

Offene Staatlichkeit

Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde
zum 65. Geburtstag

herausgegeben von

Rolf Grawert, Bernhard Schlink
Rainer Wahl, Joachim Wieland



Duncker & Humblot · Berlin

OFFENE STAATLICHKEIT

Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde



G. W. Körtgen

Offene Staatlichkeit

**Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde
zum 65. Geburtstag**

herausgegeben von

**Rolf Grawert, Bernhard Schlink
Rainer Wahl, Joachim Wieland**



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Offene Staatlichkeit : Festschrift für Ernst-Wolfgang
Böckenförde zum 65. Geburtstag / hrsg. von Rolf Grawert . . . –
Berlin : Duncker und Humblot, 1995

ISBN 3-428-08398-9

NE: Grawert, Rolf [Hrsg.]; Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Festschrift

Alle Rechte vorbehalten

© 1995 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISBN 3-428-08398-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ∞

Vorwort

„Offene Staatlichkeit“ ist ein Schlüsselbegriff der Staatsentwicklung im gegenwärtigen Europa. Denn Öffnung ermöglicht Grenzüberschreitungen: Der für gewiß gehaltene Status des Staates wird dem Gestaltwandel ausgesetzt und in ein Gefüge supranationaler sowie menschenrechtlicher Rechtsbeziehungen überführt. Was ist, was bleibt in diesem Gefüge „Staat“?

Die in dieser Festschrift versammelten Überlegungen sind Beiträge zur Antwort auf jene Frage, die Ernst-Wolfgang Böckenförde, den Mitgründer der Zeitschrift „Der Staat“, den Universitätsprofessor für Öffentliches Recht, den Richter des Bundesverfassungsgerichts, wissenschaftlich ständig beschäftigt hat.

Die Autoren setzen damit zugleich das Gespräch mit ihrem Lehrer in Heidelberg, Bielefeld und Freiburg i. Br. fort. Sie alle waren oder sind Doktoranden Ernst-Wolfgang Böckenfördes. Sie bilden dennoch keine Schule. Vielmehr haben sie von ihrem Lehrer unvoreingenommenes, offenes Nachdenken und Argumentieren erfahren. Deshalb widmen sie ihre Beiträge und diese Festschrift Ernst-Wolfgang Böckenförde zu dessen 65. Geburtstag in Dankbarkeit und Verehrung.

Die Herausgeber

Inhalt

I. STAATSTHEORIE

| | |
|--|----|
| Rainer Eckertz | |
| Bundesstaat und Demokratie. Ein Problem politischer Einheit? | 13 |
| Christoph Enders | |
| Offene Staatlichkeit unter Souveränitätsvorbehalt – oder: Vom Kampf der Rechtsordnungen nach Maastricht | 29 |
| Johannes Masing | |
| Methodische Grundlagen für die Auslegung der Genfer Flüchtlingskonvention | 51 |
| Rainer Wahl | |
| Die Person im Ständestaat und im Rechtsstaat. Vergleichende Betrachtungen zur europäischen und japanischen Entwicklung | 81 |

II. SUPRASTAATLICHKEIT

| | |
|---|-----|
| Bengt Beutler | |
| Offene Staatlichkeit und europäische Integration | 109 |
| Rolf Grawert | |
| Der Deutschen supranationaler Nationalstaat | 125 |
| Albert Janssen | |
| Notwendiger Wandel der Dogmatik des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts in einem zusammenwachsenden Europa? Überlegungen zum Verständnis der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft | 145 |
| Herbert Mandelartz | |
| Europäische Integration. Gefährdungen und Chancen für die kommunale Selbstverwaltung | 163 |

Wilhelm Opfermann

| | |
|--|-----|
| Der europäische Vermittlungsausschuß | 177 |
|--|-----|

Klaus Rennert

| | |
|---|-----|
| Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit. Fragen zum neuen Art. 24 Absatz 1a GG | 199 |
|---|-----|

Joachim Wieland

| | |
|---|-----|
| Die Beteiligung der Bundeswehr an gemischtnationalen Einheiten. Rechtsfragen offener Staatlichkeit auf militärischem Gebiet | 219 |
|---|-----|

III. STAAT UND PERSON

Franz Bardenhewer

| | |
|---|-----|
| Effektive Durchsetzung des europäischen Gemeinschaftsrechts und nationaler Vertrauensschutz. Bemerkungen zur Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen | 239 |
|---|-----|

Thomas Clemens

| | |
|---|-----|
| Normenstrukturen im deutschen Recht | 259 |
|---|-----|

Johannes Hellermann

| | |
|--|-----|
| Der Staat als Akteur auf ausländischen Märkten. Verfassungsrechtliche und staats-theoretische Aspekte der auswärtigen Aktivität öffentlicher Unternehmen | 277 |
|--|-----|

Frank Hennecke

| | |
|---|-----|
| Die verfaßte Staatlichkeit als Bedingung der Grundrechtsgeltung | 299 |
|---|-----|

Ute Sacksofsky

| | |
|---|-----|
| Mehrfache Staatsangehörigkeit – ein Irregulare? | 317 |
|---|-----|

Bernhard Schlink

| | |
|--|-----|
| Vergangenheit als Zumutung? Zum Kündigungsgrund der Unzumutbarkeit weiterer Beschäftigung nach früherer Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit nach Kapitel XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 Abs. 5 2. Alternative der Anlage I zum Einigungsvertrag | 341 |
|--|-----|

IV. VERFASSUNGSGESCHICHTE

Dieter Gosewinkel

| | |
|--|-----|
| Die Staatsangehörigkeit als Institution des Nationalstaats. Zur Entstehung des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes von 1913 | 359 |
|--|-----|

Damian Hecker

| | |
|---|-----|
| Plädoyer für einen offenen Eigentumsbegriff. Zu einem Freiheits- und Eigentumsbegriff ohne Recht zur Herrschaft über Sachen | 379 |
|---|-----|

Achim Kurz

| | |
|--|-----|
| Zur Interpretation des Artikels 48 Abs. 2 WRV 1930 - 33. Ein Überblick | 395 |
|--|-----|

Thomas Wisser

| | |
|--|-----|
| Die Diktaturmaßnahmen im Juli 1930 – Autoritäre Umwandlung der Demokratie? | 415 |
|--|-----|

AUTOREN

435

I. Staatstheorie

Bundesstaat und Demokratie

*Ein Problem politischer Einheit?**

Von Rainer Eckertz, Berlin

I.

Seit Mitte 1990 bestehen in Bundestag und Bundesrat unterschiedliche Mehrheiten¹. Als Ergebnis der Wahlen mehrerer Landtage und des Bundestags im Jahr 1994 hat sich diese Konstellation sogar verfestigt. In für die Entwicklung des staatlich geeinten Deutschland entscheidenden Bereichen mußten und müssen daher die Bundesregierung und die sie tragende Mehrheit im Bundestag die Einigung mit Landesregierungen suchen, die von der im Bundestag in Opposition stehenden Partei geführt werden. Warum auch nicht?

Unter umgekehrtem parteipolitischem Vorzeichen hatte eine solche Konstellation bereits während der Regierungszeit der Bonner sozialliberalen Koalition bestanden. Damals hatten Anhänger der sozialliberalen Reformpolitik die Einschränkungen der vom Wähler der Bundesregierung und der sie tragenden Parlamentsmehrheit verliehenen „Macht auf Zeit“ durch den Bundesrat als undemokratisch empfunden. Böckenförde hat dieses Problem in einer 1980 veröffentlichten Studie unter dem Titel „Sozialer Bundesstaat und parlamentarische Demokratie“² aufgegriffen und in den Gesamtzusammenhang der bundesstaatlichen Entwicklung der Bundesrepublik gestellt.

Böckenförde führt in diesem Beitrag die durch die unterschiedlichen Mehrheiten in Bundestag und Bundesrat sichtbar gewordene Spannung zwischen bundes-

* Dieser Beitrag ist aus einer größeren Arbeit hervorgegangen, bei der mich als beständiger Gesprächspartner Martin Brandt begleitet hat. Dafür sei ihm hier gedankt.

¹ Die SPD-geführten Länder gewannen mit der Bildung der rot-grünen Koalition am 7. Juni 1990 in Niedersachsen die Mehrheit im Bundesrat.

² E.-W. Böckenförde, in: J. Jekewitz / M. Melzer / W. Zeh (Hrsg.), Politik als gelebte Verfassung. Aktuelle Probleme des modernen Verfassungsstaates, Festschrift für Friedrich Schäfer, 1980, S. 182 ff. Im folgenden Seitenangaben im Text. Böckenförde hat diese an der Verfassungswirklichkeit orientierte Studie nicht in die beiden 1991 unter den Titeln „Recht, Staat, Freiheit“ und „Staat, Verfassung, Demokratie“ veröffentlichten Aufsatzsammlungen aufgenommen. Läßt der Bundesstaat sich nicht dem kategorialen Rahmen dieser beiden Bände, in denen er allenfalls am Rande thematisiert wird, einfügen?

staatlicher Ordnung und parlamentarischer Demokratie auf ein tiefer liegendes „Strukturproblem des demokratischen Bundesstaats“ zurück. Er zeigt zunächst, wie sich in der Bundesrepublik aus dem vom sozialstaatlichen Leitbild einheitlicher Lebensverhältnisse geprägten „unitarischen Bundesstaat“ der kooperative Föderalismus entwickelt hat. In diesem wird das Mehrheitsprinzip durch einen weitgehenden Einigungszwang zurückgedrängt. Da zudem seine Träger die Exekutiven von Bund und Ländern sind, führt er zu einer Entmachtung der Parlamente (S. 184 ff.).

Das eigentliche „Strukturproblem“ sieht Böckenförde aber auch nicht in dieser Entparlamentarisierung, sondern in dem „Beteiligungsföderalismus“, der durch die Kompensation des Verlustes eigenständiger Kompetenzen der Länder durch die Erweiterung ihrer Mitwirkung an der Willensbildung des Bundes zum entscheidenden Merkmal des Bundesstaats geworden ist. Böckenförde wendet sich nicht gegen die übliche Auffassung des Beteiligungsföderalismus als einer Form der Gewaltenteilung, aber gegen die Folgerung, dieser füge sich damit bruchlos in die freiheitlich organisierte demokratische Ordnung ein. Er deutet den „Beteiligungsföderalismus“ als eine Rückkehr zu *Montesquieus* ständestaatlichem Konzept der „Gewaltenteilung“, das er von dem Art. 20 Abs. 2 GG zugrunde liegenden souveränitätsbezogenen Prinzip der Gewaltentrennung scharf unterscheidet. Während nach *Montesquieus* Konzept verschiedene konkrete Machtträger mit je eigener Legitimationsbasis an der Ausübung einer Funktion beteiligt werden, werden nach dem souveränitätsbezogenen Konzept auf der Basis eines einheitlichen Trägers der Staatsgewalt verschiedene Staatsfunktionen organisatorisch getrennt. Da Böckenförde die Staatsform der Demokratie dem souveränitätsbezogenen Konzept der einheitlichen Herrschaftskonstituierung zuordnet³, findet er in dem Widerspruch zwischen diesen beiden Konzepten das Strukturproblem der bundesstaatlichen Demokratie (S. 188 f.).

Damit verschiebt sich aber die Fragestellung. Der Stein des Anstoßes, die Einschränkung der vom Wähler verliehenen Macht auf Zeit durch den Exekutivföderalismus, wird an den Rand gerückt. Das Kernproblem ist die Aufspaltung der einheitlichen Staatsgewalt durch die Beteiligung verschiedener föderaler Machsträger. Unausgesprochen ist so auch in dieser Studie das eigentliche Thema Böckenfördes die Frage nach der Erhaltung politischer Einheit⁴. Seine Erfahrungsbasis ist die

³ Nach diesem Verständnis der Volkssouveränität übernimmt das Volk vom Monarchen die Trägerschaft der souveränen Staatsgewalt, die sich im Absolutismus ausgebildet hat; s. dazu *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip“, in: Staat, Verfassung, Demokratie (FN 2), S. 289 ff. (293).

⁴ Als terminus technicus in dem von *Carl Schmitt* geprägten Sinn (dazu unten II. 3) wendet *Böckenförde* den Begriff „politische Einheit“ hier nur am Rande (S. 187). Er paraphrasiert ihn aber durch Formulierungen wie „Organisationsprinzip eines einheitlichen politischen Gemeinwesens“ (S. 187), „Inhalt einer politischen Entscheidung“ (die wie *Schmitts* „Verfassung als Entscheidung“ den Verfassungsgesetzen vorausliegt, S. 193) oder „politisch zu existieren vermag“ (S. 194).

„Stabilität und Kontinuität der politischen Verhältnisse in der Bundesrepublik“ (S. 187; vgl. S. 193). Auf diesem Boden kehrt sich die Bewertung des als Prinzip die politische Einheit in Frage stellenden Beteiligungsföderalismus wie von selbst um. Er trägt in der Staatspraxis wesentlich zur Stabilität der Bundesrepublik bei, weil er die verschiedenen Organe und die in ihnen wirksamen politischen Kräfte ständig auf Ausgleich und Kompromiß verweist.

Demgemäß sucht Böckenförde die Lösung des Strukturproblems der bundesstaatlichen Demokratie nicht im Verfassungsrecht, sondern in der Verfassungswirklichkeit. Das von ihm zunächst herausgearbeitete staatsrechtliche „Defizit an demokratischer Struktur“ (S. 190) sieht er dadurch „politisch weithin ausgeglichen“ (S. 192), daß sich „über der je originären und staatsrechtlich unvermittelten Ausgangsbasis von Landes- und Bundesstaatsgewalt die nämlichen politischen Parteien als legitimierte Inhaber der politischen Entscheidungspositionen erheben“ (S. 190 f.)⁵. Dies ist möglich, weil alle ins Gewicht fallenden politischen Parteien in dem Sinne unitarische Parteien sind, daß sie jeweils bundesweit in Bund und Ländern zugleich agieren (S. 190). Die Doppelrolle dieser Parteien als Regierungs- und Oppositionsparteien führt in dem auf Einigung angewiesenen Bundesstaat zu einer „materiellen Allparteienregierung“. Die Entscheidungsmechanismen des Beteiligungsföderalismus sind „Funktionsweisen des Allparteienbundesstaats“ (S. 191).

Ohne dies ausdrücklich zu sagen, sieht Böckenförde offenbar im „Allparteienbundesstaat“ die Lösung des von ihm aufgewiesenen Strukturproblems des demokratischen Bundesstaats. Der Begriff „Allparteienbundesstaat“, den Böckenförde gewiß nicht naiv verwendet, rezipiert aber einen Begriff, der seinem Ursprung nach einen gegen die Verhältnisse in der Weimarer Republik gerichteten Sinn hat, den des „Parteienbundesstaats“. Durch seine Rückführung des Ausgangsproblems der Vereinbarkeit von Bundesstaat und parlamentarischer Demokratie auf das Problem der politischen Einheit des Bundesstaats nimmt Böckenförde auch systematisch die Fragestellung in der Fassung wieder auf, die ihr der Vordenker der Fundamentalkritik an der Weimarer Republik *Carl Schmitt* gegeben hat. Böckenfördes Studie zum Bundesstaat impliziert damit eine – allerdings auch in den Anmerkungen nicht ausgewiesene – Auseinandersetzung mit der Kritik am Parteienbundesstaat. Sie ist so ein Prüfstein dafür, ob die Kategorien Carl Schmitts einerseits auch Strukturprobleme der Bundesrepublik diagnostisch zu erfassen vermögen, andererseits auf ihrem Boden so reformuliert werden können, daß sie deren Verfassungsordnung nicht delegitimieren, sondern rechtfertigen⁶.

⁵ Diese Sichtweise entsprach dem Selbstverständnis der Akteure. So hat der damalige baden-württembergische Ministerpräsident Dr. Filbinger die parteipolitisch geprägte Beurteilung von Streitfragen im Bundesrat damit verteidigt, daß auch die Politik der Bundesregierung sowie der Koalitions- und Oppositionsfraktion im Bundestag legitimerweise vom parteipolitischen Denken getragen sei: „Wenn wir politisch urteilen, dann tun wir das als Männer, die Parteien angehören, die legitime Mitträger unserer Verfassung sind, ebenfalls in legitimer Art und Weise“ (413. Sitzung des Bundesrats v. 8. 11. 1974, PlenProt. S. 403C).