

Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
=====**Band 66**=====

Bundesstaat und Europäische Union
zwischen Konflikt und Kooperation

Stefan Kadelbach, Christian Tietje

Autonomie und Bindung der Rechtsetzung
in gestuften Rechtsordnungen

Eckhard Pache, Thomas Groß

Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung

Christian Waldhoff, Johanna Hey

Finanzautonomie und Finanzverflechtung
in gestuften Rechtsordnungen

Stefan Oeter, Franz Merli

Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen
Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und
Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Rostock vom 4. bis 7. Oktober 2006



De Gruyter Recht · Berlin

Redaktion: Prof. Dr. Bodo Pieroth (Münster)

© Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-89949-385-6

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Copyright 2007 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH,
D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere fürervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany
Diskettenkonvertierung: Dörlemann Satz, Lemförde
Druck: Hubert & Co., Göttingen
Einbandgestaltung: Christopher Schneider, Berlin

Inhalt

| | |
|-----------------------------|---|
| Jahrestagung 2006 | 5 |
|-----------------------------|---|

Bundesstaat und Europäische Union zwischen Konflikt und Kooperation

Erster Beratungsgegenstand

Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen

| | |
|---|----|
| 1. Bericht von Professor Dr. Stefan Kadelbach | 7 |
| Leitsätze des Berichterstatters | 41 |
| 2. Bericht von Professor Dr. Christian Tietje | 45 |
| Leitsätze des Berichterstatters | 78 |
| 3. Aussprache und Schlussworte | 81 |

Zweiter Beratungsgegenstand

Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung

| | |
|--|-----|
| 1. Bericht von Professor Dr. Eckhard Pache | 106 |
| Leitsätze des Berichterstatters | 145 |
| 2. Bericht von Professor Dr. Thomas Groß | 152 |
| Leitsätze des Berichterstatters | 178 |
| 3. Aussprache und Schlussworte | 181 |

Dritter Beratungsgegenstand

Finanzautonomie und Finanzverflechtung in gestuften Rechtsordnungen

| | |
|---|-----|
| 1. Bericht von Professor Dr. Christian Waldhoff | 216 |
| Leitsätze des Berichterstatters | 270 |
| 2. Bericht von Professorin Dr. Johanna Hey | 277 |
| Leitsätze der Berichterstatterin | 329 |
| 3. Aussprache und Schlussworte | 335 |

Vierter Beratungsgegenstand

*Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten,
Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für
Menschenrechte*

| | |
|--|-------------|
| 1. Bericht von Professor Dr. Stefan Oeter | 361 |
| Leitsätze des Berichterstatters | 389 |
| 2. Bericht von Professor Dr. Franz Merli | 392 |
| Leitsätze des Berichterstatters | 420 |
| 3. Aussprache und Schlussworte | 423 |
| Verzeichnis der Redner | 459 |
| Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer | 461 |
| Satzung der Vereinigung | 567 |

Jahrestagung 2006

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer veranstaltete ihre Jahrestagung 2006 vom 4. bis 7. Oktober in der Hansestadt Rostock. Damit fand zum sechsten Mal nach der deutschen Wiedervereinigung eine Jahrestagung in den neuen Ländern statt. Über 400 Personen nahmen an der Tagung teil, davon etwa 300 Kolleginnen und Kollegen, etwa 100 Begleitpersonen sowie zahlreiche ausländische Gäste und Vertreter von juristischen Fachverlagen.

In der – wie üblich – am Mittwochnachmittag stattfindenden Mitgliederversammlung wurde zu Beginn der seit der letzten Jahrestagung verstorbenen Mitglieder gedacht: Klaus Schlaich, Karl August Bettermann, Otto Bachof und Walter Antonioli; die Vereinigung wird ihnen ein ehrendes Andenken bewahren. 17 neue Mitglieder stellten sich der Vereinigung vor; sie zählt nunmehr 657 Mitglieder. Die Mitgliederversammlung beschloss eine Satzungsänderung, die die Mitgliedschaft für Staatsrechtslehrer aus nicht deutschsprachigen Ländern ermöglicht.

Das wissenschaftliche Programm stand unter dem Gesamthema „Bundesstaat und Europäische Union zwischen Konflikt und Kooperation“. An der 2002 in St. Gallen eingeführten und bewährten neuen Struktur des Tagungsablaufs wurde festgehalten, so dass acht Berichte zu vier Themen erstattet werden konnten. Das Rahmenthema wurde aus dem Blickwinkel von Rechtsetzung, Verwaltung, Finanzwesen und Rechtsprechung behandelt; die von Herrn Pieroth und Herrn F. Kirchof geleiteten lebhaften und in vielen Punkten wissenschaftlich weiterführenden Aussprachen zu den Referaten dokumentieren das nachhaltige Interesse, das die Themenwahl gefunden hat. Der am Mittwochvormittag tagende Gesprächskreis „Europäisches Verfassungsrecht“ behandelte „Die Unionsbürgerschaft“, der parallel stattfindende Gesprächskreis „Verwaltung“ befasste sich mit dem Thema „Die Verwaltung als Gegenstand interdisziplinärer Forschung: Aversionen – Reflexionen – Ambitionen“.

