

Bundesstaat, Föderation, Staatenverbund – Trennlinien und Gemeinsamkeiten föderaler Systeme

Stefan Oeter*

I. Einleitung	733
II. Bund, Staatenbund, Bundesstaat – Ein Beitrag zur Begriffsverwirrung	736
III. Konstruktion und Praxis – Zur (beinahe) bundesstaatlichen Praxis des Staatenverbunds	738
IV. Konsequenzen der Bundeskonstruktion – Formen der Verfassungsgebung und deren Pfadabhängigkeiten	744
V. Die Offenheit der Europäischen Verfassung – Kompetenzkataloge und deren Ausfüllung durch die Gemeinschaft der Norminterpreten	747

I. Einleitung

Es ist kein Zufall, dass einer der vier Beiträge zum Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von *Jochen Frowein* den (Grund-)Problemen der Konstruktion föderaler Verbundstaatlichkeit gewidmet ist. Der Bundesstaat hat *Jochen Frowein* schon früh in seiner akademischen Laufbahn beschäftigt, nämlich mit seiner Bonner Dissertation von 1960 über die selbständige Bundesaufsicht¹ – und er hat ihn im Verlauf seiner wissenschaftlichen Tätigkeit als Öffentlichrechtler auch nicht mehr losgelassen.² Die komplizierten Fragen der Rechtslage Deutschlands könnte man in einem weiteren Sinne ebenfalls diesem Themenkomplex zuschlagen,³ hinzu kamen dann auch eine in wechselnden Phasen unterschiedlich intensive Auseinandersetzung mit Fragen der institutionellen Ausgestaltung der europäischen Integrati-

* Prof. Dr. iur., Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. Vortrag beim Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstags von Prof. Dr. *Jochen Abr. Frowein*.

¹ *J. A. Frowein*, Die selbständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, 1961.

² *J. A. Frowein*, Gemeinschaftsaufgaben im Bundesstaat, VVDStRL 31 (1973), 13 ff.; *J. A. Frowein*, Deutscher Föderalismus der Gegenwart, 1981.

³ *J. A. Frowein*, Das de-facto-Regime im Völkerrecht, 1968; *J. A. Frowein*, Legal Problems of the German Ostpolitik, ICLQ 23 (1974), 105 ff.; *J. A. Frowein*, Die Verfassungslage Deutschlands im Rahmen des Völkerrechts, VVDStRL 49 (1990), 7 ff.; *J. A. Frowein*, The Reunification of Germany, AJIL 86 (1992), 152 ff.; *J. A. Frowein*, Der Alleinvertretungsanspruch der beiden deutschen Staaten, in: *Zweimal Deutschland: Auf dem Weg zur Einheit?*, 2001, 57 ff.; *J. A. Frowein*, 40 Jahre deutsch-deutsche Beziehungen, in: *J. Krüper* (Hrsg.), *Staat und Recht in Teilung und Einheit*, 2011, 14 ff.

on.⁴ Wie wohl praktisch alle Internationalisten seiner Generation war er im Kern ein glühender Anhänger des europäischen Integrationsprojektes und stand untergründig durchaus noch in einer Traditionslinie zu den europäischen Föderalisten der Gründungsphase. Ich habe das selbst an der wohlwollenden Aufnahme meiner Thesen zur föderalen Gestalt der europäischen Union Mitte der neunziger Jahre erfahren.⁵ *Jochen Frowein* war historisch zu versiert, theoretisch zu beschlagen und politisch zu sehr ein Emphatiker der Integration, um die typischen Kategorienscheidungen von Bundesstaat und Staatenbund, also staatsrechtlicher und völkerrechtlicher Staatenverbindung im Kern wirklich für bare Münze zu nehmen. Als ein immer stark an Fragen der Verfassungsgeschichte interessierter Staatsrechtler alter Schule wusste er dafür viel zu sehr, dass das *Bismarck'sche* Reich von 1867 bzw. 1871 viel mehr Staatenbund war als den liberalen Staatsrechtlern des späten 19. Jahrhunderts lieb war, dass umgekehrt der Deutsche

⁴ *J. A. Frowein*, Zur institutionellen Fortentwicklung der Gemeinschaft, in: Die institutionelle Entwicklung der Europäischen Gemeinschaften in den siebziger Jahren, Kölner Schriften zum Europarecht Bd. 22, 1973, 83 ff.; *J. A. Frowein*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Bundesverfassungsgericht, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 2, 1976, 187 ff.; *J. A. Frowein*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und das Europäische Gemeinschaftsrecht, in: *J. A. Frowein/M. Hilf/K. M. Meessen/M. Rupp/M. Zuleeg*, Die Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, 1978, 47 ff.; *J. A. Frowein*, Die rechtliche Bedeutung des Verfassungsprinzips der parlamentarischen Demokratie für den europäischen Integrationsprozeß, *Europarecht* 4 (1983), 301 ff.; *J. A. Frowein*, European Integration through Fundamental Rights, *Journal of Law Reform* 18 (1984), 5 ff.; *J. A. Frowein*, Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien, in: Festschrift für W. Maihofer zum 70. Geburtstag, 1988, 149 ff.; *J. A. Frowein*, The European Convention on Human Rights as the Public Order of Europe, in: *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1 (1990) 2, 267 ff.; *J. A. Frowein*, Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, *ZaöRV* 54 (1994), 1 ff.; *J. A. Frowein*, Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten, in: W. van Gerven, *Die Verfassung der Europäischen Union*, 1995, 62 ff.; *J. A. Frowein*, Wesentliche Elemente einer Verfassung, in: R. Bieber/P. Widmer (Hrsg.), *Der europäische Verfassungsraum*, 1996, 71 ff.; *J. A. Frowein*, Auf dem Wege zu einer gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik, in: C. Tomuschat (Hrsg.), *Rechtsprobleme einer europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik*, 1997, 11 ff.; *J. A. Frowein*, Die Verfassung der Europäischen Union aus deutscher Sicht, in: J.-D. Mouton/T. Stein (Hrsg.), *Vers une nouvelle Constitution pour l'Union Européenne?*, 1997, 37 ff.; *J. A. Frowein*, Legitimation und Wirkung des Rechts der Europäischen Union/Gemeinschaft, in: P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), *Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union*, 1998, 105 ff.; *J. A. Frowein*, Die europäische Union im Zeichen der Globalisierung, in: M. Kloepfer (Hrsg.), *Entwicklungsperspektiven der europäischen Verfassung im Lichte des Vertrags von Amsterdam*, 1999, 117 ff.; *J. A. Frowein*, Die Europäisierung des Verfassungsrechts, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Hrsg. Peter Badura/Horst Dreier, Bd. 1, 2001, 209 ff.; *J. A. Frowein*, Die Verklammerung der Europäischen Union als Verfassungsgemeinschaft mit der EMRK, in: *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*. Festschrift für Stefan Trechsel, 2002, 17 ff.

⁵ Vgl. S. Oeter, *Souveränität und Demokratie als Probleme in der "Verfassungsentwicklung" der europäischen Union*, *ZaöRV* 55 (1995), 659 ff.

