

BARDO FASSBENDER

# Der offene Bundesstaat

*Jus Publicum*

161

---

**Mohr Siebeck**

JUS PUBLICUM  
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 161





Bardo Fassbender

# Der offene Bundesstaat

Studien zur auswärtigen Gewalt und  
zur Völkerrechtssubjektivität bundesstaatlicher  
Teilstaaten in Europa

Mohr Siebeck

*Bardo Fassbender*, geboren 1963; Studium der Rechtswissenschaft, Geschichte und Politischen Wissenschaft an der Universität Bonn und der Yale Law School in New Haven, Connecticut; Magister der Rechte (LL.M.), Yale Law School 1992; Promotion zum Dr. iur., Humboldt-Universität zu Berlin 1997; Habilitation und Zuerkennung der Lehrbefähigung für die Fächer Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht sowie Verfassungsgeschichte, Humboldt-Universität zu Berlin 2004.

e-ISBN PDF 978-3-16-151242-1  
ISBN 978-3-16-149218-1  
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Sabon gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Meinem guten Vater  
Dr. Richard Fassbender  
(1931–2007)  
in großer Liebe und Dankbarkeit



## Vorwort

Während meines Bonner Studiums, vermutlich an einem der langen stillen Leseabende in der Bibliothek des rechtsgeschichtlichen Instituts im vierten Stock des „Ostturms“ des Juridicums, von der man auf den Kreuzberg sieht, begegnete ich in der Literatur Ausführungen über die auswärtigen Beziehungen, die in der Zeit des „Bismarckreiches“ einzelne deutsche Länder (damals „Bundesstaaten“ genannt) – wie Bayern, Württemberg oder Sachsen – ungeachtet ihrer Zugehörigkeit zum Deutschen Reich unterhielten, indem sie mit ausländischen Staaten Gesandte austauschten, völkerrechtliche Verträge abschlossen und gegenseitige Staatsbesuche organisierten. Warum mich dieser an sich nicht sehr bedeutende Umstand so interessierte, ja faszinierte, weiß ich nicht mehr; es muß mit dem Kontrast zu dem Bild „geschlossener Staatlichkeit“ zu tun gehabt haben, das ich mir von dem 1866–71 errichteten deutschen Nationalstaat gemacht hatte, einem Bild, das zugleich auch, wie ich schon gelernt hatte, das klassische Völkerrecht als „Recht souveräner Staaten“ beherrschte. In der Begegnung mit der historischen Wirklichkeit des Kaiserreichs wurden für mich so Grundannahmen und Theorien des Völker- und Staatsrechts anschaulich und gleichzeitig fragwürdig.

Jedenfalls stürzte ich mich sogleich auf das Thema. Weil mir die vorhandene Literatur nicht ausreichte, erschloß ich mir bald auch das Aktenmaterial im Politischen Archiv des Auswärtigen Amtes, das sich unweit des Bonner Juridicums an der Adenauerallee befand. In dem kleinen Lesesaal saß ich als junger Student unter Doktoranden und würdigen Gelehrten. Es war die Zeit vor dem Notebook; man schrieb die Akten mit der Hand ab oder gab ausnahmsweise eine teure Ablichtung in Auftrag. Eigenhändige Erlasse und Randnotizen Bismarcks und Wilhelms II. beeindruckten mich. Im rechtshistorischen Seminar von Professor Kleinheyer referierte ich über meine Funde. Es wurde mir klar, daß sich von der Epoche des Kaiserreichs aus einerseits Verbindungslinien zurück in die deutsche und europäische Verfassungsgeschichte ziehen ließen, die Rechtslage von 1867/71 also auf älteren Voraussetzungen beruhte, und andererseits Wirkungen beobachtet werden konnten, die bis in das geltende deutsche und ausländische Verfassungs- und das Völker- und Europarecht reichten.

So begann eine Auseinandersetzung, die nun, zwanzig Jahre später und am Ende meiner langen Berliner Assistentenzeit, in die vorliegende Schrift gemündet ist und mit ihr jedenfalls einen vorläufigen Abschluß gefunden hat. Ganz aus dem Sinn geraten war mir das Thema nie, und es behielt seinen Reiz bis heute, indem es sich in Fragen der allgemeinen Staatslehre und der Struktur der Völkerrechtsordnung hinein erweiterte. Mag der ins Wasser geworfene Stein auch klein gewesen sein, so hat er doch weite Kreise gezogen. Mit jahrelangen Unterbrechungen griff ich den einen oder anderen Aspekt auf, verfolgte eine Zeitlang auch die Absicht, über einen Ausschnitt (nämlich die auswärtigen Beziehungen des Königreichs Sachsen in der Zeit von 1867 bis 1918) eine historische Dissertation zu schreiben (deren Betreuung mein Bonner Lehrer Professor Ernst Portner freundlicherweise zusagte) und damit mein geschichtswissenschaftliches Studium abzuschließen, doch führten mich Umstände und Interessen in den folgenden Jahren fast ganz zum Völkerrecht der Gegenwart, besonders zum Recht der Vereinten Nationen. Erst im Herbst 2001, nach Rückkehr von einem längeren Forschungsaufenthalt am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz, entschloß ich mich, das Thema der „auswärtigen Beziehungen im Bundesstaat“ (oder genauer: des „Bundesstaats in seinen auswärtigen Beziehungen“) unter Konzentration auf die juristischen Aspekte und insbesondere das geltende deutsche Verfassungsrecht zum Gegenstand meiner Berliner Habilitationsschrift zu machen. Als solche wurde die Arbeit im Sommersemester 2004 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin angenommen.

Ich habe viel Grund zur Dankbarkeit. In der vorliegenden Form wäre die Arbeit nicht entstanden, wenn mich Professor Christian Tomuschat im Jahre 1995 nicht aus Bonn mit an seinen neuen völker- und europarechtlichen Lehrstuhl in Berlin genommen und mir dort, nach meiner Promotion, auch die Habilitation ermöglicht hätte. Das Vorbild seiner Arbeit im Verfassungs- und Völkerrecht hat auch diese Schrift beeinflusst. Professor Gerd Kleinheyer hat sie, ganz am Anfang, durch freundlich-ermunterndes „Gewährenlassen“ gefördert, durch ein Hinführen auf quellengestützte rechtshistorische Arbeit, und, vor allem, durch den von ihm geschaffenen atmosphärischen Rahmen im Institut für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte, dem Mittelpunkt meines Bonner Studiums. Stetigen und im Laufe der Jahre freundschaftlichen Anteil an der Schrift in ihren verschiedenen Stadien hat Professor Ernst Portner (Historisches Seminar der Universität Bonn) genommen. Herrn Professor Ingolf Pernice danke ich für die Erstattung des Zweitgutachtens, besonders aber für die Impulse, die von seinen Arbeiten zum Europäischen Verfassungsrecht ausgegangen sind. Dem Bundesrat verdanke ich schließlich einen Druckkostenzuschuß.

Es sei nicht gut, daß der Mensch allein arbeite, sagte Goethe gegen Ende seines Lebens zu Eckermann; „vielmehr bedarf er der Teilnahme und Anre-

gung, wenn etwas gelingen soll“. Von vielem anderen in Anspruch genommen, und manchmal nicht ohne Zweifel an dem eingeschlagenen Weg, brauchte ich, um die Arbeit wiederaufzunehmen und zu einem (hoffentlich guten) Ende zu führen, die Unterstützung und den Zuspruch meiner Familie, besonders meiner lieben Eltern und Geschwister in der rheinischen Heimat, und lieber Freunde, von denen ich nur Christian Bumke, Harry J. Colish, Brigitte Kull und Matthias Rohn nennen möchte. Dankbar erinnere ich mich der Gespräche und Briefwechsel mit Alfred Opitz und Oswalt von Nostitz-Wallwitz, mit denen ich in der Frühphase meiner Arbeit in Verbindung trat. Im Laufe der Jahre sind mir, gleichsam „auf dem Weg“, weitere Menschen freundlich und hilfreich begegnet; für sie möchte ich Erni Lindner in Dresden nennen.