Das Rahmenprogramm umfasste unter anderem eine hoch interessante Stadtführung mit Historikern der Universität Rostock. Am Mittwochabend gaben der Oberbürgermeister der Hansestadt Rostock und der Rektor der Universität Rostock einen gemeinsamen Empfang. Der Empfang der Landesregierung am Donnerstagabend fand im Kurhaus Warnemünde statt, ebenso das Festdiner am Freitagabend. Der traditionelle Ausflug am Samstag führte nach Fischland/Darß; die Ausflugsziele in Mecklenburg und in Vorpommern konnten bei schönstem Wetter angesteuert werden und boten den Teilnehmern eindrucksvolle Bilder einer zum Teil einzigartigen Landschaft.

Vorbereitet und organisatorisch begleitet wurde die Rostocker Tagung federführend von Herrn Kollegen Gersdorf, den der Vorstand kooptiert hatte. Herrn Gersdorf und seinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern gebührt für die vorzügliche Arbeit ein besonderer Dank. Die Teilnehmer an der Jahrestagung 2006 waren vom Ablauf der Tagung angetan und brachten dies durch starken Beifall bei den Abendveranstaltungen zum Ausdruck. Die Rostocker Tagung darf in jeder Hinsicht als gelungen bezeichnet werden und wird den Teilnehmern in angenehmer Erinnerung bleiben.

Friedrich Schoch

Erster Beratungsgegenstand:

**Autonomie und Bindung der Rechtsetzung
in gestuften Rechtsordnungen***

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

Inhalt

| | Seite |
|---|-------|
| I. Einleitung: Bedingungen föderativer Rechtsetzung | 9 |
| 1. Selbstbestimmungsprinzip und Theorie des Bundesstaates | 9 |
| 2. Die Europäische Union als föderales System | 10 |
| 3. Fragestellungen | 13 |
| II. Bundesstaat | 13 |
| 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 |
| 5. Zwischenfazit | 23 |
| III. Europäische Union | 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 |

* 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) Erstarkeung der Grundfreiheiten zu Grundrechten | 35 |
| 4. | Europäische Verfassung | 37 |
| IV. | Resümee | 38 |

I. Einleitung: Bedingungen föderativer Rechtsetzung

I. 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.²

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.³

Eine von Bundesstaatstheorien gegebene Begründung bezieht Autonomie auf die verbundenen staatlichen Einheiten⁴ und sieht in der Bewahrung der Selbstbestimmung der konstituierenden Teile und der mit ihr einhergehenden Vermehrung der Entscheidungszentren den Grund für die föderale Organisation.⁵ 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.

¹ S. BVerfGE 44, 125 (142), Demokratie als Ausdruck der „freien Selbstbestimmung aller“.

² 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.

³ 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.

⁴ 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 Constituição, 2002, 440 ff.

⁵ T. Fleiner/A. Misch Föderalismus als Ordnungsprinzip der Verfassung, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.) Verfassung der Schweiz, 2001, § 27 Rn. 4 ff.; 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 Gewaltenteilung⁶ und der Ermöglichung von Freiheit.⁷

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.⁸ 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,⁹ und nach einer Phase der funktionalen Umorientie-

⁶ 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.

⁷ Isensee (Fn. 5), 270; s. aus der amerikanischen Lit. D.J. Elazar Exploring Federalism, 1987, 91.

⁸ R. Smend Verfassung und Verfassungsrecht (1928), hier nach: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, 119 (223 ff.); dazu S. Koriath 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).

⁹ Vgl. H. Mosler Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, ZaöRV 14 (1951/52), 1 (44 f.); 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.

nung der Europaidee werden heute auch in der nicht auf einen europäischen Bundesstaat angelegten Europäischen Union föderale Strukturen erkannt.¹⁰ 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.¹¹ 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-

¹⁰ S. schon *H. Bülck* Föderalismus als nationales und internationales Ordnungsprinzip, VVDStRL 21 (1964), 1 (48 ff.); ferner *U. Everling* Zur föderalen Struktur der Europäischen Gemeinschaften, FS Doebling, 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 (56 ff.); *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.

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

¹² So *F.W. Scharpf* Die Politikverflechtungsfälle. 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).

¹³ *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 indes 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.¹⁴

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.¹⁵

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

¹⁴ 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, 24 ff. 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.