Bund in Ansätzen durchaus stark bündische Züge trug, die weit über die (*Jellinek'sche*) Kategorie des Staatenbundes hinauswiesen.⁶ Wir wissen heute sehr genau, dass die Kategorienbildungen des 19. Jahrhunderts mindestens so sehr historische Narrative (im Sinne einer herbeigesehnten Fortschrittsgeschichte) eines um seine Wirkungsmacht kämpfenden politischen Liberalismus wie Beschreibungen der politischen und konstitutionellen Realitäten waren.⁷

Nun müssen wir natürlich aufpassen, im Sinne einer historischen wie theoretischen Dekonstruktion die Unterschiede nicht völlig zu verwischen, die konstruktiv zwischen den unterschiedlichen Idealtypen liegen. Allerdings – dies sei hier als Nebenbemerkung erlaubt – sind die alten Idealtypen bzw. Kategorienbildungen der Staatenverbindungen⁸ schon rein semantisch mittlerweile in Unordnung geraten, wie auch der Titel dieses Beitrags anzeigt. Darin leuchtet zwar der alte Bundesstaatsbegriff noch auf, doch irgendwie scheint der tradierte Staatenbund verloren gegangen zu sein. Immer wieder wird von der “Föderation” gesprochen, wenn eine staatsrechtliche Verbindung geringerer Dichte gemeint ist als wir sie mit dem klassischen Bundesstaatsbegriff verbinden.⁹ Umgekehrt hat das Bundesverfassungsgericht den Begriff des “Staatenverbunds” an die Stelle des alten “Staatenbunds” gesetzt, aus durchaus nachvollziehbaren Gründen, denn die Kategorisierung der Europäischen Union (EU) als “Staatenbund” wäre denn doch etwas zu altbacken gewesen;¹⁰ der “Staatenverbund” als Nachfolger der “*sui generis*”-Kategorie *Ipsen'scher* Prägung teilt allerdings die Tücke aller “*sui generis*”-Konstruktionen, die sich dem typologischen Vergleich

⁶ Vgl. nur C. Schönberger, Der “Staat” der Allgemeinen Staatslehre. Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich, in: O. Beaud/E. V. Heyen (Hrsg.), Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?, 1999, 111 ff. (116 ff., 122 ff.); vgl. ferner S. Oeter, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998, 44 ff.

⁷ Vgl. in diesem Sinne v. a. C. Schönberger, Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas, AöR 129 (2004), 81, 95 f.

⁸ Vgl. nur G. Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen, 1882.

⁹ Vgl. auch M. Burgess, Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950-2000, 2000, 41 ff.

¹⁰ Vgl. insoweit nur P. Hommelhoff (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, 1994; J. Fischer, Vom Staatenverbund zur Föderation: Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, 2000; R. Herzog (Hrsg.), Die Europäische Union auf dem Weg zum verfassten Staatenverbund: Perspektiven der europäischen Verfassungsordnung, 2004; P. Kirchhof, Europäische Union: Der europäische Staatenverbund, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 1009 ff.; M. Möstl, Bundesstaat und Staatenverbund: Staats- und Verfassungsrecht im Föderalismus, 2012.

verweigern.¹¹ So richtig die neue Kategorie ist, so wenig aussagekräftig ist sie zugleich – natürlich ist die Europäische Union eine Staatenverbindung im alten *Jellinek'schen* Sinne, und zugleich ist sie kein Bundesstaat im tradierten Verständnis (da kein "Staat" im völkerrechtlichen Sinne des "geborenen" Völkerrechtssubjekts).¹² Doch was sie nun eigentlich ist, erfahren wir aus dem Begriff nicht wirklich.

II. Bund, Staatenbund, Bundesstaat – Ein Beitrag zur Begriffsverwirrung

An diesem Punkt sollte man vorsichtig sein. In erheblichem Maße behalten die alten Begrifflichkeiten auch heute ihre Unterscheidungswirkungen. Gleichgültig ob wir das Gebilde der europäischen Verbundstaatlichkeit Staatenbund oder Staatenverbund nennen, es bleibt eine "bündische" Verbindung von Staaten auf völkerrechtlicher Grundlage.¹³ Daran hätte selbst die "Europäische Verfassung", die ja ein Verfassungsvertrag sein sollte, nichts Entscheidendes geändert.¹⁴ Die Mitgliedstaaten bzw. deren Regierungen mögen nicht mehr wirklich "Herren der Verträge"¹⁵ sein (wie in der ursprünglichen Ausgangskonstruktion der Römischen Verträge von 1957 noch); doch Träger der "verfassungsgebenden Gewalt" ist – in einem zunächst rein konstruktiven Sinne – immer noch nicht allein das "Volk", als Gesamtheit der Bürger.¹⁶ Alle Konstruktionen der doppelten Legitimation¹⁷ verweisen mit guten Gründen darauf, dass wir es hier mit einer Art "*mixtum compositum*" zu tun haben – nicht Staat, nicht internationale Organisa-

¹¹ Vgl. F. Cromme, Eine Konsequenz aus der Krise: Fortentwicklung der EU als Staatenverbund? Verknüpfung intergouvernementalen und supranationalen Handelns in der EU, DÖV 65 (2012), 209 ff.; A. v. Bogdandy, Grundprinzipien, in: A v. Bogdandy/J. Bast (Anm. 10), 50 ff.

¹² Vgl. nur S. Oeter, Die Europäische Union zwischen organisierter Verantwortungslosigkeit und föderaler Konkordanzdemokratie, in: H. Brunkhorst (Hrsg.), Demokratie in der Weltgesellschaft, 2009, 405 ff.

¹³ Vgl. auch schon S. Oeter, Föderalismus und Demokratie, in: A v. Bogdandy/J. Bast (Anm. 10), 73 ff.

¹⁴ Vgl. auch S. Oeter, Demokratie im europäischen Verfassungsverbund. Überlegungen zum Entwurf eines Verfassungsvertrages für Europa, in: M. Zuleeg (Hrsg.), Die neue Verfassung der Europäischen Union, 2006, 69 ff.

¹⁵ Vgl. insoweit nur U. Everling, Zur Stellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union als "Herren der Verträge", in: Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt, 1995, 1161 ff.

¹⁶ Vgl. auch C. Möllers, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: A v. Bogdandy/J. Bast (Anm. 10), 227, 240 ff., 255 ff.

¹⁷ Vgl. etwa J. Habermas, Zur Verfassung Europas, 2011, 39 ff.

tion, sondern ein eigenwilliges Zwischengebilde.¹⁸ Letztlich sind es doch immer noch die mitgliedstaatlichen Regierungen, die Vertragsänderungen aushandeln, und die mitgliedstaatlichen Parlamente, die über ihre Ratifikation bestimmen. Doch zugleich vermögen noch so kunst- und trickreiche Absprachen in Hinterzimmern nicht mehr, das Tempo wie die Richtung der Änderung der “Europäischen Verfassung” vorzugeben. Der Versuch eines “constitutional moment” im *Ackerman’schen* Sinne,¹⁹ der mit der Selbstermächtigung des Parlaments einherging, über die Wahlen zum Europäischen Parlament implizit die Entscheidung über den Kommissionspräsidenten mit zu treffen, unter Überspielung der mitgliedstaatlichen Regierungen im Europäischen Rat, ist sinnfälliger Ausdruck dieser Tendenz.²⁰

Die Europäische Union bleibt also ein auf einem völkerrechtlichen Vertrag basierender “Staatenverbund”, doch zugleich nähert sie sich in ihrer Verfassungspraxis immer stärker dem Bild eines klassischen Bundesstaates an.²¹ Es ist immer wieder versucht worden, diesen Befund unter Rückgriff auf Souveränitätsvorbehalte²² oder apriorische Konstruktionen einer – klar der nationalstaatlichen Ebene zugeordneten – “Kompetenz-Kompetenz”²³ zu überspielen. Doch Postulate einer scheinbar unabänderlich eingeschriebenen “Souveränität” oder einer (intuitiv immer beim Nationalstaat verorteten) “Kompetenz-Kompetenz” helfen uns ersichtlich nicht mehr weiter – wenn sie denn jemals hilfreich waren.²⁴ Schon für das Kaiserreich war die “Kompetenz-Kompetenz” des Bundes eher Wunschdenken einiger unitarisch orientierter Demokraten als Abbild der “bündischen” Realität des *Bismarck’schen* “Fürstenbundes”.²⁵ Auch für den Bundesstaat des Grundgesetzes hilft sie nicht wirklich weiter – das Bundesstaatsprinzip steht unter der Gewährleistung des Art. 79 Abs. 3 Grundgesetz (GG), und im Verfahren der systemimmanenten Verfassungsänderung bedarf es der Zustimmung

¹⁸ Vgl. hierzu S. Oeter, *Europäischer Föderalismus-Streit: Eine Unionsverfassung jenseits von Bundesstaat und Staatenbund?*, in: C. Joerges/M. Mahlmann/U. K. Preuß (Hrsg.), *“Schmerzliche Erfahrungen der Vergangenheit” und der Prozess der Konstitutionalisierung Europas*, 2008, 185 ff.