Ein freundliches Geschick wollte es, daß ich die Drucklegung der Arbeit in einer Stadt vorbereiten konnte, die als frühere Haupt- und Residenzstadt des Königreichs Bayern ein staatliches Selbstbewußtsein repräsentiert, das für die Entscheidung der Reichsverfassung von 1871 für den offenen Bundesstaat von zentraler Bedeutung war.

Berlin und München, im Herbst 2006

Bardo Fassbender



## Inhaltsverzeichnis

Einleitung . . . . .	1
I. Gegenstand und Fragen. . . . .	1
II. Offener Bundesstaat, offener Verfassungsstaat, plurale Völkerrechtsordnung . . . . .	8
III. Gang der Darstellung. . . . .	19

### *1. Kapitel*

#### Der offene Bundesstaat in Europa

I. Der „offene“ und der „geschlossene“ Bundesstaat . . . . .	31
II. Prinzipien der vertikalen Verteilung des Vertragschließungs- rechts in den europäischen Bundesstaaten sowie in der Europäischen Union . . . . .	34
1. Das Prinzip der dynamischen Verweisung . . . . .	34
2. Das Enumerationsprinzip. . . . .	39
III. Das Vertragschließungsrecht der Gliedstaaten der europäischen Bundesstaaten sowie der Regionen Italiens und Spaniens. . . . .	40
1. Die Schweiz. . . . .	40
2. Belgien . . . . .	50
3. Österreich. . . . .	51
4. Italien. . . . .	55
5. Spanien . . . . .	58
IV. Die vertikale Verteilung des Vertragschließungsrechts nach dem Recht der Europäischen Union . . . . .	60
V. Das Gesandtschaftsrecht der Gliedstaaten europäischer Bundesstaaten . . . . .	63
1. Die Rechtsentwicklung in Deutschland. . . . .	64
2. Die Rechtsentwicklung in der Schweiz . . . . .	67
3. Die auswärtige Vertretung der belgischen Gemeinschaften und Regionen. . . . .	69

VI. Der „geschlossene Bundesstaat“: Das Gegenbild der Vereinigten Staaten von Amerika . . . . .	70
Anhang: Bestimmungen europäischer Verfassungen über Rechte von Gliedstaaten zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge mit ausländischen Staaten . . . . .	81

## 2. Kapitel

### Die Grundlegung der Völkerrechtsfähigkeit der deutschen Länder im Zeitalter der Gründung des Deutschen Reiches (1866–1871)

I. Die auswärtige Gewalt und die völkerrechtliche Stellung der deutschen Einzelstaaten als Gegenstand der Verhandlungen über die Norddeutsche Bundes- und die Reichsverfassung . . . . .	91
1. Die Verhandlungen über die Norddeutsche Bundesverfassung . . . . .	92
a) Bis zum Beginn der Verfassungsberatungen mit den verbündeten Regierungen am 15. Dezember 1866 . . . . .	92
b) Die Konferenzen der verbündeten Regierungen (Dezember 1866 bis Februar 1867) . . . . .	109
c) Die Beratungen des Norddeutschen Reichstages . . . . .	114
2. Die Versailler Verträge mit den süddeutschen Staaten vom November 1870 . . . . .	120
a) Die Münchener Konferenzen vom September 1870 . . . . .	120
b) Der bayerische Plan eines „weiteren Bundes“ . . . . .	128
c) Die Bestimmungen der Verträge, insbesondere die bayerischen Sonderrechte . . . . .	132
d) Die Versailler Verträge vor dem Reichstag . . . . .	141
e) Die Versailler Verträge vor den süddeutschen Parlamenten . . . . .	144
3. Das Prinzip der dynamischen Verweisung in der Erfurter Unionsverfassung von 1849/50 . . . . .	150
II. Das Prinzip der dynamischen Verweisung als Ausdruck der Bismarckschen Grundanschauung des deutschen Bundesstaates . . . . .	153
1. „Große Völker kopieren nicht ...“ . . . . .	153
2. Bismarcks Staatsidee . . . . .	156

## 3. Kapitel

## Der Weg zum Bundesstaat: Auswärtige Hoheitsrechte der deutschen Territorien und Einzelstaaten vor der Reichsgründung

I. Der Westfälische Friede – Bestätigung und Bedeutungswandel der auswärtigen Hoheitsrechte . . . . .	162
II. Die Verfassungspraxis des 18. Jahrhunderts. . . . .	170
III. Auflösung des Reiches und Souveränität der Territorien . . . . .	175
IV. Der Rheinbund . . . . .	178
V. Die Zeit des Deutschen Bundes. . . . .	180
VI. Die Revolution von 1848/49 und das Erfurter Unionsprojekt . . . . .	188

## 4. Kapitel

Die „Blütezeit“:  
Auswärtige Hoheitsrechte der Einzelstaaten und  
Bundesstaatsdogmatik im Kaiserreich

I. Übersicht über die Literaturlage . . . . .	201
II. Der Grundsatz der Kompetenzverteilung zwischen Reich und Bundesstaaten . . . . .	205
III. Das Recht zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge mit fremden Staaten . . . . .	206
1. Ausschließliche Vertragskompetenz des Reiches . . . . .	207
a) Das ganze Reich betreffende Angelegenheiten . . . . .	207
b) Recht über Krieg und Frieden . . . . .	207
c) Bündnisrecht . . . . .	209
d) Auswärtige Politik. . . . .	209
e) Reichsverfassung und Bundesgebiet. . . . .	210
f) Konsularische Vertretung im Ausland . . . . .	211
g) Zölle und Verbrauchssteuern . . . . .	213
h) Post- und Telegraphenwesen . . . . .	213
i) Handel und Schifffahrt . . . . .	214
2. Konkurrierende Vertragskompetenz des Reiches und der Bundesstaaten . . . . .	215
a) Grundsatz . . . . .	215
b) Die einzelnen Materien . . . . .	216
3. Ausschließliche Vertragskompetenz der Bundesstaaten . . . . .	217
a) Grundsatz . . . . .	217
b) Die einzelnen Materien . . . . .	218
4. Sonderrechte einzelner Bundesstaaten . . . . .	219

5. Allgemeine Schranken des einzelstaatlichen Vertragsrechts . . . . .	221
IV. Das Gesandtschaftsrecht der deutschen Bundesstaaten . . . . .	221
1. Das ordentliche Gesandtschaftsrecht . . . . .	221
a) Das aktive Gesandtschaftsrecht . . . . .	221
b) Das passive Gesandtschaftsrecht . . . . .	226
2. Das außerordentliche Gesandtschaftsrecht . . . . .	228
V. Zu Änderungen der Kompetenzverteilung . . . . .	229
VI. Kritik der Rechtslage durch die Staatsrechtslehre . . . . .	230

### 5. Kapitel

#### Demokratisierung und Unitarisierung: Die auswärtige Gewalt der Länder unter der Weimarer Reichsverfassung

I. Die Entstehung des Art. 78 der Reichsverfassung . . . . .	233
1. Revolutionsereignisse und unitarische Parteiprogramme . . . . .	234
2. Die Entwürfe der Reichsverfassung . . . . .	235
3. Gründe der „Reföderalisierung“ des Verfassungsentwurfs . . . . .	238
4. Die Beratungen der Nationalversammlung . . . . .	240
II. Die auswärtige Gewalt der Länder in der Sicht der Staatsrechtslehre und in der Staatspraxis . . . . .	244
1. Der Unitarismus der Weimarer Staatsrechtslehre . . . . .	244
2. Völkerrechtsfähigkeit und Staatlichkeit der Länder . . . . .	247
3. Sachlicher Umfang und Anwendung des Vertragschließungsrechts der Länder in der Praxis . . . . .	249
III. Kontinuität und Bruch: Art. 78 der Weimarer Reichsverfassung im Zusammenhang der deutschen Verfassungsentwicklung . . . . .	251
1. Momente der Kontinuität . . . . .	251
a) Kontinuität trotz starker unitarischer Gegentendenzen . . . . .	251
b) Die Politik der Siegermächte und das Problem des Separatismus . . . . .	253
c) Die Rolle der Ministerialbürokratie . . . . .	255
2. Brüche in der Entwicklung der bundesstaatlichen Zuordnung der auswärtigen Gewalt . . . . .	256
a) Volkssouveränität statt monarchischer Legitimität . . . . .	256
b) Das Ende fürstlichen Selbstbewußtseins und höfischen Lebens . . . . .	258
c) Das Prinzip der „delegated powers“ und die auswärtige Gewalt . . . . .	259
d) Die Einführung des Zustimmungserfordernisses . . . . .	260