¹⁵ 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.¹⁶ Die deutsche Konstruktion war zunächst mehrdeutig. Anfangs als Gegengewicht zur republikanischen Kraft des Reichstags und als Garantie für die monarchischen Exekutiven der Länder gedacht,¹⁷ schien für ihn lange die Unentscheidbarkeit der Frage nach der Souveränität der Gliedstaaten bezeichnend zu sein.¹⁸ Nach dem Zwischenspiel der Weimarer Republik¹⁹ wurden starke Länder bei der Rekonstruktion des Staatsaufbaus in der

¹⁶ M. Bothe Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht, 1977, 10.

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

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.²⁰ 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.²¹ Dieser Wahrnehmung korrespondiert die Ausrichtung auf den Bund, die sich in langjähriger Praxis verfestigt hat²² und die Länder als Teil einer organisierten Arbeitsteilung bei der Erledigung aufs Ganze projizierter Staatsaufgaben einbindet.²³ Die gesamte längst Gemeingut gewordene Geschichte von der Unitarisierung des deutschen Bundesstaates ist aus dieser Perspektive geschrieben worden.

2. 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.²⁴ In der Bundesrepublik Deutschland ist er durch die Herausforderungen an den Leistungsstaat der Nachkriegszeit geprägt,²⁵ durch eine beständige

²⁰ 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.

²¹ 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.

²² 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 nazional-socialismo*, 1999, 47 (57 ff.).

²³ Hesse (Fn. 2), Rn. 494.

²⁴ 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.

²⁵ Hesse (Fn. 6), 13 ff.

Erweiterung und Ausübung der konkurrierenden Kompetenzen begleitet worden und entspricht bis heute einem weit gehenden Konsens.²⁶ 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.²⁷

Im kooperativen Bundesstaat, gleichfalls eine bereits mit Blick auf das Kaiserreich beschriebene Erscheinung, wird meist die Fortsetzung des unitarischen Bundesstaates gesehen.²⁸ Der Begriff bezeichnet faktische Bindungen der Ländergesetzgebung, die teils aufgrund von Finanzhilfen des Bundes, teils aufgrund von Regierungsvereinbarungen eintreten.²⁹ 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.³⁰

b) Beteiligung der Länder

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

²⁶ 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 – Juniorprofessor; BVerfG NJW 2005, 493 – Studiengebühren.

²⁷ Für die strengere Rspr. zu Art. 72 Abs. 2 idF von 1994 BVerfGE 106, 32 (147) – Altenpflege; 110, 141 – Kampfhunde; 111, 226 – Juniorprofessor; 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).

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ 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.³¹ 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,³² als die Praxis zu Art. 84 Abs. 1 GG.³³

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.³⁴ Bemängelt werden der Zwang zum Kompromiss und der

³¹ 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. *Bußjäger* Föderale und konföderale Systeme im Vergleich, 2003, 18 ff.; s. auch D. *Hanf* Bundesstaat ohne Bundesrat?, 1999; zum europäischen Vergleich T. *Groß* 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.

³² 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* Gewaltverschiebungen im Bundesstaat, AöR 124 (1999), 212 (216 f.); zur Kritik F. *Ossenbühl* Föderalismus nach 40 Jahren Grundgesetz, DVBl. 1989, 1230 (1235); *Isensee* (Fn. 21), Rn. 206; R. *Dolzer* Das parlamentarische Regierungssystem und der Bundesrat – Entwicklungsstand und Reformbedarf, VVDStRL 58 (1999), 7 (16 f.).

³³ 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).

³⁴ *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.³⁵ 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,³⁶ 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.³⁷

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,³⁸ 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.³⁹

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.⁴⁰ Die Antwort, die der deut-

³⁵ Böckenförde (Fn. 6), 189.

³⁶ 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.).

³⁷ 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.

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

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

⁴⁰ 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 österreichische⁴¹ – 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 zu Lasten der Länderparlamente.⁴²

3. Grundrechte

Der Zug zur Unitarisierung hat sich schließlich in der Judikatur zu den Grundrechten bemerkbar gemacht.⁴³ 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.⁴⁴ Auf anderen Gebieten stellen die Bundesgrundrechte zumindest den Rahmen landesrechtlicher Gesetzgebung.⁴⁵ 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).

⁴¹ 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. Töpferwien* Chancen und Probleme für den schweizerischen Föderalismus nach einem Beitritt zur Europäischen Union, in: Cottier/Koppe (Hrsg.) Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union, 1998, 323 ff.

⁴² *I. Pernice* Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, *DVBl.* 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 (266 f., 273 ff.).

⁴³ 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.

⁴⁴ *M. Schuler-Harms* Rundfunkaufsicht im Bundesstaat, 1995, 11 f., 108 ff.; *U. Bunke* 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.).

⁴⁵ *R. Wahl* Grundrechte und Staatszielbestimmungen im Bundesstaat, *AöR* 112 (1987), 26 (28 ff.); *A. Dittmann* Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, *VVDStRL* 54 (1995), 47 (56 ff.); *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.⁴⁶ Der Autonomie der Länder, den Hochschulzugang künftig differenzierend zu regeln, dürften damit Grenzen gezogen sein.⁴⁷

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.⁴⁸ 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).