¹⁹ Vgl. zu diesem Paradigma jüngst M. Kotzur, *“Constitutional Moments” in globaler Perspektive*, JöR 62 (2014), 445 ff.

²⁰ Vgl. als kritische Perspektive auf diesen Vorgang C. Joerges/E. Rödl, *EU-Kommissionspräsident: wen und was wollten wir eigentlich wählen?*, *Verfassungsblog* 2014/7/03, abrufbar unter: <<http://www.verfassungsblog.de>>.

²¹ Vgl. auch S. Oeter (Anm. 12), 420 ff.

²² Vgl. nur BVerfG, Urteil v. 30.6. 2009 – 2 BvE 2/08 u. a. (*Lissabon*), Rn. 248 ff.

²³ Vgl. etwa BVerfG, Urteil v. 30.6. 2009 – 2 BvE 2/08 u. a. (*Lissabon*), Rn. 233.

²⁴ Vgl. in diesem Sinne auch schon S. Oeter (Anm. 5), 659, 664 ff., insbes. 676 ff.

²⁵ Vgl. dazu C. Schönberger (Anm. 7), 81, 105 ff.

des überwiegenden Teils der Länder.²⁶ Selbst für den klassischen Bundesstaat stellt sich der Sitz der Entscheidungsgewalt, im Sinne einer Letztentscheidung, also als im Kern ungeklärt heraus.²⁷ Das föderale System ist ein “living instrument”, ein sich permanent veränderndes Gefüge des arbeitsteiligen Zusammenwirkens mehrerer Ebenen von Staatlichkeit, das auf die stete Suche nach Konsens angewiesen ist – und das sich im Finden von Kompromissen und Konsensen stetig fortentwickelt.²⁸ Hierin ähneln sich wiederum der Bundesstaat des Grundgesetzes und die Europäische Union zutiefst. Entschieden wird nicht in der “Einsamkeit des Souveräns”, in Form einer “Letztentscheidung”, sondern in der Betriebsamkeit der nie ruhenden Verhandlungsmaschinerie auf der Suche nach Kompromissen.

III. Konstruktion und Praxis – Zur (beinahe) bundesstaatlichen Praxis des Staatenverbunds

Das Gefüge eines immerwährenden Verhandlungssystems, mit den immanenten Kräfteverschiebungen, die es innerlich kennzeichnen, führt auf Wege, die so niemand vorgedacht hat und die sich – in aller Pfadabhängigkeit – im Zusammenwirken der Akteure eher “ereignen”, denn dass sie im Sinne eines “grand design” entschieden würden.²⁹ Ein Blick auf die gegenwärtige institutionelle Dilemmasituation der EU könnte dies sehr plastisch verdeutlichen – allerdings kann dieser Blick aus Platzgründen hier nur sehr kursorisch ausfallen, wenn auch die Vergegenwärtigung der verfahrenen, da gegenläufigen institutionellen Dynamiken, die sich zunehmend wechselseitig zu blockieren scheinen, für das Verständnis des Kompromisscharakters der EU-Verfassung lehrreich wäre. Die Tendenz zu einer immer weiter gehenden Parlamentarisierung einerseits, mit der sukzessiven Aufwertung des Europäischen Parlaments (EP) zu einem “ordentlichen” parlamentarischen Gesetzgeber auf europäischer Ebene, scheint völlig konträr zur gleichzeitigen Tendenz der Ausbildung immer neuer inter-gouvernementaler Neben- und Surrogatverfassungen, man denke nur an die Eurogruppe und das Institutionengeflecht, das sich im Kontext der Bewältigung der Finanzkrise ent-

²⁶ Vgl. nur *K.-E. Hain*, Art. 79 Rn. 26, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2010.

²⁷ Vgl. hierzu eingehend *S. Oeter* (Anm. 6), 390 ff.

²⁸ Vgl. insoweit *T. O. Hueglin/A. Fenna*, *Comparative Federalism*, 2006, 48 ff.

²⁹ Vgl. nur *N. Walker*, *Surface and Depth: The EU’s Resilient Sovereignty Question*, in: J. Neyer/A. Wiener (Hrsg.), *Political Theory of the European Union*, 2011, 91 ff.

wickelt hat.³⁰ Bei allem Gewinn an gesetzgeberischer Mitsprache bildet das Parlament immer mehr Züge einer gewaltenteiligen, rein kontrollierenden Volksvertretung aus,³¹ während proaktive Politikgestaltung durch ein (von Sektor zu Sektor unterschiedlich ausbalanciertes) Duopol von Kommission und Rat wahrgenommen wird.³² Das (letztlich inter-gouvernemental konstruierte) Organ des Europäischen Rates schreibt sich Leitentscheidungsbeugnisse einer Richtungsweisung für die Entwicklung der europäischen Politik zu,³³ während zugleich die Kommission – unter dem Blickwinkel einer gestärkten demokratischen Legitimation in der Wahl durch das Parlament – eine dezidiert politische Rolle in Anspruch nimmt.³⁴ Immer mehr Koordinierungsfunktionen an der (transnationalen) Schnittstelle der nationalen Verwaltungen werden in Europäische Agenturen ausgelagert, die sich aber zugleich erfolgreich der parlamentarischen Kontrolle des EP entziehen.³⁵ Die Liste der Friktionen und gegenläufigen Entwicklungstendenzen könnte nahezu endlos fortgesetzt werden – aber der Anschaulichkeit halber sei es bei der vorstehenden Aufzählung belassen.

“Exekutivföderalismus” und parteienstaatlicher Parlamentarismus verschleifen sich mehr und mehr miteinander, ohne dass wir noch so genau angeben könnten, was von beiden eigentlich als primär zu denken ist. Der parteienstaatliche Parlamentarismus sieht die nationalen Regierungen (und deren parlamentarische Kontrolle im Blick auf das Handeln im Rat) als zentralen Garanten der (zu sichernden) Mitgestaltung europäischer Politik durch die nationalen Parlamente an.³⁶ Zugleich verdichten sich aber die Netzwerke parteienstaatlicher Solidarität auf europäischer Ebene, in der ausgeprägten Rolle der (Partei-)Fraktionen im Europäischen Parlament bei der Aggregation von Interessen, aber auch in der verdichteten Kooperation

³⁰ Vgl. etwa *F. Scharpf*, Die Finanzkrise als Krise der ökonomischen und rechtlichen Überintegration, in: C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer (Hrsg.), Grenzen der europäischen Integration, 2014, 51 ff.

³¹ Vgl. eingehend *P. Dann*, Die politischen Organe, in: A v. Bogdandy/J. Bast (Anm. 10), 335, 358 ff.

³² *P. Dann* (Anm. 31), 346 ff., 363 ff.

³³ Vgl. nur *F. Eggermont*, The Changing Role of the European Council in the Institutional Framework of the European Union, 2012.

³⁴ Vgl. hierzu *T. Hustedt/A. Wonka/M. Blauburger/A. E. Töller/R. Reiter*, Verwaltungsstrukturen in der Europäischen Union. Kommission, Komitologie, Agenturen und Verwaltungsnetzwerke, 2014, 97 ff.

³⁵ Vgl. *W. Weiß*, Der Europäische Verwaltungsverbund – Grundfragen, Kennzeichen, Herausforderungen, 2010, 87 ff., 96 ff. und *T. Hustedt/A. Wonka/M. Blauburger/A. E. Töller/R. Reiter* (Anm. 34), 143 ff.