## 6. Kapitel

Auswärtige Beziehungen im offenen Verfassungsstaat:  
Die auswärtige Gewalt der Länder der Bundesrepublik Deutschland

I. Einleitung . . . . .	263
II. Art. 32 Abs. 3 GG: Textgestalt und Entstehung . . . . .	270
1. Die Textgestalt des Art. 32 Abs. 3 GG im Vergleich mit Art. 78 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung . . . . .	270
2. Herrenchiemsee und Bonn: Die Entstehung des Art. 32 Abs. 3 GG. . . . .	272
a) Verfassungspläne der politischen Parteien . . . . .	272
b) Der Verfassungsentwurf von Herrenchiemsee . . . . .	274
c) Die Beratungen des Parlamentarischen Rates . . . . .	278
3. Art. 32 Abs. 3 GG vor dem Hintergrund der deutschen Verfassungsgeschichte . . . . .	282
III. Die Vertragsgewalt des Bundes auf dem Gebiet der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder als zentrales dogmatisches Problem des Art. 32 GG . . . . .	287
1. Entstehung und Bedeutung des Streits . . . . .	287
2. Die drei Meinungen. . . . .	290
a) Die „zentralistische“, die „föderalistische“ und die „norddeutsche“ Auffassung. . . . .	290
b) Die Rechtsauffassungen der Bundesregierung und der Regierungen der Länder. . . . .	295
c) Die Konkordatsentscheidung des Bundesverfassungs- gerichts von 1957 . . . . .	297
d) Literatur. . . . .	299
3. Tragende Gründe der „zentralistischen“ und der „nord- deutschen“ Meinung . . . . .	302
a) Wortlaut-Argument I: Die „Aufgabe“ der Formulierung des Art. 41 Abs. 1 des Entwurfs von Herrenchiemsee . . . . .	302
b) Wortlaut-Argument II: Art. 32 Abs. 1 GG als Grundlage einer „Generalkompetenz“ des Bundes für die aus- wärtigen Beziehungen. . . . .	309
c) Wortlaut-Argument III: Art. 32 Abs. 3 GG als „Kann-Vorschrift“ . . . . .	314
d) Das systematische Argument: Art. 32 Abs. 1 GG als Ausdruck einer „Kompetenzvermutung zugunsten des Bundes“ . . . . .	315
e) Das teleologische Argument I: Die „politische Grund- entscheidung“ für die „Bundesrepublik als einheitlichen Verband“ . . . . .	321

f) Das teleologische Argument II: „Der Föderalismus gilt nicht für die Auswärtige Gewalt“ . . . . .	323
g) Das teleologische Argument III: Die einheitliche Wahrnehmung der auswärtigen Angelegenheiten als ein „Fundamentalprinzip jedes Bundesstaates“ . . . . .	325
4. Der Weg zum „Lindauer Abkommen“: Die zentralistische Auffassung und die Stellung der Exekutive in der Ordnung des Grundgesetzes . . . . .	331
5. Die Lindauer Praxis als Verfassungsgewohnheitsrecht? Die gescheiterten Bemühungen um eine Änderung von Art. 32 Abs. 3 GG . . . . .	337
a) Die Enquête-Kommission „Verfassungsreform“ des Bundestages . . . . .	338
b) Die Kommission „Verfassungsreform“ des Bundesrates. . . . .	340
c) Die Konferenz der Präsidentinnen und Präsidenten der deutschen Landesparlamente . . . . .	343
d) Die Gemeinsame Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat. . . . .	344
e) Ergebnis: Keine Bildung von Verfassungsgewohnheitsrecht . . . . .	349
6. Ergebnis: Keine Vertragsgewalt des Bundes im Bereich der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder . . . . .	350
IV. Die Verfassungsmäßigkeit des „Lindauer Abkommens“ und der ihm entsprechenden Staatspraxis . . . . .	354
1. Der Inhalt des „Lindauer Abkommens“ von 1957 . . . . .	354
2. Das „Lindauer Abkommen“ – ein Sieg der zentralistischen Ansicht? . . . . .	356
3. Verfassungswidrigkeit des „Lindauer Abkommens“? . . . . .	360
4. Verfassungswidrigkeit der auf das „Lindauer Abkommen“ gestützten Praxis? . . . . .	362
V. Der Anwendungsbereich von Art. 32 Abs. 3 GG und die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Zustimmung der Bundesregierung . . . . .	364
1. Zur Entstehung des Zustimmungserfordernisses . . . . .	364
2. Die Abgrenzung der zustimmungspflichtigen Verträge . . . . .	367
a) Verträge und Verwaltungsabkommen. . . . .	367
b) Völkerrechtliche Verträge . . . . .	369
c) Verträge „mit auswärtigen Staaten“ . . . . .	371
d) Ergebnis. . . . .	378
3. Die Zustimmung der Bundesregierung als Ermessensentscheidung . . . . .	379

VI. Die völkervertragsrechtliche Praxis der Länder . . . . .	382
VII. Funktionelle Äquivalente und Ergänzungen des Vertrag-	
schließungsrechts der Länder. . . . .	391
1. Die Mitwirkung der Länder in Angelegenheiten der Euro-	
päischen Union gemäß Art. 23 n.F. GG . . . . .	391
2. Die Mitarbeit der Länder in „grenznachbarschaftlichen	
Einrichtungen“ gemäß Art. 24 Abs. 1a GG . . . . .	397
3. „Gemeinsame Erklärungen“ und andere „rechtlich unverbind-	
liche“ Vereinbarungen der Länder mit dem Ausland . . . . .	408
VIII. Grenzen der Zulässigkeit einer Beschränkung des Vertrag-	
schließungsrechts der Länder durch Verfassungsänderung . . . . .	411
1. Grenzen der Zulässigkeit einer Änderung des Wortlauts	
des Art. 32 Abs. 3 GG. . . . .	412
2. Grenzen der Zulässigkeit einer schrittweisen Aufhebung	
des Vertragsschließungsrechts durch eine Verringerung der	
Gesetzgebungskompetenzen der Länder . . . . .	415
 <i>7. Kapitel</i> 	
Stabilität versus Pluralität?	
Der offene Bundesstaat in der Völkerrechtsordnung der Gegenwart	
I. Die teilstaatliche Völkerrechtsfähigkeit im Völkerrecht der	
Zukunft . . . . .	420
II. Die Entdeckung und „Lösung“ des Problems der Völkerrechts-	
fähigkeit bundesstaatlicher Gliedstaaten in der Völkerrechts-	
lehre des 19. Jahrhunderts . . . . .	422
1. Das Deutsche Reich als Herausforderung . . . . .	422
2. Konföderation und Bundesstaat bei Vattel und Wheaton und	
die Rezeption ihrer Lehren im 19. Jahrhundert. . . . .	424
3. Völkerrechtsfähigkeit auf der Grundlage bundesverfassungs-	
rechtlicher Bestimmung. . . . .	428
III. Dogmatische Widersprüche der heutigen Lehre . . . . .	429
IV. Grundsätze zur völkerrechtlichen Stellung bundesstaatlicher	
Teilstaaten in der Gegenwart. . . . .	436
 Schlußbetrachtung: Zukunftsperspektiven – Ein Versuch. . . . .	 443
 Quellen- und Literaturverzeichnis . . . . .	 455
Sach- und Personenregister . . . . .	485



# Einleitung

„Wir scheinen jedenfalls insofern an einem faszinierenden Wendepunkt zu stehen, als im Bereich der Rechts- und Sozialwissenschaften wie der politischen Theorie nicht mehr allein eine positivistische Betrachtung des Bestehenden, sondern nur der Sinn für die Geschichtlichkeit von Ordnungsstrukturen und den zum Teil abrupten, nicht linearen Wandel Orientierung ermöglicht.“<sup>1</sup>

Daniel Thürer

„Das Vergessen breitet sich wie ein Schleier über die Wissenschaft. Die Geschichte der Grundideen bleibt der wichtigste Schlüssel zum Verständnis der gegenwärtigen Probleme.“<sup>2</sup>

Erik Jayme

## I. Gegenstand und Fragen

1. a) Die vorliegende Arbeit entwickelt den Typus des „offenen Bundesstaats“ europäischer Prägung. Diesen sieht sie durch eine Öffnung gegenüber der Völkerrechtsgemeinschaft gekennzeichnet, indem seine Teil- oder Gliedstaaten – in Deutschland und Österreich also die Länder, in der Schweiz die Kantone, in Belgien die Regionen und Gemeinschaften – eigene völkerrechtliche Beziehungen zu auswärtigen Staaten und anderen Völkerrechtssubjekten unterhalten können. Diese Öffnung unterscheidet die europäischen Bundesstaaten der Gegenwart von dem „geschlossenen Bundesstaat“, der idealtypisch von den Vereinigten Staaten von Amerika repräsentiert wird.