⁴⁶ 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.).

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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.⁴⁹ 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.⁵⁰ 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.⁵¹ 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 Rahmenkompetenzen⁵² 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.

⁴⁹ *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.).

⁵⁰ 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.

⁵¹ Durchgespielt bei *C. Maiwald* Die Gesetzgebungszuständigkeit im Strafrecht, ZRP 2006, 18 (21 f.).

⁵² 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.⁵³ 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.⁵⁴ 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.⁵⁵

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).⁵⁶

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.

⁵³ *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 (840ff.).

⁵⁴ 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.

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

⁵⁶ Vgl. *C. Haslach* Die Umsetzung von EG-Richtlinien durch die Länder, 2001, 325ff.

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

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.⁵⁸ 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,⁵⁹ 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,⁶⁰ 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.⁶¹

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

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

⁵⁸ Fn. 33.

⁵⁹ Koalitionsvereinbarung (Fn. 48), Rn. 31; BT Dr. 16/813, 15.

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

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

⁶² 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.

⁶³ 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.⁶⁴ Das in der Novelle erkennbare Konzept eines abgemilderten Konkurrenzföderalismus,⁶⁵ das man als das eines „experimentellen Bundesstaates“ bezeichnet hat,⁶⁶ 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.⁶⁷ 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-

⁶⁴ A. Benz Föderalismus als dynamisches System, 1985, 40ff.

⁶⁵ 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. Ottmad/E. Linnartz Föderaler Wettbewerb statt Verteilungsstreit, 1997, 164ff.; in der rechtswiss. Lit. Anklänge bei R. Wendt Neuorientierung der Aufgaben- und Lastenverteilung im „sozialen Bundesstaat“, StWSStP 1993, 56 (63f.); C. Callies 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 (749f.); zur Debatte in den USA D.L. Shapiro, Federalism, 1995, 34ff., 76 mwN.

⁶⁶ 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), 440ff.; 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 Gemeinwohlaufrag und föderales Zustimmungserfordernis, 2004, 212, 223f.

⁶⁷ Ebenso I. Kesper Reform des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, NdsVBl. 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.⁶⁹ Plausibel scheint – trotz der eigenartigen Entstehungsgeschichte – die Überweisung von Teilen des Beamtenrechts an die Länder,⁷⁰ 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.⁷¹

Für die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung wird die Reform Folgen haben müssen. Dies betrifft naheliegender Weise die Auslegung der Kompetenznormen.⁷² Aber auch die Kompetenzausübungsgrenzen werden neu zu vermessen sein. Das gilt für die Bundestreue⁷³ ebenso wie für die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, die das Bundesverfas-

⁶⁸ 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. Koriath* Klarere Verantwortungsteilung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden in der Finanzverfassung, Verh. 65. DJT, Bd. II/1, 2004, P 89 (97 ff.); *K.P. Sommermann* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) Das Bonner Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 20 Rn. 55.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ 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.

⁷¹ Krit. *A. Epiney* Föderalismusreform und europäisches Umweltrecht, NuR 2006, 403 ff.; s. aber auch *W. Frenz* Föderalismusreform im Umweltschutz, NVwZ 2006, 743 ff.

⁷² *S. Calliess* (Fn. 65).

⁷³ 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 *Koriath* (Fn. 8), 268 ff.; *H. Bauer* Die Bundestreue, 1992, 121 ff., 180 ff.

sungsgericht aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet hat⁷⁴ 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 Bürokratie⁷⁵ oder ihre Problemlösungsfähigkeit, ihr „output“, sie zu legitimieren schien.⁷⁶ 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 Selbstbestimmungen 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.⁷⁷ Den Zielen und Handlungsformen der Union entspricht indes

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

⁷⁵ 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.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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.⁷⁸ 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 (72 ff., 95); G. Lübbe-Wolff Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 246 (248 ff.).

⁷⁸ 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.

⁷⁹ H. Steinberger und E. Klein Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 9 (19 f.) bzw. 56 (62).

⁸⁰ 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).

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

⁸² 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.⁸⁴ Eine Tendenz zur Harmonisierung ist beabsichtigt und in den Gründungsverträgen 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 Versuchen, 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.

⁸³ 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.

⁸⁴ 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.⁸⁵ 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.⁸⁶ 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.⁸⁷ Aber auch eine formal striktere Bindung würde nicht viel ändern.⁸⁸ Substantielle Beteiligung setzte neben einer effektiven Ver-

⁸⁵ 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 (44f.).

⁸⁶ *S. Lübke-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.

⁸⁷ 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.).