³⁶ Vgl. auch *C. Franzius*, Recht und Politik in der transnationalen Konstellation, 2014, 197 ff.

der Regierungen gleicher politischer Couleur auf europäischer Ebene.³⁷ Damit einher aber geht ein ungehemmter “Exekutivföderalismus”, der sich ungeniert jeglicher parlamentarischer Kontrolle entzieht und fröhlich Praktiken der “organisierten Verantwortungslosigkeit” entwickelt.³⁸

Diese Befunde relativieren doch sehr den Blick auf die konstruktiven Differenzen zwischen (staatsrechtlich fundiertem, direkt auf eine eigenständige Volkssouveränität zurückgeführtem) Bundesstaat und (inter-gouvernemental, im Wege des völkerrechtlichen Vertrages begründetem) “Staatenverbund”. Vielleicht ist es gar nicht so sehr das konstruktive Fundament, staatsrechtliche oder völkerrechtliche Staatenverbindung, das die verschiedenen Formen föderaler Verbundstaatlichkeit im Kern wirklich unterscheidet. Vielleicht sind es vielmehr bestimmte Aufgaben- und Schwerpunktzuweisungen, die den zentralen Unterschied ausmachen, in Zusammenwirken mit der institutionellen Dynamik der (häufig ja durchaus gegenläufige Entwicklungen nehmenden) institutionellen Arrangements der jeweiligen Organstrukturen. Ein formal auf der Anrufung der Volkssouveränität basierender, aber in seiner institutionellen Struktur weitgehend gelähmter “Bundesstaat” wird unweigerlich in ein reines Verhandlungssystem abgleiten, mit all den Gefahren des exzessiven Auspielens von Vetopositionen, die solchen Systemen innewohnen. Eine formal als völkerrechtliche Staatenverbindung gegründete Föderation mit effektiven Institutionen auf Grundlage des Mehrheitsprinzips wird – je nach Kompetenzlage – dagegen unweigerlich Züge eines stark integrierten, im *modus operandi* “föederal” agierenden “Bundes” annehmen, unabhängig aller konstruktiven Grundlegungen als “Staatenverbund”.³⁹

Eine schwer zu unterschätzende Rolle spielt dabei zum einen die Kompetenz für die auswärtigen Beziehungen.⁴⁰ Selbst mit einer expliziten Verfassungsurkunde wäre die EU in ihrer merkwürdigen Zwischenlage zwischen Föderalstaat und “Staatenverbund” verblieben, solange das Schwergewicht der auswärtigen Beziehungen (und der Völkerrechtspraxis) weiter bei den Mitgliedstaaten läge. Allen Restbeständen staatenbündischer Elemente zum Trotz, das Deutsche Reich von 1871 war aus Sicht der Drittstaaten ein Bun-

³⁷ Vgl. nur *M. P. C. M. van Schendelen*, Politische Parteien und Interessengruppen auf der nationalen Ebene und in der EU, ZParl 45 (2014), 3, 669 ff., ferner *S. Zotti*, Politische Parteien auf europäischer Ebene, 2010, 26 ff.

³⁸ Vgl. auch *C. Franzius* (Anm. 36), 84 ff., 139 ff.

³⁹ Vgl. auch schon *S. Oeter* (Anm. 12), 420 ff.

⁴⁰ Vgl. nur *P. Koutrakos*, Legal Basis and Delimitation of Competence in EU External Relations, in: *M. Cremona/B. de Witte* (Hrsg.), *EU Foreign Relations Law*, Oxford 2008, 171 ff., ferner *P.J. Kuijper, J. Wouters, F. Hoffmeister et al.*, *The Law of EU External Relations*, Oxford 2013, 23 ff.

desstaat, weil es (bis auf die Reservatrechte Bayerns und Württembergs) gelungen war, die auswärtigen Beziehungen bei der Reichsleitung bzw. beim Auswärtigen Amt zu monopolisieren.⁴¹ Umgekehrt wissen die Mitgliedstaaten der EU genau, warum sie den Gedanken einer vollen Vergemeinschaftung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) nur mit spitzen Fingern anfassen – die Zentralisierung der auswärtigen Gewalt bei der Union würde die Mitgliedstaaten völkerrechtlich endgültig mediatisieren und auf eine mehr als beschränkte, “partielle” Völkerrechtssubjektivität im Stil der deutschen Länder zurückwerfen.⁴² Ob die Mitgliedstaaten in einem derartigen Gefüge voll vergemeinschafteter Außen- und Sicherheitspolitik noch “souveräne” Staaten im Sinne des Völkerrechts wären, also “originäre” Völkerrechtssubjekte, oder nicht vielmehr eher gliedstaatliche Körperschaften mit nurmehr “beschränkter” Völkerrechtssubjektivität, nach Maßgabe der internen Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten, wäre dann mehr als zweifelhaft – ebenso wie die Frage, ob aus der Sicht der anderen Staaten in der Folge nicht die Europäische Union als der (völkerrechtlich primäre) “Oberstaat” wahrgenommen würde, völlig unabhängig von der formalen Grundkonstruktion als “Bund” oder “Staatenverbund”. Tendenziell wären die Mitgliedstaaten in einer solchen Konstruktion der voll integrierten “Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik” völkerrechtlich in die zweite Linie verbannt. Was unter diesen Umständen vom ständigen Sitz des Vereinigten Königreichs und Frankreichs im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen bliebe, braucht man sich nicht auszumalen – das Einrücken der EU in einen neuen (gemeinsamen) Sitz als ständiges Sicherheitsratsmitglied wäre vorprogrammiert, mit allen Folgeproblemen der Änderung der Charta der Vereinten Nationen im Gefolge.

Ähnliches gilt für alle Projekte einer gemeinsamen Sicherheitspolitik.⁴³ Schon ein integriertes Kontingentsheer, wie es das Kaiserreich kannte,⁴⁴ würde den größeren Mitgliedstaaten, die sich partiell immer noch als Großmächte fühlen, das zentrale Instrument unilateraler Machtprojektion nehmen. So etwas wie der Falkland-Krieg oder die Intervention in Mali wären dann rein praktisch nicht mehr möglich. Für die Mehrzahl der kleineren und mittleren Staaten in der EU ist das wohl kein wirkliches Schreckgespenst – sie könnten von einer institutionalisierten Arbeitsteiligkeit nur pro-

⁴¹ Vgl. hierzu *E. R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 3: Bismarck und das Reich, 3. Aufl. 1988, 930 ff.

⁴² Vgl. auch *D. Thym*, Auswärtige Gewalt, in: A v. Bogdandy/J. Bast (Anm. 10), 441 ff.

⁴³ Vgl. nur *M. Webber*, The Common Security and Defence Policy in a Multilateral World, in: P. Koutrakos (Hrsg.), *European Foreign Policy: Legal and Political Perspectives*, 2011, 205 ff.

⁴⁴ Vgl. hierzu *E. R. Huber* (Anm. 41), 992 ff.

fitieren. Unilateral handlungsfähig als militärische Akteure sind sie sowieso nicht (mehr). Im Kern gilt dies mittlerweile selbst für die Bundesrepublik, die durch ihren hohen Grad an Integration in multinationale Strukturen seit der Wiederbewaffnung der Fünfziger Jahre nie eine eigenständig handlungsfähige Militärmacht dargestellt hat.⁴⁵ In einem gewissen Kontrast zu dieser Grundlage steht allerdings die (mitunter nahezu autistische) Selbstbezüglichkeit deutscher Sicherheitspolitik. Von einem gesteigerten Bewusstsein seiner Verantwortung als zentraler Pfeiler gemeinsamer europäischer Sicherheitspolitik ist die Bundesrepublik bis heute noch weit entfernt – mit entsprechend problematischen Rückwirkungen auf die Bemühungen um weitere Integration militärischer Strukturen.⁴⁶ Was sollte unsere Partnerstaaten in der EU veranlassen, sich auf den zentralen deutschen Beitrag zu gemeinsamen Strukturen der Sicherheitswahrung zu verlassen, wenn deutsche (Innen-)Politik sich das Recht vorbehält, rein am Maßstab interner Befindlichkeiten über den Einsatz deutscher Militärkapazitäten zu entscheiden, und seien diese auch zentrale Grundkomponenten integrierter Militärstrukturen (wie etwa beim deutschen Personal der Airborne Warning and Control System [AWACS]-Flugzeuge).⁴⁷ Man muss ehrlicherweise zugeben, dass Deutschland mit seiner habituellen Zögerlichkeit in puncto Militäreinsätzen, die sich mitunter in einer gewissen Unkalkulierbarkeit als Partner niederschlägt, bislang keine große Hilfe bei der – eigentlich nötigen – Integration der militärischen Strukturen gebildet hat.

Ein ganz besonders ausschlaggebender Faktor für das Funktionieren eines jeden “bündischen” Systems ist schließlich die Finanzverfassung. Das Deutsche Reich von 1871 konnte so lange kaum politisches wie administratives Eigengewicht erlangen, wie es von den Matrikularbeiträgen der Länder lebte (und dabei von den Ländern bewusst knapp gehalten wurde).⁴⁸ Vergleichbar ist bis heute die Situation der EU.⁴⁹ Zwar verfügt diese in vielen Budgetlinien über beeindruckende Finanzkraft im Detail – doch in einer volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung ist der Anteil der EU eher marginal. Die zentralen Blöcke der Staatsausgaben werden nach wie vor von den Mitgliedstaaten verwaltet und verteilt – von der äußeren und inneren Sicherheit über Bildung, Gesundheit und Verkehrsinfrastruktur bis zu den Systemen

⁴⁵ Vgl. insoweit S. Oeter, Systeme kollektiver Sicherheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI: Internationale Bezüge, 3. Aufl. 2013, 619, 637 ff.

⁴⁶ S. Oeter (Anm. 45), 639 f.

⁴⁷ Vgl. hierzu etwa M. Ladiges, AWACS-Aufklärung unter Parlamentsvorbehalt, RUP 45 (2009), 29 ff.

⁴⁸ Vgl. hierzu E. R. Huber (Anm. 41), 945 ff.

⁴⁹ Vgl. M. Nettesheim, Finanzordnung, in: T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim, Europarecht, 6. Aufl. 2014, 85 ff.

sozialstaatlicher Umverteilung. Diese Liste der bis heute den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Kernaufgaben moderner Staatlichkeit ist nicht ganz zufällig zugleich die Liste der Aufgaben mit besonders hohen Finanzbedarfen. Man könnte etwas plakativ auch formulieren: Alles was wirklich viel Geld kostet, behalten sich bis heute die Mitgliedstaaten vor; nur die Spielwiesen der "freiwilligen" Aufgaben, die man besser oder schlechter ausstatten kann, ohne dass davon fatale Wirkungen für das Gesamtgefüge ausgingen, die überlässt man großzügig der Union. Von einer "Attraktionskraft der zentralen Haushalte"⁵⁰ kann damit bis heute im Kontext der EU keine Rede sein. Und rein politisch wird man auch kaum die Annahme als gewagt bezeichnen können, dass die Mitgliedstaaten die Kompetenz für die sozialen Transfersysteme mit Zähnen und Klauen verteidigen dürften – hier geht es schließlich um die zentralen Mechanismen der Verteilung sozialer Wohltaten, mit denen sich der moderne Wohlfahrtsstaat die Zustimmung seiner Bürger erkaufte. In der Folge darf man sich dann auch nicht wundern, dass aus Sicht der Bürger die zentrale Ebene von Staatlichkeit weiter der jeweilige Nationalstaat ist. Hier wird das Steuergeld der Bürger verwaltet, über die zentralen sozialstaatlichen Wohltaten entschieden, die Budgets für Verkehrsinfrastruktur, Streitkräfte, Gesundheit und Bildung gestaltet – und dies im Übrigen selbst in Föderalstaaten wie Deutschland, sehr zum Leidwesen der Länder. Mit innerer Sicherheit und Bildung haben die Länder zwar immer noch zentrale staatliche Tätigkeitsfelder in der politischen Eigengestaltung – doch im Verhältnis zum Wahlbürger erscheint das meist eher als Schlachtfeld politischer Konflikte denn als Ausdruck positiver Gestaltungsmacht. Die Attraktionskraft des zentralen Budgets liegt im deutschen Bundesstaat bei der Zentralebene des Bundes⁵¹ – und daran wird sich auf absehbare Zeit kaum etwas ändern lassen. Kostenträchtige Aufgaben wälzt der Bund gerne auf die Länder ab (und würde er – wenn es ginge – auch gerne nach Brüssel verschieben). Die korrespondierenden Einnahmeposten aber behält er lieber selbst – man denke nur an das plastische Beispiel der gegenwärtigen Diskussion über die Zukunft des Solidaritätszuschlags.⁵²

Wir könnten wahrscheinlich sogar die "Vereinigten Staaten von Europa" gründen, in der konstruktiven Gestalt eines Bundesstaates – solange die Finanzverfassung die europäische Ebene als Kostgänger in Abhängigkeit von

⁵⁰ Vgl. W. Eggert, Popitzsches Gesetz, in: Gabler Wirtschaftslexikon, abrufbar unter: <<http://wirtschaftslexikon.gabler.de>>.

⁵¹ Vgl. nur S. Oeter (Anm. 6), 507 ff.; vgl. ferner C. Waldhoff, Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl. 2007, 813 ff.

⁵² Vgl. etwa Spiegel Online v. 11.12.2014, Solidaritätszuschlag: Bund und Länder wollen Soli über 2019 hinaus kassieren, abrufbar unter: <<http://www.spiegel.de>>.

den Mitgliedstaaten beließe, würde sich wahrscheinlich an der Wahrnehmung der Bürger im Blick auf die relative Bedeutung der politischen Ebenen für ihr Leben kaum etwas ändern. Von besonderer Evidenz ist dies im Blick auf die wohlfahrtsstaatlichen Transfersysteme von Rentenversicherung, Gesundheitsversorgung, Arbeitslosigkeitssicherung und Sozialhilfe.⁵³ Dies sind – neben der Außenpolitik – die Domänen, die die Mitgliedstaaten auf lange Sicht mit Ingrimm verteidigen werden, geht es doch bei diesen Materien um den Kern ihrer Wahrnehmbarkeit als zentrale Ebene politischer Gestaltung. Würden hier die Dämme fallen und Befugnisse auf die europäische Ebene verschoben, wäre – so die hier vertretene These – der Bund im deutschen Kontext schnell überflüssig. Der Rest ließe sich auf die Länder rückverlagern oder in einer staatsvertraglichen Zweckverbandskonstruktion (wie im Rundfunkwesen) gemeinsam erledigen – eine für Bundespolitiker wenig ersprießliche Perspektive.

IV. Konsequenzen der Bundeskonstruktion – Formen der Verfassungsgebung und deren Pfadabhängigkeiten

Führt man sich diese Befunde eindringlich vor Augen, so beschleicht einen der Verdacht, der konstruktive Unterschied zwischen “Bundesstaat” und “Staatenverbund” werde völlig überzeichnet in der Rechtswissenschaft. Doch wäre diese Schlussfolgerung nur die halbe Wahrheit. Radikalisiert man die Einsichten aus dem Gedankenspiel des vorausgehenden Abschnittes, so landet man tendenziell in einer perspektivischen Verzerrung. Hier ist eine Korrektur nötig, denn so ganz stimmt das Bild der Irrelevanz der konstruktiven Grundarchitekturen nicht. Die legitimatorische Grundkonstruktion – ob “Verfassung” auf der Basis einer allseits geteilten “Volkssouveränität”, oder ob “bündisch”, durch Zusammenschluss vorhandener Staaten begründeter “Staatenverbund” – hat im Ansatz tiefreichende Auswirkungen auf die denkbaren Veränderungspfade und Gestaltungsoptionen der jeweiligen Ordnung. Die Grundkonstruktion bestimmt letzten Endes zentral über die Gestaltungsoptionen, die den politischen Akteuren in der dynamischen Umgestaltung der Verfassungsurkunde an die Hand gegeben sind. Verfassungsänderungen im deutschen Bundesstaatssystem etwa gelten im Ver-

⁵³ Vgl. zur Konstruktion der Systeme der Sozialversicherung *D. Felix*, Sozialversicherung, in: H. Kube/R. Mellinshoff/G. Morgenthaler/U. Palm/T. Puhl/C. Seiler (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts*, Bd. II, 2013, 1539 ff.

gleich als relativ leicht.⁵⁴ Natürlich, man braucht – in Form der doppelten Zweidrittelmehrheit – den Konsens der relevanten Systemparteien, aber der ist im Zweifel bei entsprechendem Leidensdruck durchaus zu erzielen, man denke nur an die gegenwärtigen Bemühungen um Lockerung des Trennsystems im Wissenschaftsbereich, also die geplante Änderung des Art. 91a GG.⁵⁵ Die Europäische Union schien sich lange in einem ähnlichen Orbit der Änderungsdynamik der Normtexte des Primärrechts zu befinden. Man muss nur eine Liste von Ortsnamen herunterbeten – Maastricht, Amsterdam, Nizza, Lissabon – um sich der Serie von Totalrevisionen der Verträge während der letzten gut zwanzig Jahre zu erinnern, von den Detailretuschen anlässlich der verschiedenen Beitrittsverträge gar nicht zu sprechen.⁵⁶ Doch es scheint, als sei all das eher Ausfluss einer bestimmten politischen Konstellation als Resultat struktureller Rahmenbedingungen gewesen. Im Blick auf ihre Verfassungsurkunde, das Primärrecht der Verträge, nähert die Union sich mehr und mehr einem Zustand weitgehender “Versteinerung”.⁵⁷ Der Ruf nach Vertragsänderungen ist schal geworden, nötigt dem Betrachter zunehmend ein höhnisches Lachen ab – wir können uns den nötigen Konsens über die Zielrichtung solcher Änderungen kaum mehr vorstellen, von den technischen Unfallrisiken des Vertragsänderungsverfahrens mit seinen Bedarfen an verfassungsändernden Mehrheiten (oder gar Referenden) auf nationaler Ebene ganz zu schweigen.⁵⁸ Darin muss man nicht unbedingt eine Schwächung der Union erblicken – die “Fahrradmetapher” war im Kern wohl nie zutreffend.

Doch man muss sich der Konsequenzen klar sein. Die Verträge als Verfassungsurkunde der Europäischen Union werden sich mehr und mehr als kaum noch änderbar erweisen. Die EU nähert sich damit dem Zustand an, der die Statik der Verfassungsurkunde der USA bestimmt.⁵⁹ Das hat gravie-

⁵⁴ Vgl. etwa *J. Kramer*, Germany: Overlapping Powers and Political Entanglements, in: R. Blindenbacher (Hrsg.), *Dialogues on Constitutional Origins, Structure and Change in Federal Countries*, 2005, 19 ff.

⁵⁵ Vgl. zum Hintergrund dieser Debatte *J. Hellermann*, Kooperativer Föderalismus in Gestalt der Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91a ff. des Grundgesetzes, in: I. Härtel (Hrsg.), *Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt*, Bd. II: Probleme, Reformen, Perspektiven des deutschen Föderalismus, 2012, 339 ff.

⁵⁶ Vgl. zur komplexen Geschichte der Vertragsänderungen *T. Oppermann*, Die Europäische Union seit Maastricht, in: T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim (Anm. 49), 13 ff.

⁵⁷ Vgl. insoweit *L. Tsoukalis*, We Need a New Grand Bargain in Europe, *Zeitschrift für internationale Beziehungen* 20 (2013), 125 ff.

⁵⁸ Vgl. etwa *D. Dinan*, Governance and Institutions: Implementing the Lisbon Treaty in the Shadow of the Euro Crisis, *J. Common Mkt. Stud.* 49 (2011), 95 ff.

⁵⁹ Vgl. zur Statik der US-Verfassung (und ihrem impliziten Wandel durch Änderung der Verfassungsinterpretation) *B. A. Ackerman*, *We the People*, Vol. 2: Transformations, 1998.

rende Konsequenzen. Wie oben schon erwähnt, sind föderale Systeme Dauerbaustellen eines immer neuen, nachgerade experimentellen Charakter tragenden Austarierens der Balance verschiedener Ebenen von Staatlichkeit. Man kann diese Dynamik immer neu notwendigen Austarierens durch immer neue Änderungen der Verfassungsurkunde steuern – wenn das Experiment mit dem radikalen Kooperationsverbot zwischen Bund und Ländern, das im Gefolge der Föderalismusreform II in das Grundgesetz gekommen war,⁶⁰ sich in den Auswirkungen als kaum haltbar erweist, dann geht man eben beherzten Schrittes wieder in die Mischverwaltung zurück und ratifiziert das durch eine Verfassungsänderung.

Steht dieser Weg – wie in den USA und wohl in Zukunft auch in der EU – nicht ernsthaft zur Verfügung, dann bleibt nur der Weg über den immanenten “Verfassungswandel”.⁶¹ *Bruce Ackerman’s* “constitutional moments” symbolisieren diesen Weg.⁶² In historischen Krisensituationen wird dann einfach das geteilte Grundverständnis der Verfassung geändert. Das wird zuweilen hoch konfliktiv sein – doch wenn die überwiegende Mehrheit der politischen Kräfte (und letztlich über Wahlen auch das Volk) diesen Gestaltwandel akzeptieren, ist ihm kaum etwas entgegen zu setzen. Wahrscheinlich wird dies im weiteren Verlauf auch der Pfad sein, auf dem sich die europäische Verfassung – in Anpassung an die sich ändernden Notwendigkeiten – dynamisch fortentwickelt. Das Potenzial dazu enthält sie durchaus, jedenfalls für längere Zeit. Man kann schwerlich behaupten, das normative Potenzial des Lissaboner Vertrages sei auch nur in Ansätzen wirklich ausgeschöpft.⁶³ Im Gegenteil: Selbst im Normalzustand bedürfte es langer Zeit, um die Möglichkeiten, Programmvorgaben und Regelungsaufträge der Verträge in die technischen Details von Sekundärrecht und in die Mühen operativer Politik umzusetzen. Die Arrondierung der Unionskompetenzen, die mit dem Lissabon-Vertrag verbunden war,⁶⁴ ist ja in weiten Teilen bis heute noch ein kaum eingelöstes Programm, was die Ausfüllung dieser neuen Kompetenzen in Kategorien operativer Politik (und entsprechenden Sekun-

⁶⁰ Vgl. *M. Seckelmann*, Das sog. “Kooperationsverbot” und die Mittel zu seiner Behebung: Sollen Art. 91b bzw. 104b GG modifiziert werden?, DÖV 65 (2012), 701 ff.

⁶¹ Vgl. *B.A. Ackerman*, The Living Constitution, Harv. L. Rev. 120 (2007), 1737 ff.

⁶² Vgl. als kritische Auseinandersetzung mit *Bruce Ackerman W. D. Burnham*, Constitutional Moments and Punctuated Equilibria. A Political Scientist Confronts Bruce Ackerman’s We the People, The Yale L.J. 108 (1999), 2237 ff.

⁶³ Vgl. zum Potenzial des Lissabon-Vertrages etwa *J. Schwarze*, Der Reformvertrag von Lissabon – Wesentliche Elemente des Reformvertrages, in: *J. Schwarze/A. Hatje* (Hrsg.), Der Reformvertrag von Lissabon, EuR Beiheft 1/2009, 9 ff.

⁶⁴ Vgl. auch *H.-P. Folz*, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, in: *U. Fastenrath/C. Nowak* (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag, 2009, 65 ff.

därrechts) betrifft. Man denke etwa an die weit reichende Kompetenzverlagerung im Bereich des Investitionsschutzes, von der die Union bislang noch nicht einmal in Ansätzen Gebrauch gemacht hat.⁶⁵ Gleiches gilt für die Kompetenzen im Bereich der inneren Sicherheit⁶⁶ oder die Förderkompetenz im Bereich des Schul- und Bildungswesens.⁶⁷

In Krisenzeiten mag das mitunter in bestimmten Bereichen mit besonderem Problemdruck etwas schneller gehen – aber dann unter Konzentration auf besonders heikle Teilbereiche. Eine solchermaßen “schubartige”, recht plötzlich mit großer Radikalität vorangetriebene Kompetenzverschiebung zugunsten der Strukturen gemeinsamer Aufgabenwahrnehmung konnten wir in den letzten Jahren im Blick auf die institutionelle Unterfütterung der Währungsunion erleben,⁶⁸ oder etwa auch in der plötzlich massiv forcierten Europäisierung der Bankenregulierung.⁶⁹

V. Die Offenheit der Europäischen Verfassung – Kompetenzkataloge und deren Ausfüllung durch die Gemeinschaft der Norminterpreten

Mustert man die Verträge aufmerksam durch, so fällt der potenziell enorm weite Spielraum auf, der sich der Politik in der Ausfüllung dieser Normtexte auftut – und zwar im Blick auf Normtexte, denen man ohne große Verrenkungen Verfassungscharakter zuschreiben kann. Die Bestimmungen über das Außenhandeln der Union würden eine integrierte europäische Außenpolitik unter weitgehender faktischer Mediatisierung der Mitgliedstaaten durchaus zulassen, würde man sich auf der ersten Stufe des Europäischen Rates auf entsprechende programmatische Aufträge an Rat und

⁶⁵ Vgl. hierzu nur *M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hindelang* (Hrsg.), *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht*, 2010.

⁶⁶ Vgl. *P.-C. Müller-Graff*, *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in der Lissabonner Reform*, in: *J. Schwarze/A. Hatje* (Anm. 63), 129 ff., ferner *B. Schöndorf-Haubold*, *Europäisches Sicherheitsverwaltungsrecht*, in: *J. P. Terhechte* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2011, 1211, 1223 ff.

⁶⁷ Vgl. hierzu nur *C. D. Classen*, *Forschung, Bildung, Kultur und Rundfunk: Zur Europäisierung des Kulturverwaltungsrechts*, in: *T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim* (Anm. 49), 554 ff.

⁶⁸ Vgl. *S. Koriath*, *Das Rechtsregime für die Unterstützung notleidender Staaten des Euro-Raums – Analyse nach Maßgabe des nationalen und des Unionsrechts*, in: *E. Pache* (Hrsg.), *Grundlagen, aktuelle Entwicklungen und Perspektiven der Europäischen Währungsunion*, 2012, 61 ff.

⁶⁹ Vgl. etwa *C. Waldhoff/P. Dieterich*, *Einführung einer gemeinsamen Bankenaufsicht auf EU-Ebene, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 24* (2013), 72 ff.

Kommission verständigen⁷⁰ – man müsste es denn kollektiv nur wollen (was bislang in politischer Hinsicht eher unwahrscheinlich ist). Gleiches gilt für die Sicherheitspolitik, in der (zumindest für die kleineren Mitgliedstaaten der EU) ein enormer Problemdruck besteht, denn eigenständige Sicherheitsgewährleistung unter Vorhalten des ganzen Portfolios militärischer Fähigkeiten ist für kleinere, ja selbst mittelgroße Staaten heute kaum noch ernsthaft zu leisten. Der Druck hin auf den Ausbau gemeinsamer Strukturen einer integrierten militärischen Kernkapazität, im Sinne eines “Pooling” zentraler, aber technisch aufwendiger und teurerer Fähigkeiten – wie Satellitenaufklärung, Luftraumüberwachung, Lufttransportkapazität, satellitengestützte Datenübertragung und Navigation, Seeüberwachung – ist heute schon enorm und wird immer weiter steigen.⁷¹ Der rechtliche Rahmen der GASP, konkret: der gemeinsamen Verteidigungspolitik, würde das Verfolgen derartiger “Vergemeinschaftungs”lösungen durchaus erlauben, wenn auch um den Preis recht schwerfälliger Konsensbildungsprozeduren. Ähnliche Aussagen ließen sich denn für den Bereich der inneren Sicherheit treffen,⁷² für den Ausbau der wohlfahrtsstaatlichen Transfermechanismen über die Grenzen der einzelnen, nationalen Wohlfahrtsstaaten hinweg,⁷³ von den Kernbereichen der Wirtschafts- und Währungspolitik ganz zu schweigen.⁷⁴ Mit anderen Worten: Mit der gegenwärtigen Verfassung der EU, in der Gestalt des Lissabon-Vertrages, wäre ein (vom Operationsmodus her) “echter Bundesstaat” durchaus zu machen – man müsste ihn nur politisch wollen.

Die eigentliche Frage, die sich der europäischen Politik, aber auch dem Wahlvolk (bzw. den jeweiligen Völkern im immer noch primär national legitimierten Politikgefüge des “Staatenverbunds”) stellt, ist die nach der geteilten Vision vom anzustrebenden Grad der “Vergemeinschaftung”. Sollen wir wirklich “Wollen”? Das ist nicht so einfach zu beantworten. Die (scheinbar einfachen) Lösungen der Euroskeptiker – Renationalisierung, in radikaler Konsequenz gar Auflösung der Union – wären mit Sicherheit Irrwege; man muss dafür nur einmal die von Besorgnis erfüllten Studien britischer Wirtschaftsverbände zu den Konsequenzen des gefürchteten “Brexit”

⁷⁰ Vgl. zu den kompetenziellen Möglichkeiten S. Oeter, Art. 22 UU Rn. 4 ff., 11 ff. 15 ff., in: H.-J. Blanke/S. Mangiameli (Hrsg.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, 2013.

⁷¹ Vgl. hierzu etwa A. Jonas/N. von Ondarza, *Chancen und Hindernisse für die europäische Streitkräfteintegration*, 2010.

⁷² Vgl. hierzu nur P.C. Müller-Graff (Anm. 66), 105 ff.

⁷³ Vgl. nur H.-D. Steinmeyer, *Sozialrecht*, in: R. Schulze/M. Zuleeg/S. Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 3. Aufl. 2015, 2407 ff.

⁷⁴ Vgl. etwa C. Gaitanides/C. Hettinger, *Geld- und Währungsrecht*, in: R. Schulze/M. Zuleeg/S. Kadelbach (Anm. 74), 1926 ff.

lesen.⁷⁵ Die Mär von der “immer engeren Union der Völker Europas” aber glauben wir wohl auch nicht mehr so recht – in der äußersten Konsequenz müsste sie ja auch, koppelt man sie mit der nie enden wollenden Dynamik der “Fahrradmetapher”, in den europäischen Einheitsstaat führen, den niemand so recht wollen kann, selbst die überzeugtesten Integrationisten nicht. Wir müssen also eine halbwegs stabile Zwischenlage finden – das ist letztlich die Pointe der föderalen Struktur – und zwar, ohne die Dynamik föderaler Arbeitsteiligkeit im Detail zu sistieren.

Doch damit ist ein schwierig zu lösendes, vielleicht im Moment gar unlösbares Problem aufgeworfen. Im gegenwärtigen Zustand der Union ist die halbwegs stabile “Zwischenlage” wohl kaum zu finden – dazu weist der bestehende Zustand der europäischen Institutionen und Politiken zu viele Brüche, Friktionen, uneingelöste Programme, auf Veränderung drängende “Spill over”-Effekte auf.⁷⁶ Bei aller Zögerlichkeit im Beschreiten neuer Pfade noch weiter gehender Integration, und erst recht im Bewusstsein der Ängste vor einer noch weiter voranschreitenden Vergemeinschaftung, die zunehmend Mehrheiten des jeweiligen nationalen Wahlvolks erfüllt, wird es zugleich schwierig, wenn nicht unmöglich sein, alle im Vertragsgefüge explizit oder implizit angelegten weiteren Integrationsschritte einfach anzuhalten. Die Gesamtarchitektur der Verträge drängt unweigerlich auf weitere Fortschritte der Integration, sei es in der Ausfüllung neu zugewiesener Kompetenzen, sei es in Ausfluss bislang nicht gesehener Spannungslagen, die weitere gemeinschaftliche Lösungen erfordern. Das damit angerissene Dilemma ist kaum befriedigend aufzulösen. Die institutionelle Architektur drängt – im Gefolge einer in das System eingeschriebenen Dynamik – nach weiteren Schritten der Integration, während den Völkern Europas angesichts des Tempos der fortschreitenden Integration schwindlig wird und sie nach einem Moment des Einhaltens rufen. Doch selbst dieser Moment des Schwindelns, der Sehnsucht nach Wiederherstellung scheinbar überschaubarer Verhältnisse ist weit von jeder Eindeutigkeit entfernt. Das griechische Wahlvolk, das nach Aussage der neuen griechischen Regierung im Februar

⁷⁵ Vgl. etwa *J. Springford/P. Whyte*, The Consequences of Brexit for the City of London, Centre for European Reform May 2014, abrufbar unter: <<http://www.cer.org.uk>>.