Die Arbeit fragt insbesondere nach der auswärtigen Gewalt und der Völkerrechtsfähigkeit der bundesstaatlichen Glied- oder Teilstaaten und der Bedeutung einer solchen Rechtsstellung für die von Umbrüchen und Widersprüchen

---

<sup>1</sup> Daniel Thürer, *Föderalismus und Regionalismus in der schweizerischen Aussenpolitik: Zum Verhältnis von Bundeskompetenzen und kantonalen Kompetenzen unter veränderten Umständen*, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Bd. 93 Nr. 2 (1992), S. 49, 50.

<sup>2</sup> Erik Jayme, Vorwort: Berlin im Sommer 1999, in: ders., *Internationales Privatrecht und Völkerrecht*, Heidelberg 2003, S. V.

geprägte internationale Ordnung der Gegenwart. Unter der auswärtigen Gewalt der Gliedstaaten eines Bundesstaates wird die Gesamtheit aller ihrer die auswärtigen Beziehungen betreffenden, bundesverfassungsrechtlich bestimmten und völkerrechtlich anerkannten Zuständigkeiten und Funktionen begriffen.<sup>3</sup> Aus sogleich erörterten Gründen steht Deutschland – das heißt der deutsche Bundesstaat von 1867/71, 1919 und 1949 – im Mittelpunkt der Arbeit, doch finden in vergleichender Betrachtung auch andere europäische Staaten, die Europäische Union und – im Kontrast – die Vereinigten Staaten von Amerika Beachtung.

b) Nach einem treffenden Wort Ulrich Scheuners ist der Bundesstaat ein Staatsgebilde, dessen Wesen und Eigenart „nur in historisch-pragmatischer Betrachtung“ erfaßt werden kann.<sup>4</sup> Der Blick dieser Arbeit richtet sich auf die Vergangenheit, um das Recht der Gegenwart verstehen und Möglichkeiten künftiger Rechtsentwicklung einschätzen zu können; sie möchte Verfassungs- und Völkerrechtsgeschichte „aus der Perspektive des Jetzt“<sup>5</sup> schreiben. In den Grenzen ihres Themas vergewissert sich die Arbeit der großen Linien der deutschen und ausländischen Rechtsentwicklung seit dem siebzehnten Jahrhundert, begnügt sich dabei aber nicht mit einem nur grob gezeichneten Bild, sondern dringt dort, wo es angezeigt erscheint, unter Auswertung der historischen Quellen auch in die Einzelheiten von Recht und Verfassungspolitik ein.

Die Arbeit möchte auf geschichtlicher Grundlage zu einem besseren Verständnis von Föderalismus und Bundesstaatlichkeit der Gegenwart beitragen und zeigen, wie rechtliche Institute und Instrumente der Vergangenheit einerseits spätere Verfassungsepochen beeinflussen und andererseits unter wesentlich gewandelten Bedingungen neuen Sinn und neue Gestaltungskraft erhalten können. Der hier typisierte und näher charakterisierte „offene Bundesstaat“ gehört zur Gegenwart Europas – seiner staats-, europa- und völkerrechtlichen, noch mehr aber seiner politischen und gesellschaftlichen Gegenwart –, und viel spricht dafür, daß er im Zusammenhang eines neuen Föderalismus auch

---

<sup>3</sup> Vgl. zu dem auf Albert Haenel zurückgehenden Begriff der Auswärtigen Gewalt *Wilhelm G. Grewe*, Auswärtige Gewalt, in: *Isensee/Kirchhof, HStR Bd.III* (1988), S.921, 922–924.

<sup>4</sup> Vgl. *Ulrich Scheuner*, Struktur und Aufgabe des Bundesstaates in der Gegenwart, *DÖV* 1962, S.641.

<sup>5</sup> Der Ausdruck stammt von Hermann Heller: Noch für den objektivsten Historiker, der in reiner Treue nur darstellen wolle, „was gewesen ist“, bleibe alle Geschichte immer auch „Geschichte der Gegenwart“, das heißt Geschichte aus der Perspektive des Jetzt gesehen. Vgl. *Heller*, Staatslehre, Leiden 1934, S.28. Heller bezieht sich seinerseits auf *Benedetto Croce*, Zur Theorie und Geschichte der Historiographie, Tübingen 1915, S.1, 2: „... nur ein lebendig gegenwärtiges Interesse kann uns dazu bewegen, eine vergangene Tatsache kennen zu lernen: diese entspricht also, insofern sie sich mit einem Anteil am gegenwärtigen Leben verbindet, nicht einem vergangenem, sondern einem gegenwärtigen Interesse“.

Teil einer europäischen Zukunft sein wird.<sup>6</sup> Seine Existenz widerlegt die These, es gebe „einen wesensnotwendigen Zusammenhang zwischen Staatlichkeit und geschlossenem Auftreten in der zwischenstaatlichen Welt“,<sup>7</sup> und erweist eine in der deutschen Staatsrechtslehre zentrale, auf Georg Waitz<sup>8</sup> zurückführbare Behauptung, es sei „ein Fundamentalprinzip jedes Bundesstaates“, „daß die auswärtigen Angelegenheiten einheitlich wahrgenommen werden und in der Hand der Bundeszentralgewalt liegen“<sup>9</sup>, als höchst anfechtbar.<sup>10</sup>

c) Es ist in der deutschen Staatsrechtslehre unbestritten, daß in den Jahrzehnten nach 1949 die Entwicklungen der Technik, der Wirtschaft und des Verkehrs, die Mobilität der Menschen und die Einheitlichkeit und Gleichmäßigkeit, die der Sozialstaat verlangt, zu einer „weitgehenden sachlichen Unitarisierung des durch das Grundgesetz konstituierten Bundesstaates“ (Konrad Hesse) geführt haben.<sup>11</sup> Sinn, Zweckmäßigkeit und Zukunft der föderativen

---

<sup>6</sup> Vgl. die in diese Richtung gehenden Überlegungen von *Daniel Thürer*, *Federalism and Foreign Relations*, in: Raoul Blindenbacher/Arnold Keller (Hrg.), *Federalism in a Changing World*. International Conference on Federalism 2002, sowie *Markus Kotzur*, *Föderalisierung, Regionalisierung und Kommunalisierung als Strukturprinzipien des europäischen Verfassungsraumes*, JöR N.F. Bd. 50 (2002), S. 257.