⁸⁸ 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.

fahrgestaltung 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.⁸⁹

Das Europäische Parlament ist daher als zweiter Pfeiler einer dualen Legitimationsstruktur ernstzunehmen.⁹⁰ Dass seine Rechtsstellung durch kontinuierliche Erweiterung des Mitentscheidungsverfahrens gestärkt worden ist,⁹¹ muss als Ausgleich zum Funktionsverlust der nationalen Parlamente verstanden werden.⁹² 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.⁹³

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

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

⁹⁰ 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, 578ff.; *Dann* (Fn. 14), 279ff.; *F. Sander* Repräsentation und Kompetenzverteilung, 2005, 284ff., 481ff.

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

⁹² Vgl. BVerfGE 89, 155 (184f.: EP als schritthaltend mit der Kompetenzzustattung der EU notwendige, „ergänzend[e] ... demokratische Abstützung“).

⁹³ 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. Langenbacher* 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.⁹⁴ 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.⁹⁵

bb) Umsetzung

In der Umsetzungsphase variiert die Art der Verbindung 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

⁹⁴ 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.

⁹⁵ Vgl. *A. v. Bogdandy* Demokratisch, demokratischer am demokratischsten?, FS Holverbach, 2001, 363 ff.; *B.-O. Bryde* Demokratisches Europa und Europäische Demokratie, FS Zuleeg, 2005, 131 ff.

⁹⁶ 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. Prechal* Directives in EC Law, 2. Aufl. 2005, 14 f.

⁹⁷ 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.¹⁰¹ 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 BSE¹⁰² oder im Zuge des Aktionsplanes Finanzdienstleistungen¹⁰³ belegen. Dabei behält der Rat gegenüber der Kommission die Letztentscheidung, wenn diese bei Rezeption von Stellungnahmen der Aus-

⁹⁸ Vgl. T. Schilling Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994, 98 ff.

⁹⁹ Vgl. bereits den Ansatz bei M. Pechstein Die Mitgliedstaaten der EG als „Sachwalter des gemeinsamen Interesses“, 1987, 145 ff. (beschränkt auf „Funktionsstörungen“ der Gemeinschaftsrechtsetzung); Kamann (Fn. 90), 317 f. (bzgl. der Mitwirkung an der Rechtsetzung durch den Rat).

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

¹⁰¹ Grundlage ist der sog. Komitologie-Beschluss, ABl. 1999 L 184/23, ergänzt durch interinstitutionelle Vereinbarung zwischen Kommission und Parlament, ABl. 2000 L 256/19 und Ratsbeschluss, ABl. 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, 710 ff.; C.F. Bergström Comitology, 2005, 43 ff.; empirische Untersuchung bei A.E. Töller Komitologie, 2002, 231 ff.

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

¹⁰³ 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 zudedacht 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

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Ratsbeschluss, ABl. 2006, L 200/11; Art. I-36 Abs. 2 VfV sieht ein umfassendes Rückholrecht vor.

¹⁰⁶ Art. 128 (Beschäftigungspolitik), 137 Abs. 2 lit. a (Sozialpolitik), 149 Abs. 4 (Bildungspolitik), 152 Abs. 4 lit. c (Gesundheitswesen), 157 (Industriepolitik), 163 (Forschung) EGV.

¹⁰⁷ 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.

schaft. Rechtlich bleibt dies unverbindlich, doch finden faktisch nicht unerhebliche Festlegungen statt. Diese Formen der Politikkoordination erinnern an die intraföderale Ebene im Bundesstaat, lassen sich also als kooperatives Unionsrecht kennzeichnen,¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹

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.¹¹⁰ 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.¹¹¹ Eine äh-

¹⁰⁸ 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. 164 ff., im Anschluss an *P. Pescatore* L'Ordre juridique des Communautés européennes, 1975, 153.

¹⁰⁹ *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).

¹¹⁰ Grundlegend *J.H. Weiler* The Transformation of Europe, Yale LJ 100 (1991), 2403 ff.

¹¹¹ 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. 33 ff.; *P. Oliver* Free Movement of Goods in the European Community, 4. Aufl. 2003, 158 ff.

liche Dynamik hat die Rechtsprechung zu den personenbezogenen Grundfreiheiten durchlaufen.¹¹²

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,¹¹³ der Gründungsrechtsordnung von Gesellschaften,¹¹⁴ der Urheberschaft von Erlaubnissen, Zeugnissen oder anderen amtlichen Erklärungen¹¹⁵ oder allgemein am Angewiesensein auf den Grenzübertritt¹¹⁶ anknüpfen.

So unterschiedlich die Interpretationen dieser Rechtsprechung auch sind, so lassen sie sich doch auf bestimmte Leitbilder föderaler Ordnung zurückführen.¹¹⁷ 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,¹¹⁸ das eine faktische Erstreckung von Rechtsfolgen des einen auf die Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten bewirkt.¹¹⁹ Die Konkurrenz zwischen Produktstandards oder Normen des Gesellschaftsrechts fördert – in der Theorie – die wirt-

¹¹² Statt vieler *R.C. White Workers, Establishment and Services in the European Union*, 2004, 255 ff.