⁷⁶ Vgl. exemplarisch zum “Spillover”-Effekt *C. Fehlker/D. Ioannou/A. Niemann*, Die Einrichtung einer Europäischen Finanzmarktunion. Ein Fall von funktionalem Spillover, *Zeitschrift für internationale Beziehungen* 20 (2013), 105 ff.; vgl. ferner aus soziologischer Perspektive *R. Münch*, Das europäische Integrationsprojekt in der Krise. Zeichen eines tiefgreifenden Systemwandels?, in: M. Heidenreich (Hrsg.), *Krise der europäischen Vergesellschaftung? Soziologische Perspektiven*, 2014, 53 ff., insbes. 60 ff.

2014 die Austeritätspolitik des “Troika”-Systems “abgewählt” hat,⁷⁷ die Vergemeinschaftung der Politik der Budgetkonsolidierung ablehnt, fordert zugleich an anderer Front den revolutionären Schritt hin zu neuen Formen der Vergemeinschaftung, in Form einer “Transferunion”. Und umgekehrt ist zwar die Mehrheit der Deutschen (wie der Skandinavier, der Niederländer und der Völker der Beitrittsstaaten Osteuropas) gegen eine solche “Transferunion” – doch die Wirtschafts- und Währungsunion, mit freiem Fluss von Waren und Dienstleistungen, ohne Währungsrisiko und Transaktionskosten für Devisenaustausch, möchte man nicht missen – die Anpassungskosten dieses gemeinsamen Wirtschaftsraumes aber sollen bitte national getragen werden.⁷⁸

Guter Rat ist teuer in dieser Situation. Die beschriebenen Probleme lösen wir mit der Programmatik immer neuer Kompetenzverschiebungen zugunsten der Union mit Sicherheit nicht. Vielleicht wäre es tatsächlich gut, die Potenziale der gegenwärtigen Verfassungstexte einmal auszutesten, also zu sehen, wie weit man damit kommt – und wo man unter Umständen sogar zu viel des Guten getan hat, wo Kompetenzen unter Umständen gar tatsächlich rückzuverlagern wären. Letzteres wird kaum in einem Zeithorizont zu bewerkstelligen sein, der die politischen Bedürfnisse aktueller Regierungen befriedigt, die unter dem Druck massiver Bewegungen der Euroskeptis stehen (wie der britischen Regierung). Das heißt aber noch lange nicht, dass eine Neujustierung der Kompetenzstruktur mittelfristig nicht sinnvoll sein könnte – und im europäischen Verfassungsgefüge meist geteilter Kompetenzen muss man die Kompetenz ja gar nicht unbedingt formal zurückverlagern, sondern kann den gleichen Effekt auch durch Nichtausübung oder Rückgängigmachen einer schon vergangenen Ausübung der Kompetenz, in der Form der Aufhebung bestimmter Rechtsakte des Sekundärrechts, erzielen.

Man sollte generell nicht zu sklavisch auf Kompetenzkataloge starren. Man sehe sich nur einmal an, welche Effekte die sektoriellen Rückverlagerungen einzelner Teilbereiche der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes auf die Länder in der gesetzgeberischen Praxis bewirkt hat! Der Effekt tendiert in weiten Bereichen gegen Null.⁷⁹ Was sollten

⁷⁷ Vgl. hierzu etwa *F. Hoffer*, Genug vom illusorischen Dogmatismus gegenüber Griechenland. Ein “Weiter so” basiert auf Realitätsverweigerung, abrufbar unter: <<http://www.ipg-journal.de>>.

⁷⁸ Vgl. hierzu nur *L. Tsoukalis* (Anm. 57), 125, 132 ff., vgl. ferner *A. von Bogdandy/M. Ioannidis*, Systemic Deficiency in the Rule of Law: What It Is, What Has Been Done, What Can Be Done, *CML Rev.* 51 (2014), 59 ff.

⁷⁹ Vgl. hierzu eingehend *S. Oeter*, Die von der Föderalismusreform tangierten Sachbereiche der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz im Einzelnen, in: *M. Heintzen/A. Uhle*

die Länder auch politisch mit einer Neuregelung des Gaststättenrechts per Landesgesetz gewinnen? Hat sich jemals irgendjemand eingeredet, der Landesgesetzgeber werde hier – quasi experimentell – unerwartete neue Wege der Regulierung finden? Wo Landesgesetzgeber dies versucht haben, wie im Versammlungsrecht, beißen sie sich notorisch die Zähne aus an der Beharrungskraft des Grundrechtsverbundes von Bundes- und Landesgrundrechten, als Gralshüter bewacht von den Landesverfassungsgerichten.⁸⁰ Die demographisch rapide alternden Wohlstandsgesellschaften Europas sind habituell veränderungsscheu; gesetzgeberische Innovationen sind allenfalls auf Feldern denkbar, die (im Gefolge technischer Innovationen) noch kaum bearbeitet sind.

Der europäische “Verfassungsverbund” beschert uns letztlich wohl die Rechtsordnung, die wir verdienen. Wir könnten etwas anderes wollen – aber dann müssten wir uns darauf auch kollektiv verständigen können. Das ist nicht einfach in einem föderalen Verbundsystem. “Verflechtungsfallen” und Veränderungsblockaden lauern allüberall. Mit dem konstruktiven Unterschied von Bundesstaat, Staatenbund und Staatenverbund hat das kaum jemals etwas zu tun. Eher mit kollektivem Beharrungsvermögen und dem Unwillen, Veränderung auf sich zu nehmen. Aber was wäre die Alternative? Ein knackiger Zentralstaat mit politischen Eliten, die sich um die Befindlichkeiten ihres Volkes wenig scheren und für notwendig erkannte Veränderungen ohne Rücksicht auf Verluste durchsetzen? Ein Blick auf Frankreich stimmt insoweit nur noch melancholisch. Es gibt – mit anderen Worten – wohl keine Alternative zur stoischen Suche nach Kompromissen, dem föderalen Existenzmodus des Lebens in institutionell erzwungenen Halbheiten.

Aber so schlimm sind diese Halbheiten vielleicht auch nicht: Wir leben im Bannkreis föderaler Ordnungen vielleicht nicht unbedingt in der “Besten aller Welten”, aber wohl auch kaum in der Schlechtesten. Mit einem gewissen Pathos zusammengefasst: Das Lebenselixier des Föderalen ist das Unabgeschlossene, das Experimentelle. Das “Experiment der Föderation Europa” ist in seinem Ausgang immer noch offen – wahrscheinlich ist das auch durchaus gut so, denn es gibt jeder Generation das Recht, das Projekt neu mit Inhalten zu füllen. Dies sollte man nicht missverstehen im Sinne der Option einer völligen Neuerfindung des Gefüges – das wären Allmachtsphantasien ohne jeden Bezug zur Realität. Aber es bleibt immer wieder die Möglichkeit, neue Pfade zu beschreiten und alte Pfadentscheidungen partiell zu korrigieren, wenn auch unter Achtung der Eigengesetzlichkeiten der

(Hrsg.), Neuere Entwicklungen im Kompetenzrecht. Zur Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusreform, 2014, 159, 179 ff.

⁸⁰ S. Oeter (Anm. 79), 181 f.

schon bestehenden Ordnung. Man ist dabei zurückgekehrt zur Grundeinsicht aller Theorien des Föderalen. Föderale Systeme sind dynamische Konstrukte, die sich weiter entwickeln, ob man nun will oder nicht, die dabei aber auf ein hohes Maß an Konsensbildung angewiesen sind, denn “top down”, durch Entscheidung einer kleinen Elite, lassen sich föderale Gefüge nicht umsteuern. Es bedarf dafür der langwierigen und mühsamen Überzeugungsarbeit – doch ist dies erst einmal geleistet, so gewährleistet sie die Stabilität des darauf gebauten Verfassungsgefüges. Dieser Grundmechanismus der Konsensverwiesenheit ist vielleicht das gemeinsame Geheimnis jeder Form föderaler Ordnung, wie immer sie auch konstruiert sei. Avantgardistische Träume einer scheinbar “idealen” Ordnung sind damit nicht zu verwirklichen. Doch der Zwang zur Konsenssuche sichert Stabilität – nicht das geringste Gut in Zeiten rapiden Wandels.