<sup>7</sup> So *Hermann Mosler*, *Kulturabkommen des Bundesstaats*, ZaöRV Bd. 16 (1955/56), S. 2, 12. Das vollständige Zitat lautet: „Es ist kein Zufall und deutet auf einen wesensnotwendigen Zusammenhang zwischen Staatlichkeit und geschlossenem Auftreten in der zwischenstaatlichen Welt hin, daß die auswärtigen Angelegenheiten oder wenigstens die außenpolitischen Fragen in allen Föderativverfassungen zur Disposition des Bundes stehen.“

<sup>8</sup> Vgl. *Georg Waitz*, *Das Wesen des Bundesstaats*, in: (Kieler) *Allgemeine Monatsschrift für Wissenschaft und Literatur*, 1853, Nachdr. in: *G. Waitz*, *Grundzüge der Politik* nebst einzelnen Ausführungen, Kiel 1862, S. 153, 186: „Daß der Bundesstaat nach außen, in der Reihe der anderen Staaten als ein selbständiges in sich geschlossenes Ganzes zu erscheinen hat, darüber ist immer am wenigsten Zweifel gewesen.“ Waitz' Ansicht war stark von der amerikanischen Bundesverfassung geprägt: „Das Entscheidende ist Amerikas Beispiel“ (ebd. S. 171). In den Verfassungsberatungen der Paulskirche plädierte der Historiker Waitz allerdings unter Rücksichtnahme auf die besonderen deutschen Verhältnisse dafür, den Einzelstaaten das Recht auf eigene diplomatische Beziehungen zu belassen (vgl. Kap. 3.VI.6)

<sup>9</sup> So *Wilhelm Grewe* in seinem einflußreichen Referat über „Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik“ auf der Bonner Staatsrechtslehrertagung von 1953, VVDStRL 12 (1954), S. 129, 171. Vgl. hierzu Kap. 6.II.1.

<sup>10</sup> Christoph Schönberger hat zu Recht auf eine „verzerrte Wahrnehmung“ des Bundesstaates durch die deutsche Staatsrechtslehre seit 1867/71 hingewiesen: „Nach der Gründung des Norddeutschen Bundes und des Reiches 1867/71 war es ein Bedürfnis der überwiegend nationalliberal-unitarisch gesinnten Staatsrechtslehre, das neue Reich als starken Bundesstaat zu interpretieren. Dafür mußte dieser theoretisch-begrifflich deutlich von früheren Formen föderaler Ordnung in Deutschland – und insbesondere dem unmittelbar vorangegangenen Deutschen Bund – abgehoben werden. (...) (Man) deutete den nationalen Bundesstaat des neuen Deutschen Reiches entschieden in Orientierung am Einheitsstaat und spielte seine vertragsmäßig-bündischen Komponenten systematisch herunter.“ *Chr. Schönberger*, *Die Europäische Union als Bund*. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas, AöR Bd. 129 (2004), S. 81, 89f.

<sup>11</sup> Vgl. *Konrad Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (Neudruck 1999), S. 99.

Gestaltung Deutschlands sind von vielen Seiten in Frage gestellt worden. Der Platz der Bundesländer in der sich entwickelnden Verfassungsordnung der Europäischen Union ist noch nicht bestimmt. Wenn die vorliegende Arbeit zu diesen Fragen auch nicht ausdrücklich Stellung nimmt, so legt sie doch einige Antworten nahe, indem sie *einen* Aspekt der staatlichen Existenz der Länder – ihre Wirksamkeit nach „außen“, in den Raum jenseits der Bundesrepublik Deutschland – in den Vordergrund stellt.

d) Konrad Hesse hat im Vorwort zur letzten Auflage seiner „Grundzüge des Verfassungsrechts“ zu Recht betont, daß die fortschreitende europäische Eini-gung für Deutschland „nichts weniger als den Anbruch einer neuen Ära (be-deutet), in welcher der nationale Staat sich zu einem Staat hin wandelt, der nur noch als Teil eines größeren Ganzen begriffen werden kann“. Angesichts des sich hier eröffnenden Feldes neuer grundsätzlicher Fragestellungen könne sich die Verfassungsrechtslehre nicht mehr auf die Bearbeitung des geltenden nati-onalen Staatsrechts auf der Grundlage überkommener Sichtweisen beschrän-ken, sondern müsse sich in erhöhtem Maße „den inter- und übernationalen Zusammenhängen sowie den Problemen künftiger verfassungsrechtlicher Ge-staltung, der Verfassungspolitik“ zuwenden.<sup>12</sup> Supranationale Verfassungspo-litik aber bedarf gerade im Hinblick auf die Ordnung des Verhältnisses der verschiedenen staatlichen Ebenen einer Vergewisserung der geschichtlichen Entwicklung, einer Erinnerung daran, was in der europäischen Verfassungs-geschichte „Staat“ und „Völkerrechtsunmittelbarkeit“, „innen“ und „außen“ bedeutet haben.

2. a) Ausgangspunkt der Arbeit ist eine eher unscheinbare und von der deut-schen Verfassungsrechtslehre auch wenig beachtete Vorschrift des Grundge-setzes für die Bundesrepublik Deutschland, nach welcher die deutschen Län-der berechtigt sind, im Rahmen ihrer Gesetzgebungskompetenz mit auswärti-gen Staaten völkerrechtliche Verträge abzuschließen (Art. 32 Abs. 3 GG).<sup>13</sup> Die Bestimmung verdeutlicht, daß in der grundgesetzlichen Konstruktion des deutschen Bundesstaates die Staatlichkeit der Länder<sup>14</sup> auch ihre (gegenständ-

<sup>12</sup> Vgl. Hesse ebd., S.V. Eine eindrucksvolle Antwort auf diese Aufforderung ist die Schrift von Wolfgang Graf Vitzthum, *Der Staat der Staatengemeinschaft*, Paderborn 2006.

<sup>13</sup> Die beiden führenden Großkommentare zum Grundgesetz haben sich für Art. 32 GG über Jahrzehnte mit den Erstbearbeitungen von Menzel (1950) und Maunz (1961) begnügt. Vgl. Eberhard Menzel, *Kommentierung von Art. 32 GG* (1950), in: Rudolf Dolzer/Klaus Vogel (Hrg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (Stand: 126. Lieferung vom Okt. 2006), sowie Theodor Maunz, *Kommentierung von Art. 32 GG* (1961), in *Maunz/Dürig, Grundgesetz* (Stand: 47. Ergänzungslieferung vom Juni 2006). Aus der neueren Literatur ist hervorzuheben: Ulrich Fastenrath, *Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Ge-walt*, München 1986, insbes. Kap. 8 (Die Regelung der auswärtigen Gewalt im Grundge-setz) und Kap. 9 (Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern).

<sup>14</sup> Vgl. hierzu Christoph Möllers, *Staat als Argument*, München 2000, Kap. 16 (S. 350ff.). Im Sinne dieser Untersuchung ist auch die Völkerrechtsfähigkeit der Länder „Ausweis“ ih-

lich begrenzte) Völkerrechtsfähigkeit<sup>15</sup> umfaßt, das Grundgesetz die Länder also nicht nur in ihrem Verhältnis zueinander und zum Bund, sondern auch völkerrechtlich als Staaten auffaßt und anerkennt. Im geltenden Verfassungsrecht ist Art. 32 Abs. 3 GG nicht Reminiszenz vormaliger „Größe und Herrlichkeit“ der Länder, sondern normativer Ausdruck einer bundesstaatlichen Ordnung, deren integraler Bestandteil die völkerrechtliche Rechts- und Handlungsfähigkeit der Länder ist. Völkerrechtsfähigkeit bedeutet auch Völkerrechtsunmittelbarkeit. Als Völkerrechtssubjekte unterstehen die Länder nicht allein dem Bundesrecht, sondern zugleich auch dem Völkerrecht. Das unterscheidet sie grundlegend von anderen Gebietskörperschaften im Geltungsbereich des Grundgesetzes. Zu Recht erklärte daher Hans Nawiasky, er sehe keinen Anlaß, das völkerrechtliche Vertragsschließungsrecht der deutschen Länder zu bagatellisieren, halte es vielmehr für außerordentlich bemerkenswert, „da es eine Anerkennung der Staatseigenschaft der Länder involviert, wie es dem Grundgedanken eines föderalistischen Staatsbaues entspricht“.<sup>16</sup>

Eben darin liegt die verfassungsrechtliche und -theoretische Bedeutung des Art. 32 Abs. 3 GG, ungeachtet der Tatsache, daß in bald sechzigjähriger Praxis Umfang und sachliche Bedeutung der von den Ländern abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge gering geblieben sind<sup>17</sup>: Das „Problem [der Vertragsschlußkompetenz der Länder], das auf engste mit dem des Verhältnisses zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten in einem Bundesstaat zusammenhängt, berührt die Grundlagen unserer Verfassung“.<sup>18</sup>

b) Die grundgesetzliche Bestimmung steht, wie die Arbeit zeigen wird, in einer ausgeprägten deutschen verfassungsrechtlichen Tradition.<sup>19</sup> Sie weist zurück auf die Weimarer Verfassung von 1919 und über diese auf die Reichsverfassung von 1871 und die Norddeutsche Bundesverfassung von 1867. Die Wurzeln der Völkerrechtsfähigkeit der Bundesländer reichen jedoch über die Zeit der Bismarckschen Reichsgründung noch weit tiefer in die deutsche und europäische Verfassungsgeschichte hinunter, bis hin zu den Anfängen des frühneuzeitlichen Staates. Das Vertragsschließungsrecht der Länder ist damit wesentlicher Teil jener „älteren Schichten, die zu den Voraussetzungen [deut-

---

rer Staatlichkeit, denn zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes konnten (außer den internationalen Organisationen) nur „Staaten“ Völkerrechtssubjekte sein.

<sup>15</sup> Synonym verwendete Begriffe sind: Völkerrechtssubjektivität, Völkerrechtspersönlichkeit.

<sup>16</sup> Vgl. H. Nawiasky, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 12 (1954), S. 237.

<sup>17</sup> Vgl. zur Praxis der Länder Kap. 6 Teil VI.

<sup>18</sup> So Maunz in seiner Kommentierung des Art. 32 GG (Fn. 13), Rn. 29.

<sup>19</sup> Dieser folgte äußerlich auch noch die (erste) Verfassung der DDR vom 7. Okt. 1949; vgl. ihren Art. 117 Abs. 2: „In Angelegenheiten, deren Regelung der Landesgesetzgebung zusteht, können die Länder mit auswärtigen Staaten Verträge schließen; die Verträge bedürfen der Zustimmung der Volkskammer.“ Text: GBl. DDR 1949 I S. 5; Ingo von Münch (Hrg.), Dokumente des geteilten Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. Stuttgart 1976, S. 301, 318. Vgl. dazu die Bemerkungen von Menzel (Fn. 13), Anm. III.A.2.b).

scher] bundesstaatlicher Ordnung im überkommenen Sinne gehören“ (Konrad Hesse)<sup>20</sup>. Daß es als solche „Voraussetzung“ noch lebenskräftig ist, zeigt eine Verfassungsänderung von 1992, welche das Recht der Länder, „Hoheitsrechte auf grenznachbarschaftliche Einrichtungen [zu] übertragen“, festgestellt und damit die völkerrechtliche Handlungsfähigkeit der Länder bekräftigt hat.<sup>21</sup> Allerdings ist die Entwicklung seit 1867 auch von Brüchen gekennzeichnet, gab es, im Sinne der eingangs zitierten Äußerung Thürers, nicht nur linearen, sondern auch abrupten Wandel, und zwar in erster Linie mit der Revolution des Jahres 1918/19. Daher ist das von Grewe gewählte Bild nicht unproblematisch, die Regelung der auswärtigen Gewalt durch die Weimarer Verfassung bilde eine Brücke zwischen dem Staatsrecht der Bismarckschen Reichsverfassung und dem Verfassungsrecht der Bundesrepublik.<sup>22</sup>

c) Eine nähere Untersuchung des Art. 32 Abs. 3 GG zeigt, daß die Befassung mit der Verfassungs- und Völkerrechtsgeschichte und der Bundesstaatstheorie – von ihrem Eigenwert abgesehen – auch zur Lösung dogmatischer Probleme des geltenden Verfassungsrechts beitragen kann, insbesondere der Frage, ob sich das Vertragsschließungsrecht des Bundes auch auf den Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung der Länder erstreckt. Der Ansicht Klaus Sterns, Artikel 32 biete Auslegungsprobleme, die „mit allen zur Verfügung stehenden klassischen Interpretationsmethoden wohl nicht lösbar“ seien,<sup>23</sup> vermag sich der Verfasser nicht anzuschließen. Zwar führen die wörtliche, systematische und teleologische Methode ohne eine Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Art. 32 GG und des verfassungsgeschichtlichen Hintergrundes zu keinem klaren Ergebnis. Werden aber die Entstehung und der Hintergrund, wie ihn die vorliegende Arbeit aufzuzeigen versucht, gebührend einbezogen, erlauben sie eine Entscheidung der Streitfragen. Die Untersuchung ergibt, daß die Ansicht, dem Bund stehe aufgrund von Art. 32 Abs. 1 GG ein Vertragsschließungsrecht (oder, noch darüber hinausgehend, auch ein Transformationsrecht) auch auf dem Gebiet der ausschließlichen Gesetzgebung der Länder zu, verfassungsrechtlich nicht haltbar ist und auf einem politisch motivierten Wunsch nach „Geschlossenheit“ und „Handlungsfähigkeit“ des 1949 neu konstituierten deutschen Bundesstaates beruht. Dieses Ergebnis hat wiederum Konsequenzen für andere Fragen, darunter das rechtliche Verständnis der „Zustimmung“ der Bundesregierung zu den völkerrechtlichen Verträgen der Länder.

<sup>20</sup> Konrad Hesse, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe 1962, S. 14. Nachdruck in: *ders.*, *Ausgewählte Schriften*, Heidelberg 1984, S. 116, 128.

<sup>21</sup> Vgl. Art. 24 Abs. 1a GG, eingeführt durch Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes vom 21. Dez. 1992 (BGBl. I S. 2086) mit Wirkung vom 25. Dez. 1992. Dazu Kap. 6.VII.2 dieser Arbeit.

<sup>22</sup> Vgl. Grewe, *Auswärtige Gewalt* (Fn. 3), S. 933.

<sup>23</sup> Vgl. Klaus Stern, *Auswärtige Gewalt und Lindauer Abkommen*, in: Jörn Ipsen u.a. (Hrg.), *Verfassungsrecht im Wandel*, Köln 1995, S. 251, 264.

3. Die vorliegende Arbeit ist dem „klassischen“ staatsrechtlichen Thema der Abgrenzung *staatlicher* Kompetenzen im Bundesstaat und der Europäischen Union gewidmet. Das Thema verdient Beachtung, solange Staaten in rechtserheblicher Weise auswärtige Beziehungen wahrnehmen. Dies ist gegenwärtig und auch in der absehbaren Zukunft der Fall – die völkerrechtliche und politikwissenschaftliche Literatur geht ganz überwiegend davon aus, im internationalen System seien die Staaten (noch) die zentralen Handlungsträger.<sup>24</sup> In dieser Hinsicht hat sich in den vergangenen fünfzig Jahren wenig geändert. „Mit den meisten Autoren, die sich bemühen, die Internationalisierung unseres Lebens rechtlich zu begreifen, muß ich (...) betonen, daß wir auch heute noch in einer im wesentlichen auf die Staaten gegründeten Völkerrechtsgemeinschaft leben“, schrieb Hermann Mosler im Jahre 1962,<sup>25</sup> und er könnte dies mit gleichem Recht auch heute sagen. Das Völkerrecht geht nur ausgesprochen unwillig und widerstrebend von seiner Staatenzentriertheit ab, was nicht verwundert, wenn man sich vor Augen führt, daß eben diese seine Eigenschaft als Rechtsordnung der souveränen Staaten seit der frühen Neuzeit sein wichtigstes konstitutives Merkmal ist.<sup>26</sup>

Für das Grundgesetz ist festgestellt worden, es statuiere für die *auswärtige Gewalt* einen „kompetentiellen numerus clausus“, indem er nur den Bund und die Länder – das heißt „Staaten“ – zu Trägern dieser Gewalt berufe.<sup>27</sup> In der erwähnten Verfassungsänderung von 1992<sup>28</sup>, welche die Frage der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von (kommunalen) Gebietskörperschaften in der Form einer Kompetenzzuweisung an die Länder geregelt hat, kann eine Bestätigung dieser Feststellung gesehen werden.

Dabei wird nicht verkannt, daß neben die Staaten zahlreiche andere Akteure getreten sind: nicht nur die von ihnen getragenen und insofern „systemkonformen“ internationalen Organisationen, sondern auch innerstaatliche Gebietskörperschaften ohne Völkerrechtssubjektivität,<sup>29</sup> „private“ Nichtre-

---

<sup>24</sup> Vgl. etwa *Christian Tomuschat*, International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, *Recueil des Cours* 281 (1999), S. 91ff.; *Antonio Cassese*, International Law, Oxford 2001, S. 46ff.; *Colin Warbrick*, States and Recognition in International Law, in: Malcolm D. Evans (Hrg.), International Law, 2. Aufl. Oxford 2006, S. 217.

<sup>25</sup> Vgl. *H. Mosler*, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, *ZaöRV* Bd. 22 (1962), S. 1, 48.

<sup>26</sup> Vgl. zum Zusammenhang zwischen modernem Staat und modernem Völkerrecht *Wilhelm G. Grewe*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, Baden-Baden 1984, S. 33–38.

<sup>27</sup> Vgl. *Ulrich Beyerlin*, Rechtsprobleme der lokalen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, Berlin/Heidelberg 1988, S. 225f.

<sup>28</sup> Vgl. oben bei Fn. 21.

<sup>29</sup> Vgl. dazu in erster Linie die sorgfältige, neben dem deutschen auch das schweizerische und französische Recht berücksichtigende Untersuchung von *Beyerlin* (Fn. 27) sowie *Matthias Niedobitek*, Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge: Bund, Länder und Gemeinden als Träger grenzüberschreitender Zusammenarbeit, Tübingen 2001, und *Mar-*

gierungsorganisationen und Verbände sowie Wirtschaftsunternehmen. Sie alle betreiben heute in unterschiedlichen Formen und mit unterschiedlicher Wirkung „Außenpolitik“ und wirken bei der Erzeugung und Durchsetzung völkerrechtlicher Normen mit. Der „offene Bundesstaat“ ist heute zugleich „offener Verfassungsstaat“, der dadurch geprägt ist, daß „die grenzüberschreitenden Kommunikationsprozesse kein Privileg der organisierten Hoheitsgewalt“ sind (Christian Tomuschat).<sup>30</sup> Diesem Zusammenhang wird im folgenden Abschnitt dieser Einführung nachgegangen.

## *II. Offener Bundesstaat, offener Verfassungsstaat, plurale Völkerrechtsordnung*

1. Was ist gemeint, wenn wir die Bundesrepublik Deutschland als einen „offenen Bundesstaat“ bezeichnen? Der Begriff bezeichnet zunächst den verfassungsrechtlichen Tatbestand, daß das Grundgesetz im Gegensatz zu anderen bundesstaatlichen Verfassungen die Länder „nicht nach außen abgeriegelt“ und ihre „auswärtigen Funktionen (...) nicht völlig auf den Bund übertragen“ hat, wie Hermann Mosler in einer frühen Analyse des Grundgesetzes feststellte.<sup>31</sup> Die Öffnung des Bundesstaates bezieht sich auf die Länder als die Gliedstaaten der Bundesrepublik – ihnen werden neben dem Bund eigene auswärtige und völkerrechtliche Beziehungen ermöglicht.

Diese Öffnung des deutschen Bundesstaates ist, wie ausgeführt, älter als der freiheitliche Verfassungsstaat des Grundgesetzes. Sie kennzeichnete vielmehr schon die Weimarer Republik, das Kaiserreich von 1871 und den Norddeutschen Bund von 1867. Verfassungs- und geistesgeschichtlich ist sie mit der monarchischen Staatsform und der Deutschland eigentümlichen „Verdoppelung“ der staatlichen Ebenen in Reich und Territorien verbunden.

Die Staatsrechtslehre des Kaiserreiches ist nicht auf die Idee gekommen, das Reich einen „offenen Bundesstaat“ zu nennen, obwohl es dies, legt man die

---

*kus Kotzur*, Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa, Berlin 2004. Zu kommunalen Außenbeziehungen *Wolfgang Graf Vitzthum*, Außenpolitik der Gemeinden? In: Albrecht Randelzhofer/Werner Süß (Hrg.), Konsens und Konflikt, Berlin/New York 1986, S. 75–92. Eine wichtige Rolle in der Entwicklung der transnationalen Zusammenarbeit von Gemeinden hat das Europäische Rahmenübereinkommen über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften vom 21. Mai 1980 (BGBl. 1981 II S. 966) gespielt.

<sup>30</sup> Vgl. *Christian Tomuschat*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL Bd. 36 (1978), S. 7, 19. Vgl. auch *dens.*, Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR Bd. VII (1992), S. 483, 520ff.

<sup>31</sup> Vgl. *Hermann Mosler*, Die völkerrechtliche Wirkung bundesstaatlicher Verfassungen, in: *Festschrift für Richard Thoma*, Tübingen 1950, S. 129, 149.

obige Definition zugrunde, war, ja diese Öffnung die Verfassungspraxis stärker bestimmte als diejenige unter dem Grundgesetz.<sup>32</sup> Der Begriff überzeugt nur vor dem Hintergrund eines anderen verfassungsrechtlichen Tatbestands, der erst im Jahre 1949 in die deutsche Verfassungsentwicklung eingeführt worden ist und den Klaus Vogel mit bleibender Wirkung prägnant als die „Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit“<sup>33</sup> bezeichnet hat. Der Parlamentarische Rat verwirklichte die Aufforderung Carlo Schmid: „Wir sollten uns (...) selber die Tore in eine neugegliederte überstaatliche politische Welt weit öffnen.“<sup>34</sup> Der Staat des Grundgesetzes will völkerrechtstreu „als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt“ dienen (Präambel des Grundgesetzes).<sup>35</sup> Er tritt der Außenwelt nicht mit Mißtrauen und latenter Feindseligkeit gegenüber. Ein Denken in Carl Schmittschen Freund-Feind-Schemata liegt ihm fern.<sup>36</sup>

Es mag wahr sein, daß die Verfasser des Grundgesetzes eine Tugend aus dem machten, was auch sie als eine Not ansahen – der konkreten Lage der westdeutschen Länder unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg. Aus einer Zusammenfassung dieser Länder war im Jahre 1949 beim besten Willen kein geschlossener Machtstaat zu machen. Besetzt, demilitarisiert und alliierter

---

<sup>32</sup> Angesichts der überwiegend unitarischen Ausrichtung der Staatsrechtslehre sah sich Georg Jellinek zu der ausdrücklichen Feststellung veranlaßt, es sei „nicht gegen das Wesen des Bundesstaates, wenn den Gliedstaaten ein, wenn auch begrenzter Spielraum freier Tätigkeit nach Aussen eingeräumt ist“ – um sogleich hinzuzufügen: „was indess politisch keineswegs zu billigen ist“. Vgl. *G. Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Wien 1882, Nachdruck Goldbach 1996, S. 308. Vgl. auch Kap. 4.VI.

<sup>33</sup> Vgl. *Klaus Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, Tübingen 1964, S. 33. Vgl. auch *Tomuschat, Verfassungsstaat* (Fn. 30), und *dens.*, *Die staatsrechtliche Entscheidung* (Fn. 30), S. 484–488, sowie *Stephan Hobe, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, Berlin 1998.

<sup>34</sup> *Carlo Schmid*, Rede in der 2. Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rates am 8. Sept. 1948, in: Wolfram Werner (Bearb.), *Der Parlamentarische Rat 1948–1949*, Bd. 9, München 1996, S. 20, 40f.

<sup>35</sup> Vgl. zur Bedeutung des neugefaßten Art. 23 GG im Kontext der übrigen grundgesetzlichen Normen zugunsten einer (integrations-) offenen Staatlichkeit *Ingolf Pernice* in: Dreier (Hrg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2. Aufl., Bd. II, 2006, Art. 23 Rn. 5.

<sup>36</sup> Vgl. aber unter ausdrücklicher Bezugnahme auf C. Schmitt *Josef Isensee, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz*, in: *Isensee/Kirchhof, HStR Bd. IV* (1990), S. 517, 642: „Der Gesamtstaat als Hüter der politischen Einheit“; „dem Bund obliegt die Selbstbehauptung des Gemeinwesens nach außen“; die Länder „sind Staaten ohne Ernstfallrisiko“, sowie *dens.*, *Staat und Verfassung*, in: *Isensee/Kirchhof, HStR*, 3. Aufl., Bd. II (2004), S. 3, 83: „Die Entscheidungs- und Handlungseinheit des Zwei-Ebenen-Staates erfährt ihre Ordnung in der Verfassung des Bundes. Diese muß sicherstellen, daß die mehrstufige Staatlichkeit des Bundesstaates nach außen hin souverän und impermeabel ist ...“. – Vgl. dagegen *Isensees Ausführungen über „Der Bundesstaat als Dimension des grundgesetzlichen Verfassungsstaates“*, in: *Idee und Gestalt des Föderalismus*, S. 649–654.

Herrschaft unterworfen, mit Grenzen versehen, die ausdrücklich unter dem Vorbehalt einer friedensvertraglichen Regelung standen, blieb nichts anderes übrig, als sich zu einer aufrichtigen Zusammenarbeit mit den Nachbarstaaten und der weiteren Welt zu bekennen. Dies aber tat der Parlamentarische Rat mit einer erstaunlichen Entschlossenheit, Konsequenz und Glaubwürdigkeit. „Nicht nur für Deutschland“, so schrieb der Historiker Werner Conze, „ist die Wirklichkeit des politisch und militärisch selbstherrlichen Nationalstaats zu Ende gegangen“.<sup>37</sup> Dieses Faktum nahm der Parlamentarische Rat nicht bloß hin, er *wollte* auch, daß diese Wirklichkeit zu Ende sei. Wenn er eine „beschränkte völkerrechtliche Handlungsfreiheit“ der neuen Bundesrepublik kritisierte, so war damit die als irregulär empfundene alliierte Besatzungsherrschaft gemeint,<sup>38</sup> gerade aber nicht die ausdrücklich unterstützte Integration in die europäische und die Weltgemeinschaft. Diese Haltung des Verfassungsgebers war, wie sich herausstellen sollte, weitblickend, weil sie eine europäische und internationale Verflechtung und Interdependenz der Staaten antizipierte, deren Intensität 1948/49 nur wenige voraussahen.

Daher mußte die Bundesrepublik nicht ängstlich auf ihre Geschlossenheit nach außen hin, auf die Bewahrung einer „einzigsten politischen Einheit“ bedacht sein, sondern konnte ihren Ländern völkerrechtliche Handlungsfreiheit einräumen, so wie sie ihren Bürgern, gesellschaftlichen Verbänden und Wirtschaftsunternehmen in ihrem grenzüberschreitenden Handeln Freiheit läßt. Aus diesem Grunde war es auch ein grundsätzliches Mißverständnis des Grundgesetzes, wenn man sich in den fünfziger Jahren des letzten Jahrhunderts durch eine restriktive Bestimmung des Vertragsschließungsrechts der Länder gemäß Art. 32 Abs. 3 GG um einen nach außen möglichst geschlossenen deutschen Bundesstaat bemühte.<sup>39</sup>

Die Völkerrechtsfähigkeit der Länder ist so unter der Geltung des Grundgesetzes eine Konkretisierung der „Verfassungsentscheidung für eine internationale Zusammenarbeit“ geworden – eine Zusammenarbeit nämlich, die sich nicht auf die Ebene des Bundes beschränkt. Dies verdeutlicht exemplarisch der schon genannte Art. 24 Abs. 1a GG.<sup>40</sup> Damit hat diese tradierte Völkerrechtsfähigkeit einen neuen Geltungsgrund erworben. Aus der Sicht des Grundgesetzes stimmt es nicht, daß sich die „staatsrechtlich begründeten Bin-

<sup>37</sup> Vgl. W. Conze, Die deutsche Nation, Göttingen 1963, S. 165 (zustimmend zitiert von Vogel, Verfassungsentscheidung [Fn. 33], S. 17).

<sup>38</sup> Vgl. etwa die Bemerkungen im Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee über die Beschränkungen der deutschen (Volks-) Souveränität „durch den hoheitlichen Willen fremder Mächte“; Verfassungsausschuß der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, in: Peter Bucher (Bearb.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Bd. 2, Boppard am Rhein 1981, S. 504, 507f.

<sup>39</sup> Vgl. in dieser Einführung unter III.6 sowie Kap. 6 Teile I und III.

<sup>40</sup> Vgl. oben bei Fn. 21.

nenbeziehungen (zwischen Bund und Ländern) *wesenhaft* von den völkerrechtlichen Außenbeziehungen“ unterscheiden.<sup>41</sup> Vielmehr will das Grundgesetz beide der gleichen Autorität des Rechts unterstellen. In diesem Sinne werden die Menschenrechte als „Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“ bezeichnet (Art. 1 Abs. 2 GG, vgl. auch Art. 23 n.F., 24–26). Natürlich verkennt das Grundgesetz nicht den Unterschied zwischen der von ihm errichteten staatlichen Friedensordnung und der institutionell und normativ schwächeren völkerrechtlichen Ordnung. Es sieht darin aber keinen „wesenhaften“ oder notwendigen Unterschied, sondern ist bemüht, durch tatkräftiges Mitwirken an der Schaffung und Durchsetzung des Völkerrechts die Herrschaft des Rechts in den internationalen Beziehungen zu stärken.

2. Die Entscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit impliziert eine Entscheidung für eine plurale Völkerrechtsordnung, in der nicht allein für die („souveränen“) Staaten Platz ist, sondern auch für andere Träger öffentlicher Aufgaben. Das Grundgesetz erkennt an, daß sich bestimmte zentrale Probleme nur in internationaler Zusammenarbeit lösen lassen – wie der Schutz der Menschenrechte, die Wahrung des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt (Art. 1 Abs. 2, Art. 24 Abs. 2), aber auch der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a). Die völkerrechtliche Ordnung soll – auch im Sinne des Subsidiaritätsprinzips (vgl. Art. 23 Abs. 1) – so beschaffen sein, daß sie die Lösung dieser Probleme in funktionell adäquater Weise ermöglicht. Aus diesem Grund sieht das Grundgesetz die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen vor (Art. 24). „Artikel 24 GG ist Ausdruck der vom Grundgesetz konstituierten ‚offenen Staatlichkeit‘“ (Ingolf Pernice).<sup>42</sup> Die Entscheidung des Grundgesetzes für eine „offene Staatlichkeit“ ist daher auch eine Entscheidung für „die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte“<sup>43</sup>. Die Bedeutung des Art. 32 Abs. 3 GG in diesem Zusammenhang ist selten verstanden worden.<sup>44</sup> Man hat die Völkerrechtsfähigkeit der Länder dem „alten“ Recht, der Verfassungstradition zugeordnet, ohne ihre Modernität im Rahmen einer pluralen, funktionell bestimmten Völkerrechtsordnung zu erkennen.

3. Der (nach außen) offene Verfassungsstaat des Grundgesetzes ist aber nicht nur durch seine Völkerrechts- und Integrationsfreundlichkeit geprägt.

---

<sup>41</sup> So aber *Isensee*, Föderalismus (Fn. 36), S. 642 Rn. 220.

<sup>42</sup> Vgl. *I. Pernice* in: H. Dreier (Hrg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl., Bd. II, 2006, Art. 24 Rn. 1.

<sup>43</sup> Vgl. den gleichnamigen Aufsatz von *Mosler* (Fn. 25).

<sup>44</sup> Vgl. aber *Mosler* ebd., S. 7f.: „Das Problem der Erweiterung der zwischenstaatlichen Rechtsgemeinschaft (...) ist nicht so neu (...). Für das 19. Jahrhundert ist an die vom Wiener Kongreß geschaffene (...) Freie Stadt Krakau, Protektorate, *Gliedstaaten von Bundesstaaten* und anerkannte kriegführende Parteien zu erinnern.“ (Hervorhebung hinzugefügt.)