¹¹³ EuGH, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649 Rn. 14.

¹¹⁴ EuGH, *Centros*, Slg. 1999, I-1459; *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155; *SEVIC Systems*, Slg. 2005, I-10805.

¹¹⁵ EuGH, *Angonese*, Slg. 2000, I-4139.

¹¹⁶ EuGH, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921; *Carpenter*, Slg. 2002, I-6279.

¹¹⁷ Dazu *M. Póiares Maduro* *We The Court*, 1998, 105 ff.

¹¹⁸ 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 (655 f.); 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.

¹¹⁹ 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.¹²⁰ 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).¹²¹ Art. 12 EGV bezieht sich auf den „Anwendungsbereich des Vertrages“, zu dem auch Bereiche gehören, für die die Union keine Regelungszuständigkeit besitzt.¹²² Diese Rechtsprechung hat immer wieder insbesondere im Hochschulbereich für Furore gesorgt,¹²³ aber auch im Steuerrecht¹²⁴ und – in Verbindung mit dem Unionsbürgerstatus (Art. 17 f. EGV) – im Sozialhilferecht¹²⁵ Urteile hervorgebracht, deren Folgen sich

¹²⁰ 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.

¹²¹ EuGH, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193 Rn. 31: Unionsbürgerschaft als „der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten“.

¹²² EuGH, *Casagrande*, Slg. 1974, 773 Rn. 6.

¹²³ S. schon EuGH, *Gravier*, Slg. 1985, 593 Rn. 23 ff; zuletzt *Kommission/Österreich*, Slg. 2005, I-5969.

¹²⁴ EuGH, *Commerzbank*, Slg. 1993, I-4017 Rn. 15; *Lindfors*, Slg. 2004, I-7183 Rn. 34 ff.

¹²⁵ 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.¹²⁶ In Teilen ist sie inzwischen sekundärrechtlich kodifiziert worden.¹²⁷ 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.¹²⁸

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.¹²⁹ 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 Rechtssetzung geworden.¹³⁰ 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).

¹²⁶ 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.

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

¹²⁸ 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.

¹²⁹ 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.

¹³⁰ Zu Österreich *Oehlinger* (Fn. 38), Rn. 131; zur Schweiz *Häfelin/Haller* (Fn. 29), Rn. 235 ff.; zu Deutschland *R. Uerpman* 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.¹³¹ Als strukturell problematisch gilt nach wie vor die Rechtsetzung. Wege, Defizite entgegenzuwirken, bestehen in der kürzlich beschlossenen Offenlegung politischer Verantwortlichkeiten durch Öffentlichkeit der Ratsverhandlungen,¹³² in der Stärkung der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Kommission und – eher politisch als rechtlich problematisch – der Zuebilligung eines eigenen Initiativrechts an das Parlament.

Einige dieser Wege werden im neuen Verfassungsvertrag beschritten,¹³³ 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.¹³⁴ Die Vermehrung der Fälle, für die das Mitentscheidungsverfahren gilt, festigt die duale Legitimation.¹³⁵ Auf den Gedanken größerer demokratischer Selbstbestimmung der Ebenen gehen die neuen Kompetenzkataloge¹³⁶ und der sog. Frühwarn-

¹³¹ S. zuletzt die Analyse bei *G. Majone* Dilemmas of European Integration, 2005, 138 ff., 195 ff.

¹³² 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 Rechtssetzungsverfahren der Europäischen Union, 2001, 198 ff.

¹³³ 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.

¹³⁴ 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.

¹³⁵ 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.

¹³⁶ 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.¹³⁷

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,¹³⁸ in die sich Internationalisierung durch Vertrag und „soft law“, zunehmende Dichte exekutiver Rechtssetzung, 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.¹³⁹

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.¹⁴⁰ 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-

¹³⁷ Art. I-11 Abs. 3 UAbs. 2, Abs. 4 UAbs. 2 VfV iVm Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

¹³⁸ 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.

¹³⁹ In diese Richtung *A. v. Bogdandy* Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?, *AöR* 130 (2005), 445 (463).

¹⁴⁰ 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.¹⁴¹ 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

¹⁴¹ *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.

¹⁴² *Oeter* (Fn. 10), 98 f.; dezidiert a.A. *R.A. Lorz* Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, DVBl. 2006, 1061 ff.

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

¹⁴⁴ Fn. 90; s. auch *M. Schröder* Die Parlamente im europäischen Entscheidungsgefüge, EuR 2002, 301 (314 f.).

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.¹⁴⁵

¹⁴⁵ 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. Berichtstatters 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 Rechtssetzungsakte 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 notwendig gering.

