrn Kadelbach konfrontiert: dass nämlich diese normativen Spielräume über weite Strecken tatsächlich nicht genutzt werden. Dieser Verzicht auf die Wahrnehmung normativer Gestaltungsmöglichkeiten ist nicht zufällig, sondern beruht auf einer systematischen Entscheidung: auf dem von der Bundesregierung propagierten Ziel der "Eins-zu-Eins"-Richtlinienumsetzung. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass europarechtlich bedingte Belastungen der Wirtschaft im Bereich des Umwelt- oder des Wirtschaftsverwaltungsrechts durch überschießende Richtlinienumsetzungen weiter verstärkt werden. Dieses Vorgehen kann gute Gründe haben, aber es führt zu Brüchen in der Gesetzessystematik. Denn der Ansatz des europäischen Richtlinienrechts ist punktuell; die übliche Handlungsform ist die Einzelrichtlinie. Eine "Eins-zu-Eins"-Umsetzung führt daher dazu, dass auch das nationale Recht auf Einzelgesetze beschränkt wird. Die Folgen lassen sich im Bereich des Informationsrechtes verdeutlichen: Der neuen Umweltinformationsrichtlinie folgt das neue Umweltinformationsgesetz, der Informationsweiterverwendungsrichtlinie folgt das Informationsweiterverwendungsgesetz.

Richtlinien werden von den gesetzgebenden Körperschaften nicht als bloßer Impuls wahrgenommen – wie Sie, Herr Tietje, in These 6 formulieren –, sondern als inhaltlich nicht mehr zu verändernde und gesetzessystematisch nicht mehr zu verarbeitende Vorgabe, die nur noch eines innerstaatlichen Anwendungsbefehls bedarf. Gegenüber dieser Praxis ist einzufordern, dass der nationale Gesetzgeber Einzelvorgaben des Richtlinienrechts systematisch stimmig in die bestehenden Normstrukturen einfügt. Mit dem Prinzip einer "Eins-zu-Eins"-Richtlinienumsetzung ist dieses für die Gesetzessystematik unabdingbare Ziel nicht zu erreichen.

Diskussionsleiter: Ich danke allen Diskussionsteilnehmern sehr herzlich für ihre Beiträge und gebe jetzt das Wort an die Berichterstatter, traditioneller Weise in umgekehrter Reihenfolge der Erstattung ihres Berichts, d.h. es beginnt Herr Tietje.

Tietje: Ich freue mich über die anregenden Diskussionsbeiträge. Mein Vortrag sollte zu einer intensiven Diskussion Anlass geben und ich denke, dass diese Aussprache Gelegenheit bietet, einige Punkte zu klären, vielleicht aber auch Zustimmung oder Kritik meinerseits zu äußern. Ich werde versuchen, die angesprochenen Punkte systematisch aufzuarbeiten.

Zunächst möchte ich auf den Begriff des Verbundes eingehen, der die erste Diskussionsrunde geprägt hat. Ich hatte in meinem Vortrag versucht, mich bewusst nicht auf eine Begrifflichkeit im Sinne eines Verbundes oder ähnliches festzulegen. Wir haben einige bekannte Probleme mit dem Begriff "Verbund". Dabei gilt für diesen Begriff ebenso wie für ähnliche Festlegungen, dass wir uns nicht vollständig von traditioneller staatsrechtlicher Terminologie und Begrifflichkeit freimachen können, wobei es sich hierbei um ein klassisches Problem in der europarechtlichen Diskussion handelt. Wenn überhaupt von einem "Verbund" gesprochen werden kann und sollte, dann jedenfalls aus meiner Perspektive nur von einem Verfassungsverbund, der die Integrationsidee aufnimmt, und nicht im Sinne eines Staatenverbundes, womit aus einer ganz anderen Perspektive das System beleuchtet wird. Im Ergebnis denke ich, dass zumindest im Sinne des Verfassungsverbundes keine großen Unterschiede zum System komplementärer Teilverfassung, wie auch Sie Herr Häberle es vertreten, bestehen. In der Tat sehe ich in diesen beiden Begriffen, die ich lieber wertneutral unter dem Stichwort "Föderalismus" diskutieren möchte, eine gute Ausgangsbasis, um die anstehenden strukturellen Probleme in der Zukunft gewinnbringend diskutieren zu können. Dabei liegen der Vorteil und auch die Attraktivität einer Analyse im Sinne föderaler Strukturen in der begrifflichen Offenheit. Dies ist auch kein Nachteil, im Gegenteil: Gerade die bekannte Frage nach der Finalität zeigt, dass es um Offenheit und gerade nicht um etwas abschließend festzulegendes, etwas "Geschlossenes" geht. Mit dem Begriff "Föderalismus" haben wir insofern einen sehr offenen aber zugleich doch sowohl historisch wie auch konkret verfassungsrechtlich handhabbaren Begriff. Gerade diesen Gesichtspunkt hat Konrad Hesse für den Föderalismus als Begriff sehr eindrucksvoll in seinem Verfassungsrecht hervorgehoben.

Damit im Zusammenhang steht die schwierige Frage des Begriffes der gestuften Rechtsordnungen. Im Gegensatz zu Ihnen, Herr Häberle, möchte ich mir die Freiheit der Kritik des Vorstandes an dieser Stelle nicht nehmen. Allerdings scheint mir, dass ich in meinem Referat eine klare Position hierzu vertreten habe. Der von mir und, so denke ich, auch von Herrn Kadelbach bevorzugte Begriff ist tatsächlich "Mehrebenensystem", da es so möglich ist, nicht von gewissen Vorverständnissen ausgehend zu arbeiten, sondern die notwendige Offenheit in der Diskussion zu gewährleisten. Damit ist allerdings nicht gemeint, das sei deutlich betont, das es sich um ein hierarchiefreies Rechtssystem handelt oder handeln kann. Das hatte ich in meinem Vortrag bereits herausgestellt. Natürlich sind Hierarchien im Recht notwendig. Sie sind die Grundlage, die Voraussetzung überhaupt, um Strukturen im Recht zu schaffen. Aber Hierarchien sind nicht hinreichend um das Gesamtproblem zu erfassen. Überdies führt das ausschließliche Denken in Hierarchien zu den bereits in meinem Referat dargelegten Problemen.

Es liegt auf der Hand, dass das von mir skizzierte föderale System der EU und seine Einbindung in die Völkerrechtsordnung im Sinne eines transnationalen Föderalismus erhebliche Probleme aufwerfen. Ich stimme insofern Herrn Frowein zu, dass die Entscheidungen des EuG "Kadi" und "Yusuf" in der Verbindung von drei oder sogar vier Rechtsebenen ein durchaus gefährliches Potential enthalten. Ich denke allerdings, Herr Frowein, dass wir gerade transnationale Strukturen auch unter Einschluss des Völkerrechts brauchen, um die bestehenden Schwierigkeiten überhaupt lösen zu können. Die Probleme der Entscheidungen "Kadi" und "Yusuf" bestehen dabei nicht im völkerrechtsdogmatischen Bereich des Art. 103 VN-Charta und des ius cogens als möglichem Korrektiv. Das eigentliche Problem ist, dass wir kein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahrensrecht im VN-Sicherheitsrat bzw. im Sanktionsausschuss haben. Die rechtspolitische Forderung zu verwaltungsverfahrens-rechtlichen Regelungen im Sicherheitsrat und im Sanktionsausschuss wird indes nur dann zu einem rechtsstaatlichen Erfolg führen, wenn erkannt wird, dass es hierbei um Notwendigkeiten im System eines transnationalen Föderalismus geht.

Auch der weiterhin angesprochene Themenkomplex "außergesetzliche" Regelungen bzw. Standards ist im Kontext des transnationalen Föderalismus zu diskutieren. Ich habe diese Thematik allerdings nicht vertiefend aufgegriffen, da wir auf der Tagung unserer Vereinigung in St. Gallen hierzu ausführlich diskutiert haben. Aber natürlich stimme ich Ihnen zu, Herr Lepsius, dass es sich hierbei um ein wichtiges Thema im Kontext des Mehrebenensystems handelt. Das betrifft ebenso die von Herrn Kloepfer angesprochenen technischen Standards. Ich hatte in meinem Referat kurz auf Beobachtungspflichten aus WTO-Recht hingewiesen. Konkret geht es hierbei um Bindungen der Legislative, die sich aus dem WTO-Übereinkommen über technische Handelshemmnisse im Hinblick auf die internationale private und intermediäre, jedenfalls nicht klassisch governementale Standardisierung ergeben.

Als sehr wichtig erachte ich den Hinweis von Herrn Pernice, dass in dem von uns diskutierten föderalen System eine pro-aktive Nutzung sozusagen wechselseitig aller beteiligten Ebenen stattfinden muss. Das gilt insbesondere für die nationalen Parlamente, wobei ich hier die Länderparlamente und den Bundestag gleichrangig anführen würde. Ich denke allerdings, dass ein entsprechendes pro-aktives Handeln zum Teil schon geschieht. Vielleicht bin ich da etwas optimistischer als Sie, Herr Pernice. Die Länderparlamente sind diesbezüglich zum Teil sehr aktiv, so dass es nicht nur um reinen Exekutivföderalismus durch die Landesregierungen bzw. über den Bundesrat geht. Beispielhaft sei nur auf das Netzwerk der Europäischen Chemieregionen hingewiesen, das bei der laufenden Gesetzgebung zu REACH eine große Rolle spielt. Hier hat sich unabhängig von Staatsgrenzen, von Landes- und Bundeszugehörigkeiten usw. mit starkem Einfluss der Landesparlamente ein transnationales Netzwerke von Regionen gebildet, das ganz maßgeblich auf ein wichtiges und aktuelles Gesetzgebungsverfahren im Europäischen Parlament Einfluss nimmt. In diesem Zusammenhang stimme ich schließlich Herrn Hölscheidt dahingehend zu, dass im Hinblick auf die proaktive Nutzung der EU das neue Büro des Bundestages in Brüssel sicherlich das Potential hat, eine wichtige Rolle zu spielen.

Nun zu dem vielfach angesprochenen Punkt der Widerspruchsfreiheit im transnationalen Föderalismus. Dabei ist kurz eine wichtige rechtstheoretische Differenzierung in Erinnerung zu rufen: Wie in meinem Referat betont, geht es nicht um Normenkollisionen, für die ohne Zweifel klare Kollisionsregeln notwendig sind. Ohne Kollisionsregeln kann eine Rechtsordnung nicht existieren. Bei dem von mir angesprochenen Punkt geht es indes um Wertungswidersprüche in der Rechtsordnung im Sinne der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zum Abfallrecht. Solche Wertungswidersprüche im Recht des transnationalen Fö-

deralismus gibt es in erheblichem Ausmaß, insbesondere mit Blick auf die überschießende Richtlinienumsetzung bzw. autonome Rechtsvereinheitlichung im Zivilrecht. Beispielhaft sei nur auf die Schuldrechtsreform hingewiesen, die - ohne hier auf Einzelheiten eingehen zu können - im System des BGB zum Teil zu erheblichen Wertungswidersprüchen geführt hat. Ursache hier ist ein Recht, das aus einer einszu-eins Umsetzung kombiniert mit einer überschießenden Richtlinienumsetzung und einer Anpassungsgesetzgebung mit dem Versuch der Vermeidung von Wertungswidersprüchen entsteht – das alles führt zwangsläufig zu neuen Wertungswidersprüchen. Unsere zivilrechtlichen Kollegen haben hiermit vor dem Hintergrund der vermeintlichen verfassungsrechtlichen Forderung nach einer Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung erhebliche Probleme. Im Ergebnis werden wir auch in anderen Rechtsbereichen zunehmend mit entsprechenden Problemen zu kämpfen haben. Allerdings denke ich, dass wir mit solchen Wertungswidersprüchen leben müssen und auch können, wenn wir Einheit und Vielfalt sowie damit im Zusammenhang stehende notwendige Umsetzungsfreiräume der Mitgliedstaaten anerkennen. Rechtsetzung im transnationalen Föderalismus wird insofern nie alle Eigenheiten des nationalen Rechts berücksichtigen können; Wertungswidersprüche sind im System des transnationalen Föderalismus zwingend angelegt.

Damit komme ich abschließend kurz zu den Stichworten Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit. Ich denke, sehr vereinfacht gesprochen, dass der Verweis auf die Verhältnismäßigkeit ehrlicher ist. Der Subsidiaritätsgrundsatz kann, erstens, nach meiner Einschätzung rechtsdogmatisch keine eigenständige Bedeutung über das Verhältnismäßigkeitsgebot hinaus entfalten. Zweitens können durch den Verweis auf die Verhältnismäßigkeit über Gesichtspunkte der Solidarität und Subsidiarität hinausgehend andere abwägungsrelevante Rechtsgüter mit einbezogen werden; das betrifft insbesondere öffentliche Güter und Individualrechte. Natürlich gibt es dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz inhärente Probleme. Allerdings handelt es sich hierbei um rechtsprinzipielle Schwierigkeiten, die keine besondere Ausprägung mit Blick auf unser Thema haben. Auch hierzu gab es schon einmal entsprechende Referate und Diskussionen auf einer Staatsrechtslehrertagung. Spezifische bundesstaatliche bzw. föderale Probleme sehe ich insofern indes nicht. Vielen Dank.

Kadelbach: Auch ich bedanke mich für Anregungen und Kommentare, natürlich auch kritischer Art. Auf die einzelnen Beiträge werde ich nicht in der Reihenfolge eingehen, in der sie vorgetragen worden sind, und ich bitte schon jetzt um Nachsicht, wenn ich nicht alle würdigen kann. Der

Verbundbegriff war der erste Kommentar zur Theorie des Föderalismus. Und in der Tat, wenn man den Verbund als Rechtsbegriff einführen möchte, dann wird man sich über die Elemente unterhalten müssen. die ihn ausmachen sollen. Dazu gehört wohl die arbeitsteilige Aufgabenerledigung in einem einheitlichen organisatorischen Rahmen. Dass die Aufgabenerledigung die Ebenen überspannt und wohl auch Gewalten überspannend stattfindet, dürften weitere Elemente sein. Hierarchie und Koordination waren die nächsten Stichworte. Da hier von Stufen und Schichten die Rede war und, wenn ich mich recht erinnere, auch von Schichtkuchen: Die einschlägige literarische Metapher ist der Marmorkuchen, der der Schichttorte entschlossen entgegengehalten wird; diese Metapher soll das wechselseitige Sich-Durchdringen der Hoheitsgewalten deutlich machen. Die Frage nach einer Hierarchie, Herr Calliess: Natürlich wird zunächst einmal die Staatsorganisation durch Verfassunggebung organisiert, aber die Frage, über die ich gesprochen habe, war doch, was passiert, wenn diese Organisation bereits stattgefunden hat und wie man sich entscheidet, wenn derselbe Gegenstand von Bund und Ländern geregelt wird. Und da war es mein Vorschlag, eine kollisionsrechtliche Konstruktion zu versuchen. Sie bedarf der Konkretisierung. Nach ihr hat Rainer Hofmann zu Recht gefragt, und ganz bestimmt wird man hier die Kompetenznormen nutzen müssen, auf deren Bedeutung ia auch wiederholt hingewiesen worden ist und die schmälern zu wollen mir gänzlich fern liegt. Kompetenznormen als Kollisionsnormen zu verstehen ist übrigens auch nichts Neues. Denn wir kennen das bereits aus dem Zusammenhang mit Art. 31 GG, dessen reduzierte Anwendbarkeit ja wiederholt – und auch hier – zum Ausdruck gebracht worden ist. Im Verhältnis zwischen Bund und Ländern sind die Kompetenznormen die entscheidende Kategorie, anhand derer man Normenkonflikte entscheidet. Da wir gerade bei der Staatsorganisation sind, zu Ihren Ausführungen, Herr Meyer. Sie vermissten die Verfassungsgeschichte und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Ich hatte sie in einer früheren Fassung ausführlicher gewürdigt, meinte aber in diesem Kreise auf den Hinweis auf den Parlamentarischen Rat verzichten zu können. Offenbar zu Unrecht. Die Betrachtungen von Bund und Ländern einerseits, Europäischer Union und Mitgliedstaaten andererseits stehen aus meiner Sicht nicht unverbunden nebeneinander, Herr Breuer. Ich habe versucht, sie miteinander zu vergleichen und mein Bezugsrahmen war erst einmal ein heuristischer. Wie gesagt, wenn es um die Frage geht, ob Kompetenzen bedeutsam sind, kann man Ihnen nur zustimmen. Zur Frage von Herrn Ruffert nach dem Europäischen Parlament als zweite Legitimationseinheit: In der Tat, der zitierte Art, 46 des Verfassungsvertrages geht in die Richtung, die ich mir vorstelle. Aber ich meine auch, dass es einer konsequenteren Durchformung des zweiten Legitimationszuges bedarf, und die ist auch im Verfassungsvertrag noch nicht ganz erreicht, da eine ganze Reihe von Rechtsetzungskompetenzen noch nicht dem Mitentscheidungsverfahren unterliegen.

Grundrechte und Grundfreiheiten, Herr von Coelln, vielen Dank für den Hinweis auf das Landesverfassungsrecht, der völlig berechtigt ist. Es gibt relativ wenig Systematisches dazu, wie sich denn nun die Landesverfassungsgrundrechte im Verhältnis zu den Bundesgrundrechten entwickeln. In den USA gibt es eine vergleichbare Debatte, und auch sie ist, wenn ich das richtig sehe, gerade erst am Anfang. Ich hatte das aber auch nicht in erster Linie gemeint, wenn ich sagte, dass die Bundesstaatskonstruktion zur Vermehrung von Freiheit nicht entscheidend beigetragen hat. Gemeint habe ich es im selben Sinne wie Herr Kloepfer, der mir aber in der Sache widersprochen hat. Er hat auf den Datenschutz hingewiesen, und das zu Recht. Nur: Sehr viel mehr Beispiele fallen mir nicht ein.

Drittens ging es um Politik, und dabei um den Umweltschutz. Der Hinweis von Herrn Engel auf das Delaware- bzw. California-Syndrom trägt für den deutschen Bundesstaat nicht, denn wir haben keine kompetenzrechtlichen Differenzierungen für Produktnormen. Wir sprechen hier von Naturschutz und vom Wasserhaushalt, und da passt der Vergleich wohl nicht. Aber ich lasse mich von ökonomischem Sachverstand gerne eines Besseren belehren. Herr Kloepfer hat hier kritisiert, dass ich einer populären oder in gewissen Kreisen populären Furcht vor Umweltdumping nachgegeben hätte. Das Wort habe ich, wenn ich mich richtig erinnere, nicht benutzt. Ich bin aber tatsächlich ein wenig skeptisch. Denn die Zeiten haben sich geändert. Während früher zwischen den Bundesländern durchaus ein gewisser Wettbewerb um ökologische Ziele bestanden hat, stimmt der letzte Koalitionsvertrag, der von einer Abkürzung umweltrelevanter Verfahren spricht, doch ein bisschen misstrauisch, und das ist der Hintergrund meiner Bemerkung gewesen, dass sich der Umweltschutz für eine dezentrale Regelung nicht eignet. Dabei würde ich es gerne lassen.

Diskussionsleiter: Ich danke beiden Berichterstattern sehr herzlich für ihre schönen Vorträge und klärenden Schlussworte.