16. Das Europäische Parlament ist daher als zweiter Pfeiler einer dualen Legitimationsstruktur ernstzunehmen. Zur Erstreckung des Mitentscheidungsverfahrens (Art. 251 EGV) auf alle Rechtssetzungskompetenzen 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 abzuheben.

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. Die Organisation der Rechtsetzung im Mehrebenensystem | 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 |

* Für gewinnbringende Diskussionen und kritische Anmerkungen danke ich meinem Fakultätskollegen *Prof. Dr. Michael Germann* und meinem Assistenten *Dr. Karsten Nowrot*.

| | |
|---|----|
| 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 Föderalismus? | 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-

¹ 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“.

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

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

⁴ 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.

⁵ 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.⁷

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,⁸ die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat zulasten der Länder⁹ sowie insbesondere den vermeintlich „bedrohlichen“ Zuwachs an Rechtsetzung der Europäischen Union,¹⁰ 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

⁶ *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.).

⁷ Statt vieler *Schoch* (Fn. 3) § 37 Rn. 146; *K. Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 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.

⁸ 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, 4 ff.; *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, 1 ff.; *K. Eichenberger*, *R. Novak* und *M. Kloepfer* Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), 7 ff.; *H. Schulze-Fielitz* Wege, Umwege und Holzwege zu besserer Gesetzgebung, JZ 2004, 862 ff.

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

¹⁰ Zur vermeintlichen „Entparlamentarisierung der Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft“ siehe *Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 5) § 221 Rn. 34 ff.; 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 Ebene¹¹ 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.¹² 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.¹³ Darüber hinausgehende Aspekte einer umfassenden Verflechtung der Rechtsetzung im Mehrebenensystem werden nur selten und oftmals nur punktuell diskutiert.¹⁴ Dementsprechend ist es Ziel dieses Berichtes, Elemente des Gesamtsystems

¹¹ 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.

¹² Umfassend *S. Oeter* Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998.

¹³ So z. B. auch der Ansatz von *R. A. Lorz* Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, DVBl. 2006, 1061 (1064 ff.); 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.

¹⁴ 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 Rechtssetzungsverfahren, 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.¹⁵ Das kann als Verfassungsverbund,¹⁶ System komplementärer Teilverfassungen¹⁷ oder ähnlich charakterisiert werden.¹⁸ 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,¹⁹ was zu einer hervorgehobenen Bedeutung des Kooperationsprinzips auf allen Verfassungsebenen führt.²⁰

¹⁵ A. v. Bogdandy Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 149 (185).

¹⁶ 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/Halter (Hrsg.) Europawissenschaft, 2005, 743 (770).

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

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

¹⁹ 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.

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

Die wechselseitige Abhängigkeit der Verfassungsebenen im europäischen Verfassungsraum,²¹ 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 Unionsrechts²² 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“ Gebildes²³ des europäischen Verfassungsraums nur gewährleistet werden, wenn gerade auch „Vielfalt schützende“ Rechtsprinzipien Beachtung finden.²⁴ 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.²⁵

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.²⁶ 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.²⁷ Das gilt zwangsläufig auch für den Prozess der europäischen Integration. Nur durch Rechtsetzung kann die im Verhältnis zu innerstaatlichen Rechts-

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.).

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

²² Statt vieler hierzu R. Streinz Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 201 ff.

²³ Schönberger (Fn. 18) AöR 129 (2004), 81 (87).

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

²⁵ Prägnant hierzu v. Bogdandy in: ders. (Fn. 15) 155 f.

²⁶ Ausführlich Schulze-Fielitz (Fn. 3) 184 ff. mwN; zur entsprechenden gemeineuropäischen Entwicklung und Tradition siehe z.B. H. Hattenhauer Europäische Rechtsschichte, 4. Aufl. 2004, 541 ff.

²⁷ 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*,²⁸ der hier in Rostock von 1930 bis 1941 seine erste Professur innehatte.²⁹

Europa als Rechtsgemeinschaft darf allerdings nicht rein funktional verstanden werden. Vielmehr sind im Einklang mit der bereits hervor-gehobenen 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 Aufgabenerfüllung³⁰ zu gewährleisten.³¹ 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).³²

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.³³ Dieses

²⁸ *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.

²⁹ Zu Hallstein zusammenfassend *M. Kilian* Walter Hallstein: Jurist und Europäer, JöR N.F. 53 (2005), 369 ff. mwN.

³⁰ 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, DVBl. 2003, 1081 (1094 f.).

³¹ *A. v. Bogdandy* Europäische Verfassung und europäische Identität, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.) Europawissenschaft, 2005, 331 (362 f.); 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.

³² Prägnant v. *Bogdandy* in: ders. (Fn. 15) 163 f.

³³ 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.³⁴ 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.³⁵ 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.).

³⁴ *Supra* Fn. 5.

³⁵ BVerfGE 89, 155 (172f.): „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.³⁶

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.

2. *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 EU³⁷ besteht eine abgestufte Intensität der Bindung der mitgliedstaatlichen Rechtsetzung. Allerdings ist selbst bei ausschließlichen Kompetenzen der EU³⁸

³⁶ Deutscher Bundestag (Hrsg.) *M. F. Feldkamp/B. Ströbel* Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages 1994 bis 2003, 2005, 601f. 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, 56ff.; ebd., 84ff. 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).

³⁷ 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.

³⁸ 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.³⁹ Entsprechende Beispiele hierfür finden sich u. a. im Zoll- und Außenwirtschaftsrecht.⁴⁰ 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 Handlungsebene⁴² sowie beim Erlass verordnungsakzessorischen Rechts.⁴³ Entsprechendes gilt bei der Richtlinienumsetzung. In voller Übereinstimmung mit Art. 249 Abs. 3 EG⁴⁴ verwirklicht sich Richtlinienumsetzung ganz unterschiedlich durch parlamentarisches Bundes- oder Landesgesetz, exekutive Rechtsverordnung, dynamische Verweisschriften 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.⁴⁶ 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.

³⁹ *Calliess* in: *ders./Ruffert* (Fn. 37) Art. I-12 Rn. 2.

⁴⁰ Siehe z. B. Art. 11 VO 2603/69 des Rates vom 20. Dezember 1969 zur Festlegung einer gemeinsamen Ausfuhrregelung (ABl. 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 (BGBl. I 1992, 2125, BGBl. I 1993, 2493 mit Änderungen) und die Zollverordnung v. 23. 12. 1993 (BGBl. I 1993, 2449, BGBl. I 1994, 162 mit Änderungen).

⁴¹ Einzelheiten bei v. *Bogdandy/Bast* in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 37) Art. 5 EGV Rn. 37 ff.

⁴² Zu Einzelheiten siehe *Nettesheim* in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 37) Art. 249 EGV Rn. 241 ff. mwN.

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

⁴⁴ Danach überlässt die Richtlinie „den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel“ der Umsetzung.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ *Haslach* (Fn. 14) 325 ff.

setzungsinstrumente entspricht der vom EuGH betonten föderalen Umsetzungsfreiheit der Mitgliedstaaten.⁴⁷

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.⁴⁹ Aufgrund ihres Charakters auch als individuelle Freiheitsrechte⁵⁰ ist ihnen insgesamt eine Relativierung des grenzüberschreitenden Elements als Anwendungsvoraussetzung gemeinsam.⁵¹ Die damit nicht mehr primär, wie noch mit Blick auf die *Dassonville*-Rechtsprechung⁵² 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

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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. 50 ff. mwN.

⁵¹ Zur Diskussion im Überblick *A. Randelzhofer/U. Forsthoef* in: Grabitz/Hilf (Fn. 37) vor Art. 39–55 EGV Rn. 42 ff. mwN.

⁵² EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837 ff.

⁵³ 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.

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

im internationalen Gesellschaftsrecht⁵⁵ sowie insgesamt im Abgabenrecht, und zwar mit Auswirkung nicht nur auf das nationale Steuerrecht,⁵⁶ sondern auch auf Abgabenregelungen in kommunalen Satzungen.⁵⁷

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,⁵⁸ zur Debatte stehen.⁵⁹ Daher ist es auch folgerichtig, die innerstaatliche Umsetzungsrechtsetzung, die zwingenden Vorgaben des Unionsrechts folgt, ausschließlich anhand des Unionsrechts, insbesondere der Unionsgrundrechte, zu messen.⁶⁰ Entsprechendes gilt auch für Rahmenbeschlüsse (Art. 34 Abs. 2 Satz 2 lit. b) EU).⁶¹ 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.⁶²

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

⁵⁶ Ausführlicher Überblick bei Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf (Fn. 37) vor Art. 39–55 EGV Rn. 207 ff.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-6/04, *Kommission ./ GB*, Slg. 2005, I-9017 Rn. 25 mwN.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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, 264 ff.

⁶¹ Ausführlich Masing (Fn. 60) NJW 2006, 264 (265 ff.) mwN.

⁶² BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats] DVBl. 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.⁶³ 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.⁶⁴

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.⁶⁵ 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.⁶⁶ 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.⁶⁷

⁶³ 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. 43 f.; Rs. C-368/95, *Familiapress*, Slg. 1997, I-3689 Rn. 24 ff.

⁶⁴ EuGH, Rs. C-36/02, *Omega*, Slg. 2004, I-9609 Rn. 36.

⁶⁵ 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.

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

⁶⁷ Siehe insbes. EuGH, Rs. C-265/03, *Simutenkov*, Slg. 2005, I-2579 Rn. 20 ff.; 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: