

Freie Universität Berlin

Arbeitspapiere des Interuniversitären Zentrums für deutsches, kroatisches,
europäisches Recht und Rechtsvergleichung Split/Berlin

Herwig Roggemann (Hrsg.)

**Rechtsstaat und Wirtschaftsverfassung
-Deutsche und kroatische Texte zur Einführung-**

**Pravna država i privredni ustav
-Njemački i hrvatski tekstovi za uvod-**

mit Beiträgen von:

Philip Kunig

Dian Schefold

Helmut Lecheler

Helmut Grothe

Zoran Pokrovac

Branko Smerdel

Evgeni Tančev

Herwig Roggemann

© 2002
Beiträge: Autoren
Zusammenstellung
und Bearbeitung:
Herwig Roggemann

ISSN 1617-402X

INHALTSÜBERSICHT

VORWORT

EINFÜHRUNG IN DIE GRUNDZÜGE DES DEUTSCHEN VERFASSUNGSRECHTS	11
Philip Kunig	
I. Einige Überlegungen zum „Einstieg“	11
1. Was versteht man unter Öffentlichem Recht, Staatsrecht, Verfassungsrecht, Verfassungsprozeßrecht?	
2. Verfassungsänderung	
3. Wie ermittelt man den Inhalt der Aussagen des Grundgesetzes?	
II. Die Staatsform der Bundesrepublik Deutschland	16
1. Ein demokratischer Staat	
2. Ein Rechtsstaat	
3. Ein Bundesstaat	
4. Ein Sozialstaat	
5. Ein Umweltstaat?	
6. Ein Staat in Europa	
7. Eine Republik	
RECHTSSTAAT	26
Philip Kunig	
1. ‚Rechtsstaat‘: An Introduction	26
2. The Modern Meaning of ‚Rechtsstaat‘: The State Level	27
2.1. ‚Rechtsstaat‘ as a Type	
2.2. ‚Rechtsstaat‘ as a Constitutional Principle	
3. ‚Rechtsstaat‘ and International Organisations	33
BUNDESSTAAT UND EUROPÄISCHE VERFASSUNG	35
Dian Schefold	
THESEN	35
Einleitung	37
I. Die Bundesstaaten in der EG	38
A. Die Ebene der Mitgliedschaft	
B. Formen der Beteiligung der Länderebene im deutschen Recht	
C. Die Beteiligung der anderen Ebenen im Europarecht	
II. Die Europäische Gemeinschaft als Bundesstaat?	48
A. Die Grundlagen im Völkerrecht	
B. Die bundesstaatlichen Tendenzen	
WIRTSCHAFTSVERFASSUNG – GRUNDLAGEN UND ENTWICKLUNG IN DEUTSCHLAND	57
Dian Schefold	
I. Entstehung und Problematik der Wirtschaftsverfassung in Deutschland	57
II. Das Sozialstaatsprinzip	62
III. Die Wirtschaftsverfassung des Sozialstaates	67
LEITSÄTZE	75
I. Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Wirtschaftssystems	

- II. Zum Sozialstaatsprinzip und seinem Verhältnis zum Rechtsstaatsprinzip
- III. Auswirkungen des Sozialstaatsprinzips auf die Wirtschaftsverfassung

GRUNDFRAGEN DER DEUTSCHEN UND EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTSVERFASSUNG – AM BEISPIEL DER ÖFFENTLICHEN UNTERNEHMEN UND DER PRIVATISIERUNG	79
Helmut Lecheler	
I. Die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes	79
1. „Offene“ Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes	
2. Die offene Frage nach dem notwendigen Umgang der Staatsaufgaben	
3. Ordnungspolitische Klarheit über die legitimen Staatsaufgaben als Voraussetzung für eine sinnvolle Privatisierung	
4. Formen der Privatisierung	
5. Gründe für eine Privatisierung	
6. Gebot zu/Verbot von Privatisierung	
7. Die Rechtsformen staatlichen Handelns	
II. Grundzüge der europäischen Wirtschaftsverfassung	82
1. Die Wirtschaftspolitik verbleibt grundsätzlich bei den Mitgliedsstaaten	
2. Wirtschaftsrechtliche Grundentscheidung	
3. Privatisierung und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinschaft	
4. Privatwirtschaft gegen Service public-Verpflichtung des Staates	
DIE BEZIEHUNG VON SCHULD- UND WÄHRUNGSRECHT IN HINBLICK AUF DIE EINFÜHRUNG DES EURO	89
Helmut Grothe	
I. Die Einführung des Euro	89
II. Konkrete Rechtsfragen	90
III. Hypothetischer Parteiwille	91
IV. Verschiedenste Formen des Währungswechsels	92
V. Rechnungsmethoden	93
VI. Der Fall des Währungswechsels in Hinblick auf die geographische Lage	93
VII. Die Absicherung des Geldwertes	94
DIE VERFASSUNG DER REPUBLIK KROATIEN UND RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN FÜR AUSLÄNDISCHE INVESTITIONEN UND GESCHÄFTSTÄTIGKEIT IN DER REPUBLIK KROATIEN	95
Zoran Pokrovac	
I. Rechtsmodernisierung in Kroatien seit 1990	95
II. Rechtliche Stellung ausländischer Personen	97
1. Eigentumserwerb durch Ausländer	
2. Grunderwerb durch Ausländer	
3. Freier Immobilienerwerb im Falle der Erbfolge	
4. Reziprozität und Zustimmung des Außenministers	
5. „Verbotene Zonen“	
6. Landwirtschaftlicher Boden	
7. Enteignung und enteignungsähnliche Maßnahmen	
III. Kroatien als Steuerstaat	102
DER NEUE ORGANISATIONSAUFBAU DER REGIERUNGSORGANE	104
Branko Smerdel	

I.	Ziele der Verfassungsänderungen	
	104	
II.	Anwendung der Gewaltenteilung	
	105	
III.	Grundformel der Arbeitsgruppe des Präsidenten der Republik	
	106	
IV.	Ausarbeitung eines Vorschlages und (notwendiger?) Kompromisse	108
V.	Verantwortung der Regierung vor dem kroatischen Parlament	
	109	
VI.	Recht auf Auflösung des Abgeordnetenhauses	111
VII.	Aussichten des neuen Organisationsaufbaus der Regierungsorgane	113
CONSTITUTIONALISM, MULTILEVEL GOVERNMENT AND FEDERALISM		115
Evgeni Tančev		
I.	A Theoretical Framework of Multilevel Governance Analysis	
	115	
II.	Constitutional Aspects of Multilevel Government in Bulgaria	
	118	
III.	A Glimpse of Federalism from Bulgarian Constitutionalism	
	121	
PROBLEME DER VERFASSUNGSERNEUERUNG IN MITTEL- UND OSTEUROPA ...		
	124	
Herwig Roggemann		
I.	Postsozialistische Verfassungserneuerung	124
	1. Der Verfassungsstaat als Transformationsziel	
	2. Methodenprobleme	
II.	Verfassung und Gesellschaft in Osteuropa	126
	1. Rechtsstaat und zivile Gesellschaft in Osteuropa	
	2. Grundlagen und Grenzen des Verfassungsstaats in Osteuropa	
III.	Rechtsvergleichung und Verfassungsvergleichung im Verhältnis zu Osteuropa	134
	1. Rechtswissenschaft und postsozialistische Verfassungsentwicklung	
	2. Aufgaben und Methoden der Verfassungsvergleichung	
IV.	Systemtransformation und Verfassungswandel	137
	1. Verfassungsziele und der Weg dorthin	
	2. Postsozialistische Gegenverfassungen	
	3. Textstrukturen und Verfassungsaufbau	
V.	Verfassung und politisches System	141

SADRŽAJ

PREDGOVOR

UVOD U OSNOVE NJEMAČKOG USTAVNOG PRAVA 11

Philip Kunig

I. Nekoliko uvodnih razmišljanja

1. Što možemo razumjeti pod pojmovima javno pravo, državno pravo, ustavno pravo i ustavno procesno pravo
2. Promjena državnog ustava
3. Kako pronaći sadržaj pojma ustav

II. Državni oblik Savezne Republike Njemačke

1. Demokratska država
2. Pravna država
3. Savezna država
4. Socijalna država
5. Ekološka država
6. Država u Europi
7. Republika

PRAVNA DRŽAVA 26

26

Philip Kunig

1. Pravna država; uvod
2. Moderno značenje pojma Pravne države:
 - 2.1. Pravna država kao jedan oblik
 - 2.2. Pravna država kao ustavno načelo
3. Pravna država i Međunarodne organizacije

SAVEZNA DRŽAVA I EUROPSKI USTAV 35

35

Dian Schefold

TEZE

Uvod

- I. Savezne države u Europskoj zajednici
 - A. Jednakost članstva
 - B. Forme sudjelovanja jednakih zemalja u njemačkom pravu
 - C. Sudjelovanje drugih u europskom pravu
- II. Europska zajednica kao savezna država?
 - A. Temelji u međunarodnom pravu
 - B. Tendencija prema saveznoj državi

PRIVREDNI USTAV - TEMELJI I RAZVOJ U NJEMAČKOJ 57

57

Dian Schefold

- I. Nastanak i problematika privrednog ustava u Njemačkoj
- II. Načelo socijalne države
- III. Privredni ustav socijalne države
- IV. Nekoliko vodećih rečenica o:

1. ustavnopravnom utemeljenju privrednog sustava
2. načelu socijalne države i njegovom odnosu prema načelu pravne države
3. utjecaju načela socijalne države na privredni ustav

TEMELJNA PITANJA NJEMAČKOG I EUROPSKOG PRIVREDNOG USTAVA - NA PRIMJERU JAVNIH PODUZEĆA I PRIVATIZACIJE

79

Helmut Lecheler

I. Privredni ustav njemačkog ustava

1. "Otvoreni" privredni ustav ustava
2. Otvorena pitanja nakon nužnih uradaka državnih zadataka
2. Politička transparentnost legitimnih državnih zadataka kao preduvjet za smislenu privatizaciju
4. Forme privatizacije
5. Razlozi privatizacije
6. "zapovijed" privatizacije i zabrana privatizacije
7. Pravne forme državnog djelovanja

II. Glavna značajka europskog privrednog ustava

1. Privredna politika ostaje u načelu u nadležnosti država članica
2. Temeljne odluke privrednog prava
3. Privatizacija i privredno poslovanje Zajednice
4. Privatno gospodarski protiv "servis javnih obveza države"

ODNOSI OBVEZNOG I MONETARNOG PRAVA S OBZIROM

NA UVOĐENJE EURA

89

Helmut Grothe

I. UVOĐENJE EURA

II. KONKRETNA PRAVNA PITANJA

III. HIPOTETSKA VOLJA STRANAKA

IV. NAJRAZLIČITIJI OBLICI PROMJENA VALUTA

V. METODE RAČUNANJA

VI. SLUČAJ MIJENJANJE VALUTE S OBZIROM NA GEOGRAFSKO PODRUČJE

VII. OSIGURANJE VRIJEDNOSTI NOVCA

USTAV REPUBLIKE HRVATSKE I PRAVNI OKVIRNI UVJETI

ZA INOZEMNA ULAGANJA I POSLOVANJA U REPUBLICI HRVATSKOJ

95

Zoran Pokrovac

I. Modernizacija prava u Hrvatskoj od 1990. god.

II. Pravni položaj inozemnih osoba

1. Stjecanje vlasništva stranaca
2. Kupoprodaja zemljišta stranaca
3. Slobodno stjecanje nekretnina kod redosljeda naslijednih redova
4. Reciprocitet i suglasnost vanjskih ministara
5. "zabranjena zona"
6. Temelj poljoprivrede
7. Izvlaštenje i mjere slične izvlaštenju

III. Hrvatska kao porezna država

NOVI SUSTAV USTROJSTVA VLASTI 104

Branko Smerdel

- I. CILJEVI USTAVNIH PROMJENA
- II. PRIMJENA NAČELA DIOBE VLASTI
- III. OSNOVNA FORMULA RADNE SKUPINE PREDSJEDNIKA REPUBLIKE
- IV. IZRADA PRIJEDLOGA I REZULATI (NUŽNIH?) KOMPROMISA
- V. ODGOVORNOST VLADE PRED HRVATSKIM SABOROM
- VI. PRAVO RASPUŠTANJA ZASTUPNIČKOG DOMA
- VII. IZGLEDI NOVOG SUSTAVA USTROJSTVA VLASTI

KONSTITUCIONALIZAM, VIŠERAZINSKO UPRAVLJANJE i FEDERALIZAM 115

Evgeni Tančev

- I. Teoretsko ustrojstvo analize višerazinskog upravljanja
- II. Ustavni aspekti višerazinskog upravljanja u Bugarskoj
- III. Blijesak federalizma Bugarskog konstitucionalizma

USTAVNO PRAVO124

Herwig Roggemann

- I. Postsocijalističke ustavne obnove
 - 1. Ustavna država kao cilj transformacije
 - 2. Metodološki problemi
- II. Ustav i društvo u Istočnoj Europi
 - 1. Pravna država i civilno društvo u Istočnoj Europi
 - 2. Temelji i granice ustavne države u Istočnoj Europi
- III. Pravna i ustavna usporedba u odnosu na Istočnu Europu
 - 1. Istočnoeuropska pravna znanost i postsocijalistički ustavni razvoj
 - 2. Zadaci i metode usporedbe ustava
- IV. Transformacija sustava i ustavni preobražaj
 - 1. Ustavni ciljevi i način njihovog ostvarivanja
 - 2. Postsocijalistički kontra ustav
 - 3. Strukture tekstova i ustroj ustava
- V. Ustav i politički sustavi

VORWORT

Das vorliegende dritte Heft der Arbeitspapiere behandelt zentrale Aspekte der Entwicklung des demokratischen Verfassungsstaats in Deutschland und Europa, insbesondere in Südosteuropa: Rechtsstaatsprinzip, Sozialstaatsprinzip und Wirtschaftsverfassung. In welchen Formen und mit welchen Auswirkungen die Postulate des Rechts- und Sozialstaats der Staatsgewalt und den Wirtschaftsmächten Schranken setzen und zur Konfliktlösung verbindliche justizförmige Verfahren vorgeben, und ob diese rechtsstaatlichen Bindungen effektiv wirken – diese Fragen stellen sich in allen politischen Systemen ständig neu und sind daher ständig neu zu beantworten. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft, des näheren von Verfassungsordnung und Marktwirtschaft bedarf in den traditionellen Demokratien und erst recht in den postsozialistischen Transformationsstaaten ständiger kritischer Kontrolle und Weiterentwicklung der rechtlichen Rahmenbedingungen. Es geht darum, einerseits den notwendigen Individualrechtsschutz und ein Mindestmaß an menschenwürdiger sozialer Sicherheit zu gewährleisten und andererseits die dynamischen Wachstumsbedingungen der Marktwirtschaft nicht durch rechtliche Überregulierung zu lähmen. Ist das angemessene Gleichgewicht im Rahmen von supranationalem Europarecht und nationalem Recht schon in den derzeitigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union schwer zu finden, so gilt dies umso mehr für die Transformationsstaaten und Beitrittsländer, in denen der große Prozeß von der Verstaatlichung zur (Re)Privatisierung der Wirtschaft, verbunden mit gleichzeitiger Anpassung an das Europarecht, zusätzliche sozial- und arbeitsrechtliche Konflikte verursacht. Auch hat die Suche nach demokratiestaatlich funktionsfähiger Machtbalance zwischen den Verfassungsorganen, insbesondere zwischen Präsident und Parlament, in verschiedenen Staaten, so auch in der Republik Kroatien, neuerliche Verfassungsreformen erforderlich gemacht.

Dies Heft versammelt (teilweise gekürzte und für den Abdruck in dieser Form bearbeitete) Beiträge der Gastreferenten des Interuniversitären Zentrums in Split sowie Texte, die in Berlin oder Sofia zur Diskussion gestellt wurden, teils handelt es sich um Mitschriften und Bearbeitungen studentischer und anderer Veranstaltungsteilnehmer. Daß einzelne Texte in deutscher, andere in kroatischer oder englischer Sprache vorliegen, erleichtert den fremdsprachigen Lesern die Auswertung und kann zur Verständigung im supranationalen Rechtsraum der erweiterten Europäischen Union beitragen, zu der voraussichtlich noch in diesem Jahrzehnt auch Bulgarien und Kroatien gehören werden.

Der Herausgeber dankt allen Autoren für die zur Verfügung gestellten Texte, den Studierenden, Stipendiaten und Mitwirkenden in Split, Sofia und Berlin für ihr aktives Interesse und den Referendaren Susen Jäger und Darko Zavrsak für die redaktionelle Bearbeitung.

Berlin/Split, im Herbst 2002

Herwig Roggemann

PREDGOVOR

Treći svezak radnih materijala Interuniverzitetskog pravnog centra Split/Berlin koji je pred vama, raspravlja o centralnim aspektima razvoja demokratske ustavne države u Njemačkoj i Europi, naročito u jugoistočnoj Europi: princip pravne države, princip socijalne države i privredni ustav. U kojem obliku i sa kojim učinkom postulati pravne i socijalne države ograničavaju državnu vlast i gospodarsku moć i koje obvezne pravne postupke za rješavanje sukoba pretpostavljaju, i dali su ove pravnodržavne veze djelotvorne - ova pitanja se uvijek iznova postavljaju u svim političkim sustavima i zato treba stalno tražiti nove odgovore. Odnos države i privrede, naročito ustavnog poretka i tržišne ekonomije zahtjeva u tradicionalnim demokracijama, a naročito u postsocijalističkim tranzicijskim državama stalnu kritičnu kontrolu i razvoj pravnih okvira. Stvar je u tome da se na jednoj strani jamči nužna pravna zaštita svakog pojedinca i barem najmanja mjera socijalne sigurnosti, a da se na drugoj strani ne spriječi dinamičan rast tržišne ekonomije kroz pretjeranu pravnu regulaciju. U ovom kontekstu, u sadašnjim državama članicama Europske unije primjernu ravnotežu je teško naći u okviru supranacionalnog europskog prava i nacionalnog prava, te ovo vrijedi naročito za države u tranziciji, u kojima je veliki proces od podržavljenja do

(re-)privatizacije gospodarstva u sklopu sa istovremenim prilagođivanjem europskom pravu izazvao daljnje socijalne i radnopravne sukobe. Također je potražnja za demokratskodržavnom djelotvornom ravnotežom državne vlasti između ustavnih organa, naročito između predsjednika i parlamenta, izazvala potrebu za nove ustavne reforme u različitim državama, pa tako i u Hrvatskoj.

Ovaj je svezak sakupio (djelom skraćene i za tiskanje u ovom obliku obrađene) priloge gostujućih referenata Interuniverzitetskog pravnog centra Split kao i tekstove o kojima se raspravljalo u Berlinu i Sofiji. Zatim, tu su i spisi i obrade studenata i drugih sudionika predavanja. Tekstovi su napisani na njemačkom, hrvatskom ili engleskom jeziku, što nudi višejezičnom čitatelju više mogućnosti, te može pridonijeti razumijevanju u supranacionalnom pravnom prostoru proširene Europske unije, kojoj će vjerojatno još u ovom desetljeću pripadati i Bugarska i Hrvatska.

Priredivač zahvaljuje svim autorima za predane tekstove na raspolaganje, studentima, stipendistima i svim suradnicima u Splitu, Sofiji i Berlinu za aktivan interes, te vježbenicima

Susen Jäger i Darku Završku za uredničku obradu.

Berlin/Split, jesen 2002.

Herwig Roggemann

Einführung in die Grundzüge des deutschen Verfassungsrechts

von Prof. Dr. Philip Kunig*

I. Einige Überlegungen zum „Einstieg“

1. Was versteht man unter Öffentlichem Recht, Staatsrecht, Verfassungsrecht, Verfassungsprozeßrecht?⁰

Universität und Lehrbücher unterscheiden zwischen **Öffentlichem Recht, Strafrecht und Privatrecht** als den drei „großen“ Rechtsgebieten. In der Sache ist auch das Strafrecht „Öffentliches“ Recht. Das erklärt sich aus dem Gewaltmonopol des Staates. Strafverfolgung obliegt dem Staat und ist Privaten nicht erlaubt.

Wichtig und schwierig ist die **Abgrenzung von Öffentlichem Recht und Privatrecht** (dies nicht nur systematisch oder zur Bezeichnung von Lehrveranstaltungen). Es ergeben sich nämlich Konsequenzen z.B. für den Rechtsschutz (welche Gerichte sind zuständig?), für die Handlungsformen (nur eine Behörde darf einen - einseitig verpflichtenden - Verwaltungsakt erlassen) und für die Haftung (sie folgt im Öffentlichen Recht als sog. Staatshaftung anderen Regeln als zwischen Privatpersonen).

Es gibt etliche **Theorien** für die Abgrenzung von Öffentlichem und Privatem Recht; damit müssen wir uns jetzt nicht näher beschäftigen. „Theorien“ sind in der Rechtswissenschaft (und dem Sprachgebrauch der Gerichte) übrigens nicht unbedingt systematische Erklärungsentwürfe für weit ausgreifende Grundsatzfragen; an vielen einzelnen Rechtsvorschriften hängt „Theorienstreit“. Ganz grob gesprochen und zur Orientierung: Zum Öffentlichen Recht gehören diejenigen Rechtsvorschriften, welche **einseitig und allein die Rechtsmacht eines Trägers öffentlicher Gewalt** (ein Organ des Staates, eine Behörde, also z. B. den Präsidenten des Deutschen Bundestages, das Bezirksamt von Neukölln) betreffen.

Das Öffentliche Recht kann wiederum in **Staatsrecht** einerseits, **Verwaltungsrecht** andererseits untergliedert werden.

* Dekan, Fachbereich Rechtswiss. FU Berlin (Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Völkerrecht, Umweltrecht). Der folgende Text enthält ausgewählte Abschnitte einer Einführungsvorlesung, die einem zweitägigen Colloquium am Interuniversitären Rechtszentrum in der Juristischen Fakultät Split im Sommersemester 2001 zugrunde lagen.

⁰ Weiterführend dazu vgl. von Münch, Staatsrecht I, S. 1-11; Maurer, Staatsrecht, § 1 Rn. 17-44.

Im **Verwaltungsrecht**, mit dem sich vor allem die Grundkurse III und IV beschäftigen, unterscheiden wir einen **Allgemeinen** und einen **Besonderen** Teil. Eine solche Unterscheidung kommt übrigens in Jura häufig vor, so auch im Bürgerlichen Recht und im Strafrecht. Dort betrifft sie aber meistens die innere Ordnung innerhalb eines einzelnen Gesetzes, so im BGB und im StGB, das auch entsprechende Überschriften bildet. Im Verwaltungsrecht sieht das anders aus. Es gibt verschiedene Gesetze, die allgemeine Fragen betreffen, so das Verfahren der Verwaltung und den gerichtlichen Rechtsschutz. Das übrige dagegen, das „Besondere“ Verwaltungsrecht findet sich verstreut in einer **Vielzahl von Einzelgesetzen**, kaum mehr überschaubar. Sie betreffen z. B. Baurecht, Umweltschutzrecht, Polizeirecht, Sozialrecht, Ausländerrecht und Beamtenrecht.

Das Verwaltungsrecht ist sog. einfaches Recht, es ist in „einfachen“ Gesetzen geregelt. Diese Unterscheidung erklärt sich im Abgleich mit dem (nicht „einfachen“, sondern „höherrangigen“) **Verfassungsrecht**. Das Verfassungsrecht ist auf Bundesebene im **Grundgesetz** von 1949 geregelt, auf der Ebene der deutschen Länder durch Landesverfassungen (mit im einzelnen unterschiedlichen Bezeichnungen). In Berlin gilt die „Verfassung von Berlin“ vom 23.11.1995.

Das Verfassungsrecht zieht den Rahmen, innerhalb dessen sonstiges Recht entsteht, und es richtet inhaltliche Anforderungen hieran. Es regelt also die Genese und die Qualität allen anderen Rechts (nicht nur des Verwaltungsrechts). Es legt die Staatsorganisation fest und umreißt die Handlungsspielräume der einzelnen Staatsorgane und ihres Verhältnisses zueinander. Es verbürgt den einzelnen Bürgern Grundrechte.

Verfassungsrecht ist auch ein formeller Begriff insofern, als alle Vorschriften in dem Gesetz „Verfassung“ (also für den Bund im Grundgesetz) verfassungsrechtliche Vorschriften sind. Der Begriff **Staatsrecht** ist damit nicht ganz deckungsgleich, denn allein den „Staat“ betreffende Vorschriften finden sich auch außerhalb des Grundgesetzes, also in „einfachen“ Gesetzen, z. B. im Bundeswahlgesetz oder auch in Geschäftsordnungen von Staatsorganen, wie derjenigen des Bundestages; die Geschäftsordnungen haben übrigens eine eigen geartete Rechtsqualität (dazu später). Auch die Regelungen des Parteiengesetzes (vgl. Art. 21 III GG) über die politischen Parteien kann man als Staatsrecht bezeichnen, obwohl die Parteien gerade keine Staatsorgane sind, sondern eigentlich Vereine (dazu II 1 c).

Verfassungsprozeßrecht ist schließlich solches Recht, das die Organisation und die Verfahren der Verfassungsgerichte betrifft, die es im Bund und in den Ländern gibt, so im Bund das Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BverfGG) und in Berlin das Gesetz über den Verfassungsgerichtshof (VerfGHG).

Öffentliches Recht im Sinne der vier Grundkurse ist Staatsrecht und Verwaltungsrecht.

Öffentliches Recht im Sinne des Grundkurses I ist ein Teil dessen, was eben als Staatsrecht bzw. Verfassungsrecht beschrieben wurde, nämlich einfach gesagt alles, was nicht die Grundrechte betrifft. Diese werden im Grundkurs II behandelt, wo es demzufolge vor allem um den I. Abschnitt des GG geht (einige grundrechtsgleiche Rechte finden sich aber auch noch an anderen Stellen, s. Art. 103 GG). Grundrechte sind einzelne Rechte von Bürgern oder auch sog. juristischen Personen, wie einer Aktiengesellschaft), die das staatliche Handeln einschließlich dessen der Verwaltung umfassend programmieren, bei der Gesetzgebung zu beachten sind und mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden können (s. dazu Art. 1 III, Art. 93a I GG).

Positiv gesprochen: Im **Grundkurs I** geht es um **Staatsorganisationsrecht**. Dabei werden wir das zugehörige Verfassungsprozeßrecht mitbeachten, welches regelt, wie ein Staatsorgan seine Rechte im Prozeß geltend machen kann. Aus (früheren oder künftig denkbaren) verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ergeben sich nämlich die „Fälle“, die in der juristischen Ausbildung so im Vordergrund stehen (im Grundkurs I allerdings erst nach und nach in den Vordergrund treten können).

2. Verfassungsänderung⁰

Natürlich muß eine Verfassung **abänderbar** sein, um neuen Entwicklungen Rechnung tragen zu können. Der Rang einer Verfassung als Ordnung der staatsrechtlichen Grundlagen legt aber Behutsamkeit nahe. Verfassungen sind auf Bestand angelegt. Wünschenswert ist ferner ein Schutz der Integrität des Verfassungstextes: Änderungen sollen Wortlautänderungen sein; keine Verfassungsänderung ohne Verfassungstextänderung. Schließlich kommt in Betracht, bestimmte besonders wichtige Grundaussagen einer Verfassung von der Änderungsfähigkeit ganz auszunehmen. Im GG finden sich diese Gedanken wieder. Es regelt die Voraussetzungen von Verfassungsänderungen in Art. 79.

Der Kontinuität dient das Erfordernis **qualifizierter Mehrheit** in den gesetzgebenden Körperschaften, also zwei Drittel der Mitglieder des Bundestages und zwei Drittel der Stimmen des Bundesrates (Art. 79 II GG). Es kommt auf die gesetzliche Mitgliederzahl an, eine Mehrheit der Anwesenden reicht nicht (Abweichung von der Grundregel des Art. 43 II 1 GG).

Art. 79 I 1 GG verlangt eine **Wortlautveränderung**. Verfassungsdurchbrechungen, wie sie unter Geltung der Weimarer Reichsverfassung vorkamen (und seinerzeit für zulässig gehalten wurden), sind unter dem GG ausgeschlossen.

Für **unabänderlich** erklärt Art. 79 III GG die in den Art. 1 GG und Art. 20 GG

⁰ Weiterführend dazu vgl. von Münch, Staatsrecht I, S. 34-43.

niedergelegten „Grundsätze“; ihre „Berührung“ ist unzulässig. Das bezieht sich auf die in unserer Übersicht unter II.1. bis 4., 7. genannten Staatsformengrundsätze, mit Art. 1 GG aber auch auf Weiteres (den Menschenwürdeschutz, das Menschenrechtsbekenntnis, die unmittelbare Grundrechtsbindung aller drei Staatsgewalten). Hieraus ergeben sich Konsequenzen auch für die Frage der **Abänderbarkeit einzelner Grundrechte**. Das hat zu Fragen geführt, ob die Begrenzungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG), des Asylgrundrechts (Einführung des Art. 16a GG anstelle des früheren Art. 16 II 2: „Politisch Verfolgte genießen Asylrecht“, aber keine Einschränkungen wie heute in Art. 16a II ff. GG) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG), die in den Jahren 1968, 1993 bzw. 1998 eingeführt wurden, verfassungsgemäß waren.

Die sog. **Ewigkeitsgarantie** des Art. 79 III GG wirft auch die Frage auf, ob sich eine Verfassung rechtlich „auf ewig“ gegen ihre Veränderung zur Wehr setzen kann, was hieraus für eine „neue“ Verfassungsgebung (vgl. auch Art. 146 GG) folgt und ob und welche Grenzen sich daraus für die fortschreitende Integration der Bundesrepublik im Rahmen der Europäischen Union (s. Art. 23 GG) ergeben.

3. Wie ermittelt man den Inhalt der Aussagen des Grundgesetzes?⁰

Auch Verfassungsklausur ist **textgebunden**. Es geht um den Nachvollzug von etwas, das andere vorgedacht und schriftlich formuliert haben. Hierfür sind Methoden und methodische Einzelschritte hilfreich, wie sie sich historisch vornehmlich in Auseinandersetzung mit zivilrechtlichen Texten entwickelt haben. In Deutschland wird insofern oft an Lehren angeknüpft, die u. a. von **Savigny** geprägt worden sind.

Auszugehen ist jeweils vom Wortlaut einer Norm (**wörtliche**, manchmal grammatische **Auslegung** genannt). Hier ist oft der allgemeine Sprachgebrauch hilfreich, kann aber auch in die Irre führen, weil manche Begriffe sich im juristischen Sprachgebrauch von der Allgemeinsprache emanzipiert haben, zu „Fachbegriffen“ geworden sind.

Von **systematischer Auslegung** wird gesprochen, sofern sich aus dem engeren oder weiteren Regelungskontext einer Rechtsvorschrift oder aus ihrer systematischen Stellung in einem Gesetz Aufschluß über ihren Inhalt gewinnen läßt, oft auch aus textlich unmittelbar benachbarten Normen. Kein Fall systematischer Auslegung ist im Staatsrecht gegeben, wenn sich die Frage stellt, ob eine in einfachem Gesetzesrecht enthaltene Begriffsbestimmung (z. B. diejenige der politischen Partei in § 2 Part) auch für das Verständnis des entsprechenden

⁰ Weiterführend dazu vgl. Badura, Staatsrecht, A 14-16, Böckenförde, NJW 1976, 2089 ff., auch Maurer, Staatsrecht § 1 Rn. 47-69.

verfassungsrechtlichen Begriffs (vgl. Art. 21 GG) verwenden läßt; denn schon aus Gründen der Normenhierarchie (Höherwertigkeit der Verfassung) kann einfaches Recht einen verfassungsrechtlichen Begriff nicht verbindlich definieren. Oft besteht dennoch weitreichende Identität.

Die Auslegung in Ausrichtung am Zweck (oft wird gesagt: „Sinn und Zweck“) einer Vorschrift (**teleologische Auslegung**) hat besonderes Gewicht. Sie darf aber die Grenzen des Wortlauts einer Norm grundsätzlich nicht überschreiten. Schwierig sind in diesem Zusammenhang die Grenzen zur methodischen Figur der Analogie zu ziehen, welche ihrerseits nicht mehr (bloße) Gesetzesauslegung, sondern Rechtsfortbildung ist. Gerade auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts belegt die Schwierigkeit der Grenzziehung, bedenkt man, daß dieses Gericht funktional teils die Rolle eines verfassungsändernden Gesetzgebers übernommen oder sich jedenfalls in die Nähe dessen begeben hat. Es sieht dazu auch Anlaß in Ansehung von gesellschaftlichem und tatsächlichem Wandel, wie er bei der Formulierung des GG noch nicht absehbar war. Besonderheiten der Verfassungsinterpretation hängen auch mit der eigentümlichen Rolle des Bundesverfassungsgerichts als „zugleich“ Gericht, aber auch Verfassungsorgan zusammen (später mehr u. III. 5.).

Auch historische Gesichtspunkte können zum Verständnis einer Vorschrift beitragen (**historische Auslegung**), dies im Sinne der Ermittlung dessen, was bei der Verfassungsgebung hinsichtlich einzelner Normen erwogen worden ist (sog. Entstehungsgeschichte, für das GG dokumentiert bei Doering/Fußlein/Matz, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts I, 1951, 1 ff.) oder auch im Blick auf verfassungsrechtliche Tradition. Dabei zeigt sich oft, daß das GG einzelne Probleme in bewußter Abkehr von als problematisch erkannten Regelungen der Weimarer Reichsverfassung regelt. An anderen Stellen, vor allem dort, wo die Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern verteilt werden (Art. 70 ff. GG), zeigt sich anhand der Übernahme auch schon zuvor vorhandener Regelungen, daß insoweit Kontinuität erstrebt war.

Insgesamt kommt der historischen Auslegung jedenfalls im Verfassungsrecht nur eine untergeordnete Bedeutung zu.

II. Die Staatsform der Bundesrepublik Deutschland

1. Ein demokratischer Staat

a) Allgemeines⁰

Art. 20 I GG zählt auch „Demokratie“ zu den Strukturprinzipien, Art. 28 I 1 GG verlangt gleiches von den Ländern. Art. 20 II GG formt dies aus: Wahlen, Abstimmungen, dreigeteilte Ausübung der Staatsgewalt durch je „besondere“ Organe (zur Gewaltenteilung später u. 2 c). Abstimmungen finden auf Bundesebene nur hinsichtlich der Neugliederung des Bundesgebietes statt (s. Art. 29 GG). Für die grundgesetzliche Demokratie von prägender Bedeutung sind die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 I 1 GG sowie der die politischen Parteien betreffende Art. 21 GG.

Während die Allgemeine Staatslehre und die Politikwissenschaft verschiedene Demokratietheorien und -modelle erörtern, komme es für die staatsrechtliche Betrachtung entscheidend auf die **konkrete Ausformung** des Gedankens der Volksherrschaft durch das GG an. Es versteht, wie gesagt, Demokratie als Strukturprinzip und stellt Anforderungen an die Legitimation staatlichen Handelns. Es verbürgt aber auch Grundrechte mit besonderem Demokratiebezug, wie die Meinungs- und die Versammlungsfreiheit (s. Art. 5 I, Art. 8 GG). Es legt den Akzent auf **repräsentative**, nicht auf direkte **Demokratie**. Folgende weitere Begriffe sind zu klären: Parlamentarische und parteienstaatliche Demokratie, streitbare Demokratie, freiheitlich-demokratische Grundordnung.

b) Demokratische Legitimation der Staatsgewalt: Wahlen und Abstimmungen⁰

Das Wahlrecht ist auch Individualrecht (sog. **grundrechtsgleiches Recht**), Verletzungen können deshalb mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden, s. Art. 93 I Nr. 4a GG, der auf Art. 38 GG Bezug nimmt (und damit genau genommen Art. 38 I 1 und II GG meint - aber nicht Art. 38 I 2, der kein Bürgerrecht beinhaltet, sondern die Rechtsstellung der Abgeordneten des Bundestages beschreibt; geht es um den Abgeordnetenstatus, greift das Organstreitverfahren, s. Art. 93 I Nr. 1 GG und noch u. III 2 b, zum Parallelproblem bei Parteien sogleich u. c). Der Auftrag des Art. 38 III ist durch das Bundeswahlgesetz umgesetzt.

Folgende Wahlrechtsgrundsätze kennt das GG (sie werden hier jeweils mit Problemstichworten genannt, für deren rechtliche Beurteilung sie von Bedeutung sind):

Die **Allgemeinheit der Wahl**: Aktives und passives Wahlrecht - Begrenzung der Wahl durch Staatsangehörigkeit, Alter, Seßhaftigkeit u. a.

Die **Gleichheit der Wahl**: Fragen des Wahlsystems, Mehrheitswahl, Verhältniswahl, Zählwert und Erfolgswert von Stimmen, 5%-Klausel. Überhangmandate.

⁰ Weiterführend dazu vgl. Dreier, Jura 1997, 249 ff.

⁰ Die Wahlrechtsgrundsätze erörtert Erichsen, Jura 1983, 635 ff., Fragen der Wahlsysteme ders., Jura 1984, 22 ff. Zur Durchsetzung der Wahlrechtsgrundsätze vor dem BverfG vgl. Roth, DVBl. 1998, 214 ff.

- Die **Unmittelbarkeit der Wahl**: Direktwahl, Indirektwahl, Kumulieren und Panaschieren.
Die **Freiheit der Wahl**: Zwang, Gewalt, Drohung; Freiheit zur Nichtteilnahme.
Die **Geheimheit der Wahl**: Sicherung durch institutionelle Vorkehrungen, Briefwahl.

c) Die sog. Mitwirkung der politischen Parteien⁰

Die parlamentarische Demokratie des GG ist wesentlich „**Parteiendemokratie**“ (geworden). Die staatliche Willensbildung ist zwar dem das Volk repräsentierenden Parlament überwiesen, das periodischer Legitimation bedarf. Die Vorformung dieser Willensbildung erfolgt indes wesentlich in den Parteien als auf freiwilligem Zusammenschluß von Bürgern beruhenden Vereinen, denen das GG in Art. 21 die Rolle zuweist, „bei der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken“ (Abs. I 1). Zu Art. 21 III GG s. das Parteiengesetz.

Eine Legaldefinition des Begriffs der politischen Partei findet sich in § 2 I ParteienG. Maßgeblich sind **fünf Merkmale**: Mitgliedschaft von Bürgern - Zielsetzung der Einflußnahme auf die politische Willensbildung - Ambition der Mitwirkung an der Volksvertretung in Bund oder Land - Zeitdauer dieser Ambition - Ernsthaftigkeit der Zielsetzung (vgl. demgegenüber den Begriff des Vereins in § 2 I VereinsG).

Die Parteien haben **zugleich** eine **bürgerlich-rechtliche** und eine **verfassungsrechtliche** Stellung. Daran anknüpfend bestehen Unterschiede hinsichtlich der Geltendmachung von Rechten im Verfassungsprozeß (Verfassungsbeschwerde bzw. Organstreitverfahren, s. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 bzw. Nr. 1 GG; §§ 90 ff. bzw. 63 ff. BVerfGG). „Mitwirkung“ (s. Art. 21 I GG) bedeutet kein Monopol. Im Innenverhältnis der Partei besteht staatsrechtlich modifizierte Vereinsautonomie. Das wirft Fragen etwa hinsichtlich eines Anspruchs auf Mitgliedschaft bzw. für die Zulässigkeit des Parteiausschusses auf.

Schon der Plural in Art. 21 I 1 GG zeigt, daß die Vorschrift vom **Mehrparteienprinzip** ausgeht. Alle Parteien haben einen rechtlich gleichen Status (Chancengleichheit der Parteien, s. auch § 5 ParteienG).

Nach Art. 21 II GG „sind“ gewisse Parteien verfassungswidrig, doch ist die Entscheidung über ein **Verbot dem BVerfG vorbehalten**. „Verfassungsfeindliche“ Parteien dürfen bis zu einer Verbotsentscheidung nicht als verboten behandelt werden. Das wirft Probleme hinsichtlich der Mitglieder solcher Parteien im öffentlichen Dienst auf.

2. Ein Rechtsstaat

⁰ Zur Einführung etwa Maurer, JuS 1991, 811 ff. u. Kunig, Jura 1991, 247 ff.; zum Begriff der Partei in Art. 21 GG und § 2 ParteienG BVerfGE 91, 262 „Nationale Liste“; zur Stellung der Parteien im Verfassungsprozeß s. Maurer, JuS 1992, 296 ff.; zur Vertiefung vgl. Kunig, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 1997, § 216, vor allem Rdn. 45 ff.

a) Allgemeines⁰

Daß die Bundesrepublik ein Rechtsstaat sein soll, läßt sich einzelnen Aussagen des Art. 20 GG entnehmen, obwohl der Begriff dort keine Verwendung findet. Allerdings verlangt Art. 28 I GG den Ländern ab, rechtsstaatlich organisiert zu sein, so daß es nahe liegt, einen entsprechenden Regelungswillen des GG auch für den Gesamtstaat anzunehmen. So entsteht auch ein Bezug zu Art. 79 III GG. „Rechtsstaat“ oder „Rechtsstaatlichkeit“ sind allerdings **Sammelbegriffe**. Sie stehen für verschiedene Anliegen, die teilweise auch gegenläufig sein können, etwa für die Verwirklichung materieller Gerechtigkeit (wie sie auch die Grundrechte gewährleisten wollen und als soziale Gerechtigkeit das Sozialstaatsprinzip, s. u. II. 4.), für das Anliegen der Rechtssicherheit, für Effizienz staatlichen Handelns, seine Verhältnismäßigkeit. Das Bundesverfassungsgericht, die Rechtsprechung auch der Fachgerichte und der überwiegende Teil der Rechtslehre entnehmen namentlich Art. 20 III GG ein eigenständiges, also neben andere Aussagen der Verfassung tretendes und diese oft beeinflussendes **Rechtsstaatsprinzip**, das etliche „**Subprinzipien**“ enthält. Es ist aber (auch hier) darauf zu achten, daß vorrangig einzelne Ausformungen rechtstaatlicher Anliegen, die das GG explizit enthält, für die Beurteilung von Einzelproblemen herangezogen werden, ehe ein Rückgriff auf „das“ Rechtsstaatsprinzip erfolgen darf. Es ist sogar zweifelhaft, ob diesem Prinzip angesichts der Fülle seiner Einzelausprägungen im Text des GG eine eigenständige Funktion zukommt.

b) Der Vorrang und der Vorbehalt von Gesetzen⁰

Mit diesen Stichworten geht es vor allem um Art. 20 III GG, der die staatliche Gewalt an die Verfassung, an Gesetz und Recht bindet. Verschiedene Begriffe sind zu klären und zu unterscheiden: **Vorbehalt des Gesetzes** meint die Frage, für welche Handlungen des Staates es einer gesetzlichen Grundlage bedarf (vor allem für Eingriffe in einzelne Grundrechte, hierauf aber nicht begrenzt). „**Gesetzesvorbehalt**“ meint demgegenüber die im Text des GG enthaltenen sog. Schranken der einzelnen Grundrechte (das gilt nur für die Freiheitsgrundrechte, nicht die Gleichheitssätze; ein „Gesetzesvorbehalt“ ist z. B. Art. 2 II 3 GG). „**Parlamentsvorbehalt**“ bezieht sich auf die Frage, wann es einer parlamentsgesetzlichen Handlungsgrundlage bedarf.

Diese Grundsätze führen zu weiteren Grundbegriffen: Eingriffsverwaltung und

⁰ Weiterführend Badura, Staatsrecht, E, Rn. 45, 46; Battis/Gusy, Einführung in das Staatsrecht, § 6 Rn. 194 und 195; Schmidt-Aßmann, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts I, § 24, Rn. 1-20.

⁰ Weiterführend dazu Krebs, Jura 1979, 304 ff.; vertiefend Eberle, DÖV 1984, 485 ff. S. Auch Erichsen, Jura 1995, 550 ff.; für einen aktuellen Fall s. VerfGH, NJW 1999, 1243 und dazu kritisch Böckenförde, NJW 1999, 1235ff.

Leistungsverwaltung, gesetzesfreie Verwaltung, sog. besondere Gewaltverhältnisse; auch die Frage der Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung spielt in diesem Zusammenhang eine Rolle.

c) Das Prinzip der Gewaltenteilung⁰

Hier ergeben sich wesentliche normative Grundlagen aus Art. 19 I 1, Art. 20 II 2, Art. 80 I.

Gewaltenteilung bzw. -trennung sollen eine Ausbalancierung staatlicher Macht erreichen. Jede der drei Gewalten hat einen für sie gewissermaßen typischen Bereich. Doch „verwalten“ auch Organe der Legislative (vgl. Art. 40 II 1 GG) und solche der Justiz. Und die Exekutive kann Recht setzen, wofür Art. 80 GG Voraussetzungen aufstellt. Das führt zur Abgrenzung des Parlamentsgesetzes von der Rechtsverordnung, der Satzung, den Verwaltungsvorschriften. Die Begriffe der Einzelfallgesetze und der Maßnahmegesetze stehen für rechtsstaatliche Abgrenzungsfragen zwischen Legislative und Exekutive.

d) Der Rechtsstaat als Gerichtsstaat⁰

Als Gerichtsstaat umreißt das GG den Rechtsstaat vor allem in den Art. 19 IV, 92, 97, 98 sowie - im Sinne „grundrechtsgleicher“ Rechte oder auch „Justizgrundrechte“ in den Art. 101, 103 und 104.

Richterlicher Rechtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt ist grundsätzlich garantiert, findet aber auch Grenzen. Der an sich formalen Garantie des Art. 19 IV GG („ein“ Gericht muß zuständig sein) wird ein Gebot **effektiven Rechtsschutzes** entnommen. Rechtsprechung ist bei den Gerichten monopolisiert, ohne daß diese Formulierung auch private Gerichtsbarkeit ausschliesse. Richter müssen unabhängig sein, die Zuständigkeit von Gerichten muß „vor“ ihrer Inanspruchnahme festliegen, Ausnahmegerichte sind unzulässig.

Das Gebot effektiven Rechtsschutzes und die Justizgrundrechte verlangen nach Verfahrensfairneß und Waffengleichheit vor Gericht. Gerichtsfreie Hoheitsakte soll es nicht geben. Das Ausmaß gerichtlicher Kontrolle (die „Kontrolldichte“) kann aber beschränkt sein.

e) Vertrauensschutz gegenüber dem Staat

Der rechtsstaatliche Vertrauensschutz realisiert sich durch verfassungsrechtliche Gewährleistungen mit dem Ziel der **Dispositionssicherheit** für den Bürger. Das betrifft etwa die Bestimmtheit von Normen, aber auch von Einzelakten (s. speziell für das Strafrecht Art. 103 II GG, für Verwaltungsakte § 37 I des Verwaltungsverfahrensgesetzes - VwVfG). Auch den

⁰ Weiterführend dazu Fastenrath, JuS 1986, 194; Wrege, Jura 1996, 436; zur Einzelfallentscheidung „durch Gesetz“ s. Kunig, Jura 1993, 308 ff.

⁰ Weiterführend dazu Pieroth, Jura 1983, 122 und 250 ff., Kunig, Jura 1990, 495 ff.

Grundrechten sind (Grundrechtseingriffe ermöglichende Gesetze) unmittelbar Bestimmtheitsanforderungen zu entnehmen. Des weiteren stellt sich Vertrauensschutz als Schutz vor **rückwirkender Gesetzgebung** dar, wobei zwischen sog. echter und unechter oder auch „retroaktiver“ und „retrospektiver“ Rückwirkung unterschieden wird. In diesen Zusammenhang gehört auch der Vertrauensschutz, den einmal getroffene (bestandskräftige) Handlungen der Verwaltung bewirken. Eine „gefestigte Rechtsprechung“ stößt indes kaum auf verfassungsrechtliche Grenzen, wenn sie für die Zukunft aufgegeben werden soll.

f) Verhältnismäßigkeit des staatlichen Handelns⁰

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit prägt das gesamte staatliche Handeln. Gesetze, die in Rechte der Bürger eingreifen, stehen unter diesem Gebot ebenso wie eingreifendes Handeln der Verwaltung.

Für Freiheitsgrundrechte läßt sich folgendes (grobes) Prüfungsschema bilden: Ist festgestellt, daß eine Person sich in personeller Hinsicht auf ein Grundrecht berufen kann (**Grundrechtsträgerin** ist) und ein von diesem Grundrecht geschütztes Verhalten in Rede steht (**Schutzbereich** des Grundrechts), in den ein auf seine Grundrechtsmäßigkeit zu prüfendes staatliches Handeln eingreift (**Grundrechtseingriff**), so schließt sich die Frage nach der „Rechtfertigung“ dieses Eingriffs an. Dazu muß er sich als Ausdruck einer **Grundrechtsschranke** erweisen (s. schon oben b: Gesetzesvorbehalt); solcher **Schrankenziehung** setzt nun (u. a. aber vor allem der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit**) wiederum Grenzen (daher der Begriff „Schranken-Schranken“).

Der Grundsatz bedeutet im einzelnen, daß das mit der Maßnahme verfolgte **Ziel** verfassungsrechtlich **legitim** ist, daß die Maßnahme zur Zielerreichung **geeignet** und - darüber hinaus - erforderlich ist (Gebot der Anwendung des mildesten Mittels) und sich schließlich auch als **zumutbar** bzw. angemessen erweist (sog. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).

Dem oft auch als „Übermaßverbot“ bezeichneten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz korrespondiert ein sog. Untermaßverbot; hier geht es vor allem um Fragen im Zusammenhang mit staatlicher Untätigkeit, wo (etwa) der Erlaß von Normen gefordert erscheint.

Unabhängig von seiner verfassungsrechtlichen Abteilung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch in einfachen Gesetzen des Verwaltungsrechts (teils unterschiedlich) ausgeformt. S. beispielhaft § 11 des Allgemeinen Gesetzes zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin (ASOG), welcher sich an die Ordnungsbehörden und die Polizei wendet (abgedruckt etwa bei Driehaus, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze Berlin,

⁰ Weiterführend dazu vgl. Schnapp, JuS 1983, 850; Erichsen, Jura 1988, 387 ff. Zur Rolle des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei der Grundrechtsprüfung s. Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 274 ff. Rechtshistorisch Kluth, JA 1999, 606 ff.

Ziff. 200). Das ASOG (es gibt ähnliche Bestimmungen in allen Bundesländern) ist übrigens eines der wichtigsten Gesetze im GK IV, wo es um das Besondere Verwaltungsrecht (s. zum Begriff o. I. 1) geht.

g) Die Haftung des Staates für Unrecht

Zur Rechtsstaatlichkeit gehört auch die Verantwortung des Staates für von ihm gesetztes, ihm jedenfalls zurechenbares Unrecht. Das drückt sich in Art. 34 GG aus (s. dazu auch § 839 BGB). Der Staat kann auch für rechtmäßiges Handeln in (auch finanzielle) Verpflichtungen geraten, s. Art. 14 III GG für Enteignungen.

Das „**Staatshaftungsrecht**“ ist ein eigenes Rechtsgebiet, das vor allem deshalb schwer überschaubar ist, weil es weniger durch gesetzliche Grundlagen als durch Kasuistik der Gerichte geprägt ist. Die Einzelfragen dessen werden meistens in GK III aufgegriffen, teils sogar in allein diesem Gebiet gewidmeten Vorlesungen.

h) Das staatliche Gewaltmonopol und das Recht auf Widerstand

Notwehr und Nothilfe sind Kategorien des Bürgerlichen und des Strafrechts, im übrigen ist „Gewalt“ dem Staat vorbehalten. Art. 20 IV GG ist ein Gegengewicht von theoretischer Bedeutung; möge dies so bleiben.

3. *Ein Bundesstaat*

Allgemeines

Der Begriff Bundesstaat entstammt der Allgemeinen Staatslehre und bezeichnet einen **Typus**, der - historisch und vergleichend gesehen - unterschiedliche Ausprägungen in Deutschland und anderswo gefunden hat. Für die Bewältigung der Rechtsfragen kann diesem Begriff allein noch nicht viel entnommen werden, vielmehr kommt es (auch hier, und also wie bei dem Demokratieprinzip und der Rechtsstaatlichkeit) auf die konkrete Ausformung im GG an. Das Bild deutscher Bundesstaatlichkeit wird konturiert etwa durch Art. 30 ff., Art. 70 ff., Art. 83 ff. GG; s. auch Art. 20 I, Art. 79 III GG.

Der Bundesstaat ist **abzugrenzen vom Staatenbund** bzw. der (europäischen) supranationalen Gemeinschaft (dazu noch u. II. 6.), die neuerdings auch als „**Staatenverbund**“ beschrieben wird. Die Länder der Bundesrepublik sind Gliedstaaten (s. schon o. I. 5.).

Bundesstaatlichkeit hat auch **demokratische Aspekte** („mehr“ Demokratie durch Wahlen und Abstimmungen auch auf der Länderebene). Es besteht auch ein Zusammenhang

mit dem Gedanken der (hier **horizontal** genannten) **Gewaltenteilung** insofern, als es um Ausbalancierung von Gewichten zwischen Bund und Ländern geht. Bundesstaatlichkeit trägt schließlich zur staatlichen **Effizienz** durch Dezentralisierung bei und ermöglicht politischen „Wettbewerb“ der Länder untereinander.

4. Ein Sozialstaat

a) Allgemeines⁰

Die Aufnahme des Adjektivs „sozial“ in Art. 20 I GG (dort grammatisch bezogen auf den Bundesstaat) bzw. in Art. 28 I 1 GG (dort mit Bezug auf den Rechtsstaat) ist Grundlage der eigenständigen Herausbildung des **Sozialstaatsprinzips** geworden. Entstehungsgeschichtlich war dies ein Kompromiß, auch Reaktion darauf, daß das GG, verglichen etwa mit der Weimarer Reichsverfassung, von einer liberal-rechtsstaatlichen Grundrechtskonzeption ausgeht und dem Gedanken sozialer Grundrechte zurückhaltend gegenübersteht. Der auf die Gewährleistung grundrechtlicher Abwehrbarkeit von Eingriffen in Freiheit und Eigentum sowie auf Rechtsgleichheit setzende Rechtsstaat wird durch Sozialstaatlichkeit vor allem zum Schutz derer ergänzt, die nicht bereits über Eigentum als materielles Fundament ihres Daseins verfügen. Das Sozialstaatsprinzip verlangt insoweit nach Einhaltung von Mindeststandards, ist Programm und Auftrag für staatliches Handeln, aber nicht nur bezogen auf die Behebung sozialer Not, sondern wirkt - etwa - auch auf Infrastruktur- und Kulturpolitik ein. Es ist einerseits **Staatszielbestimmung**, andererseits bedeutsam auch im **grundrechtlichen Zusammenhang**, kommt dort (i. V. m. Art. 1 I GG) als Anspruchsgrundlage für das Existenzminimum, aber auch als Eingriffslegitimation (s. u. c) in Betracht.

b) Sozialstaatlichkeit als Gestaltungsaufgabe

Das Sozialstaatsprinzip programmiert die Handlungen **aller drei Gewalten** mit. Es findet sich legislativ ausgestaltet etwa im Sozialgesetzbuch, aber auch im Arbeitsrecht (Kündigungsschutz, Mutterschutz, Jugendschutz, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall), auch im kollektiven Arbeitsrecht (Mitbestimmung bzw. Personalvertretung), ferner im Mietrecht, darüber hinaus im Prozeßrecht (Prozeßkostenhilfe, ein auch rechtsstaatliches Anliegen).

⁰ Weiterführend dazu Bieback, Jura 1987, 229 ff.

Das einfachgesetzlich geregelte Sozialrecht, sozialstaatlich veranlaßt und teilweise auch verfassungsrechtlich geboten, ist ein eigenständiges Teilgebiet des Besonderen Verwaltungsrechts.

Der Verwaltung kann das Sozialstaatsprinzip als Auslegungsmaßstab für unbestimmte Rechtsbegriffe dienen und auch ihr Ermessen anleiten. Insofern ist das Sozialstaatsprinzip auch Maßstab der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

S. als Beispielfall (Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an eine ausländische Großmutter, die ihre in einer ausländischen Arbeitnehmerfamilie aufwachsenden Enkelkinder betreuen soll) BVerwGE 42, 148, besonders 157 ff. (Vorsicht: Das AuslG ist seither geändert worden).

c) Sozialbindung des Eigentums und Sozialisierung, ein Grundrechtsthema

S. Art. 14, 15 GG. Soziale Anliegen können den Gesetzgeber bei der Festlegung bereits des **Inhalts des Eigentums** und sodann seiner **Schranken** anleiten: Bei der nach Art. 14 I 2 GG vorzunehmenden „Bestimmung“ hat er dem Anspruch des Art. 14 II GG zu genügen. Neben die Möglichkeit der Enteignung aus Gemeinwohlgründen (Art. 14 III GG) stellt das GG diejenige der Sozialisierung (Art. 15 GG). Letzteres ist Theorie geblieben.

Die Einzelfragen grundrechtlichen Eigentumsschutzes behandelt GK II; soweit Art. 14 GG für die Haftung des Staates für von ihm begangenes Unrecht oder auch die Entschädigung rechtmäßig bewirkter individueller Einbußen bedeutsam ist, sind dies Fragen des Staatshaftungsrechts (zu dessen Einordnung s. schon o. II 2 g).

5. Ein Umweltstaat?⁰

Als weitere Staatszielbestimmung wurde 1994 Art. 20a GG eingefügt. Wie bei dem Sozialstaatsprinzip handelt es sich nicht um ein Grundrecht, sondern um eine **objektive Vorgabe** für alle drei Gewalten. Praktisch steht dabei die Gesetzgebung im Vordergrund.

„Natürliche Lebensgrundlagen“ sind sog. Umweltmedien, nämlich Luft, Wasser und Boden, darüber hinaus Fauna, Flora, Klima. Ist von „künftigen Generationen“ (sog. Nachweltschutz) die Rede, so trägt dies auch internationalen Entwicklungen Rechnung (Leitgedanke „nachhaltiger Entwicklung“).

6. Ein Staat in Europa⁰

⁰ Weiterführend dazu Schröder, DVBl. 1994, 836 ff.; Fallbeispiel: BVerwG, NJW 1995, 2648.

⁰ Unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips zur europäischen Integration Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 8 ff. Zum Übergang von den „Europäischen Gemeinschaften“ zur Europäischen Union s. Badura, Staatsrecht, D

Das GG öffnet sich hin zur Ebene der europäischen Integration. S. dazu die Präambel sowie vor allem Art. 23 GG, s. auch Art. 45, Art. 52 III a, Art. 88 S. 2, Art. 28 I 3 GG.

Art. 23 GG mit heutigem Inhalt wurde 1992 eingefügt (zuvor war Art. 24 I GG „Integrationshebel“). Er gibt einen **integrationspolitischen Verfassungsauftrag**, markiert aber auch **Schranken** der deutschen Mitwirkung bei der Fortentwicklung der Europäischen Union. Das betrifft verfahrensmäßige Sicherungen, aber auch Inhalte. So werden - aus deutscher Sicht und damit von begrenzter Wirkung - Strukturanforderungen an eine denkbare europäische Verfassung gestellt.

Im einzelnen streitig ist, inwieweit der Hoheitsverzicht zugunsten der europäischen Integration auf verfassungsrechtliche Grenzen trifft, wie sich das einen Geltungs- und Anwendungsvorrang gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten beanspruchende Europarecht zu den Grundrechten des GG verhält und welche die Funktion des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) bei der Fortbildung der Gemeinschaftsverträge ist.

7. Eine Republik⁰

Fraglich könnte es sein, ob es hier nur um den Staatsnamen oder auch ein eigenständiges Rechtsprinzip geht. „Republik „ ist ein **Gegenbegriff zur Monarchie** und zum dynastischen Prinzip, darüber hinaus auch zur Diktatur. Insofern findet das republikanische Prinzip jedenfalls Ausdruck in den Bestimmungen über die Wahl, die Wählbarkeit, die Amtszeit und die Rechtsstellung des Bundespräsidenten als Staatsoberhaupt (näher u. III 1). Das republikanische Prinzip hat auch Bedeutung für die Bestimmung des Begriffs der „freiheitlich-demokratischen Grundordnung“ bzw. der „verfassungsmäßigen Ordnung“ (s. Art. 21 II, Art. 79 III GG).

147. Zum EuGH, zu Arten und Bedeutung des Gemeinschaftsrechts und zur Perspektive „Europäische Verfassung“ ders., D 152, 153, 156 (jeweils mit knapper Einführung und weiteren Lesehinweisen). Zur europäischen Integration vgl. auch Maurer, Staatsrecht, § 4.

⁰ Weiterführend dazu Badura, Staatsrecht, D 26 f.; Isensee, JZ 1981, 1ff.

Rechtsstaat

von Prof. Dr. Philip Kunig

'Rechtsstaat'⁰ is a term of the German language and is not easily translated. 'Recht' stands for 'law' and 'Staat' for 'state'; in English and most other languages grammar or semantics stand in the way of combining both elements into a compound. The theme evoked by the term 'Rechtsstaat' is often referred to as 'rule of law', although the latter expression possesses a tradition of its own and carries connotations different from the German 'Rechtsstaat'.

1. 'Rechtsstaat': An Introduction

'Rechtsstaat' concerns the age-old question of how to achieve order and freedom within a state. It connotes a balance between creating government authority powerful enough to keep peace internally, and externally to protect the state from violence or intervention on the one hand, and on the other hand securing a maximum of individual freedom.

'Rechtsstaat' is a modern coinage which gained currency in German-speaking Europe in the early 19th century, when political thought from the French Revolution and the struggle for independence in British North America found wide support among the middle classes in Germany. English concepts for reigning in the exercise of governmental power through law thus

⁰ Bähr O. 1864 *Der Rechtsstaat*. Kassel, Göttingen

Franck Th. M. 1999 *Democracy, Legitimacy and the Rule of Law: Linkages*. New York University Law School, Public and Legal Theory Working Paper No. 2, New York, Social Science Research Network Electronic Library (SSRN), Working Paper Series <http://papers.ssrn.com>

Hofmann H. 1995 Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats. *Der Staat* 34: 1-32

Kunig Ph. 1986 *Das Rechtsstaatsprinzip*. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen

Kunig Ph. 1995 Völkerrecht als Öffentliches Recht – Ein Glasperlenspiel? *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, ed. by Randelzhofer A, Scholz R, Wilke D. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München: 325-346

Neuman G. L. 1999 U.S. Constitutional Conception of the Rule of Law and the Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz. *Das Grundgesetz im Prozess europäischer und globaler Verfassungsentwicklung*, ed. by Battis U., Kunig Ph., Pernice I, Randelzhofer A: 253-268, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden

Schmidt-Aßmann E. 1987 Der Rechtsstaat. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, ed. by Isensee J, Kirchhof P, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg: § 24

Shapiro I. (ed) 1994 *The Rule of Law*. New York University Press, New York

Sobota K. 1997 *Das Prinzip Rechtsstaat, verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen

Voigt St. 1998 *Making Constitutions Work – Conditions for Maintaining the Rule of Law*. Social Science Research Network Electronic Library (SSRN), Working Paper Series <http://papers.ssrn.com>

also count among the sources which influenced the evolution of 'Rechtsstaat'. From this point of view, a 'Rechtsstaat' is more than mere statehood characterised by an exercise of government power based on, and limited by, law. 'Rechtsstaat' is, moreover, closely connected to democracy as democracy is a mode of legitimising the exercise of power which, if that democratic system is also intended to be a 'Rechtsstaat', needs to be governed by legal rules on the sources of such legitimacy.

The German-language term 'Rechtsstaat' does not represent a phenomenon unique to Germany, but is the semantic and conceptual reaction to a fundamental issue of modern statehood. In the course of efforts to establish the rule of law in Germany, 'Rechtsstaat' had been a political slogan to which various content and political demands attached. It was only later that the term became textually a part of written constitutions. With its many facets and unclear limits it was misused during the Nazi period. After the end of Nazism, 'Rechtsstaat' substantially informed constitutional thinking and is now considered to be a key element characterising the German constitution of 1949, the Basic Law (Grundgesetz); its significance in that text will be further explored below (2.2). For the moment, we wish to concentrate on how and with what kind of implications 'Rechtsstaat' describes a type or a model of state organisation (2.1).

Counterbalancing authority and freedom, 'Rechtsstaat' is not only a task for today's about 200 states, but also for organisations transcending the state level. This is true in particular of integrative processes that have progressed quite far as in the case of the European Community or similar processes that have been launched in South America and other regions. In a wider perspective, it applies likewise to the task of consolidating the United Nations. Evidence for this may be seen in references to a "European Constitution" and in increasing references as to a 'constitutional order' in regard to international law, which has been considerably shaped by the United Nations (3.).

2.The Modern Meaning of 'Rechtsstaat': The State Level

The present-day meaning of 'Rechtsstaat' on the one hand – in general theory of the state – stands for a category, or type, of state and, on the other hand, a legal principle. We may speak of 'Rechtsstaat' as a type, if the law of a state exhibits certain characteristics; these will be presented at 2.1. They derive above all from the constitution of the state in question and may be identified therein. It is immaterial in this regard whether the constitution is embodied

textually in a document, as will most often be the case, or whether it is founded wholly or partly on unwritten law. The question of whether a given state may be considered a 'Rechtsstaat' is a theoretical as well as a practical matter. It is a matter of theory insofar as political and legal doctrine seeks to comprehend and to differentiate hypothetical as well as existing states through systematic concepts. It is a matter of practice in the sense that the tradition of the term 'Rechtsstaat' as a slogan continues to exert its influence: States whose laws wholly or partly fail to satisfy the requirements of 'Rechtsstaat' will be confronted with and forced to justify these failures in domestic political controversy and even in international relations. The more there is consensus on which core elements are necessary to a reasonable organisation of a state which optimally balances the contrasting factors of effective government authority and individual freedom, the more will states be inclined, in their mutual relations, to demand that the concept of 'Rechtsstaat' be made reality. Traditional international law treated such demands as an illegal interference in internal affairs contradicting the rule of the sovereign equality of states. The principle of non-interference in internal affairs has, however, been much eroded during the latter half of the last century. This concerned initially the area of fundamental human rights. International law, today, no longer categorically rules out demands from one state that another respects fundamental human rights. Moreover, there is a tendency to widen the ambit of human rights that are thus internationalised and to include aspects of domestic state organisation: This pertains in particular to human rights which are directly related to democracy, such as freedom of expression. It is, in turn, as a legitimising process, itself an element of 'Rechtsstaat'. For example, states may make the establishment of economic or general political relations conditional on beneficiary states satisfying, in their municipal laws, the requirements of 'Rechtsstaat'. While formal international recognition of another state used to be a merely declaratory act, this might change in future: Recognition of another state is increasingly being predicated on substantive criteria. In the wake of the transformation in Europe during the last decade of the previous century, the Member States of the European Union, for example, demanded that the newly emerged states establish governmental structures of a 'Rechtsstaat' type before the EU would put relations with these states on a formal footing.

While 'Rechtsstaat' as a type covers all states, 'Rechtsstaat' as a principle of constitutional law is confined to a particular state within whose constitutional law this principle may operate. 'Rechtsstaat' as a principle is a legal norm. It governs state authority and may serve as a yardstick in the jurisprudence of a constitutional court. This case is briefly described under 2.2 with reference to German constitutional law.

2.1 '*Rechtsstaat*' as a Type

Consensus may be assumed today that certain elements have to be present for a state to be considered a '*Rechtsstaat*'. Regarding aspects of state organisation (so called formal '*Rechtsstaat*') it is first and foremost the separation of powers, the independence of the judiciary, the need for administrative behaviour to be law-based, and recourse to the courts against acts of government. These elements, however, are closely interrelated with substantive matters. A substantive '*Rechtsstaat*' refers to a state aiming at safeguarding justice through law-conforming action of its legislative bodies, i.e. the respect in legislative enactments of higher-ranking constitutional law. More recently the notion of substantive '*Rechtsstaat*' has come to include the constitutional guarantee of individual rights, that is, fundamental and human rights. Central to all this is the need of all government authority to be bound by law. Thus the distinction between formal and substantive '*Rechtsstaat*' is merely a rough one, and the following three aspects may better illustrate the commonly accepted constituent components of '*Rechtsstaat*'. '*Rechtsstaat*' formulates requirements for the make-up of a constitution; '*Rechtsstaat*' is a state whose objective is the realisation of human dignity; and '*Rechtsstaat*' formulates requirements for the make-up of law in general (not merely constitutional law).

The idea of '*Rechtsstaat*' implies precedence of the constitution over other law. The legislative power is likewise bound by law, in the tradition of most states through a constitutional instrument, i.e. a written constitution, although this is not a necessary feature. Binding the legislative power through higher ranking law does not mean that legislation to amend the constitution may not be passed. A '*Rechtsstaat*', however, will be characterised by formalising any changes to its constitution and by erecting barriers to its modification, usually by requiring especially enhanced majorities. A '*Rechtsstaat*' type constitution will also be guarded against constitutional change through stipulating – in the case of written constitutions – that any amendments shall be expressly made in the text, i.e. by modification of the wording itself or appendix to the constitutional document. This avoids transgressing the bounds of the constitution as well as confusion, which may be caused by the coexistence of texts of equal legal standing. A '*Rechtsstaat*' does not require that a constitution purport to declare some particularly important component parts or substantive elements as immutable, thus fixing them "in perpetuity", although this has indeed been done in some constitutions.

The distinction between higher-ranking constitutional and other law in the concept of

'Rechtsstaat' entails the precedence of the higher-ranking law in cases of conflict. Law incompatible with the higher-ranking law is void or, if possible, has to be interpreted in conformity with constitutional law. 'Rechtsstaat'-type constitutions often spell out which judicial body is qualified to rule with binding effect on constitutionality or unconstitutionality of ordinary law in order to protect the authority of the law from those applying it (executive or judicial branches of government) who might otherwise be tempted to avoid applying the law by alleging its unconstitutionality. It is part of the logic of a 'Rechtsstaat' that, for this reason among others, special courts are created for constitutional matters, but this is not an essential element of a 'Rechtsstaat' as long as other courts remain competent to safeguard the constitution and in particular its precedence over ordinary law.

The classical doctrine of separation of powers, which distinguishes between legislative, executive and judicial branches of government, forms the core of the modern concept of 'Rechtsstaat'. It should be noted, however, that this distinction is only a basic one, with creation of legal norms by the executive branch or administrative bodies not being alien to the concept of 'Rechtsstaat'. Such creation of legal norms does, however, need legal boundaries: laws not enacted by parliament will be acceptable in a 'Rechtsstaat' only if the body creating such laws is by itself sufficiently legitimised. If such laws generate rights and duties of individuals, their making needs to be backed up by an act of the parliamentary legislature. This in turn requires a sufficiently defined scope of the law-making power so delegated – parliament may not transfer its primary legislative responsibility summarily and without limitation to other governmental bodies, or even private norm-creating institutions. 'Rechtsstaat' also demands that political parties – as associations designed to gain political power and which are legitimately also oriented towards particular group interests – are placed outside the ambit of government authority.

A 'Rechtsstaat'-type constitution purports to make fundamental decisions on values regarding the organisation of the state – but only of the state: it does not pretend to comprehensive regulation of society as a whole. On the contrary, such a constitution will leave room for choice. Similarly, it will leave room for choice as regards ordinary domestic law, which must confirm to the constitution without, however, being predetermined by it. Legislating and applying laws does not amount to mere implementation of a constitution. The constitution of a state will not permit to predict how political processes may have to unfold in terms of substance. This limits in particular constitutional courts or other bodies entrusted with safeguarding the constitution – for them, interpreting the constitution means bearing in mind its openness. Safeguarding the constitution thus means identifying where it draws strict limits and where it leaves room for

choice and development. Modern constitutions characteristically use general terms, which may imply the prerogative of legislative choices yet to be made. Constitutional jurisprudence in a 'Rechtsstaat' does bear political traits but remains confined to retracing the decisions already made in the constitution; it may not disregard the decisions of the constituent power.

'Rechtsstaat' includes also the guarantee of individual rights. The core of individual rights is the protection of human dignity. Rights to freedom and to equality alike are intended to afford such protection; they are defensive rights vis-a-vis the state which has a duty to prevent, or at least make an effort to prevent, infringement of these rights in societal relations, i.e. between private persons dealing on equal footing. Individual rights, whether manifested in international, domestic constitutional or ordinary law, have developed in great variety. While not all of these rights will count among the minimum of what a 'Rechtsstaat' requires, a 'Rechtsstaat' must include individual rights guaranteeing life and health, property and the freedom to choose one's occupation, freedom of expression, assembly and association, of individual access to the courts and of protection from discrimination. Access to the courts must not be understood in a formalistic sense: there needs also to be effective protection through granting a fair hearing and independence of the courts. Since 'Rechtsstaat', as has been explained, denotes a type, the concept of 'Rechtsstaat' does not intend to impose a uniform level of fundamental rights. It does not prescribe, for instance, the scope of the protection to be afforded to property or the manner of safeguarding judicial independence.

Given the coexistence on an equal footing of numerous persons enjoying fundamental rights – i.e. all citizens – and given also the need to limit the latitude of individual behaviour in the interest of the state as a whole, a 'Rechtsstaat' needs to formulate rules on the limitability of individual rights and also to define the boundaries of such limitability. In this context, the principle of proportionality in a 'Rechtsstaat' merits emphasis. Proportionality requires a balance between different rights and interests. The test of proportionality in a 'Rechtsstaat' will only be met by such governmental action which is suitable to further a legitimate objective, which is also necessary in the sense that it provides the least restrictive, yet equally suitable alternative available and, on consideration of all relevant circumstances, can be regarded as reasonable.

A third characteristic of a 'Rechtsstaat' is the quality of its law, encompassing the entire legal order and not merely those norms primarily concerned with state-individual relationships; the quality of civil and criminal law are also included. The whole legal system must possess certain qualities. For example, it must meet requirements as to normative clarity to provide legal

certainty, because indeterminate standards are incapable of lending themselves to judicial scrutiny. Moreover, law has to satisfy certain immanent criteria in order to serve as an instrument of guidance: it has to be free of contradictions and designed to retain continuity without unduly impeding social change. It has to be capable of acceptance by those bound by it, not perhaps in every detail but in its entirety. Law whose only prospect of implementation would lie in coercive measures or the threat of such would be doomed to fail. Law in a 'Rechtsstaat' needs to be founded on a basic consensus of what is just.

2.2'Rechtsstaat' as a Constitutional Principle

As explained above, one needs to differentiate between using the term 'Rechtsstaat' for denoting a type and, on the other hand, for denoting a legally operative norm of constitutional law. To qualify a state as a 'Rechtsstaat' does not require such a constitutional principle; its existence is not required if the sum total of constitutional norms already suffices to safeguard the objectives of 'Rechtsstaat' as described above at 2.1. Some constitutions spell out expressly a principle of 'Rechtsstaat', in yet others the principle is derived from interpreting the constitution. In the Basic Law of the Federal Republic of Germany, for example, 'Rechtsstaat' appears as a legal norm in its own right and is frequently resorted to by the Constitutional Court. There is disagreement as to which provision of the Basic Law should serve as the basis for the principle of 'Rechtsstaat'. It is by most considered to be Article 20 para. 3 of the Basic Law which reads that legislation shall be subject to the constitutional order and that the executive and the judiciary shall be bound by law and justice. This only covers a segment of the objectives of 'Rechtsstaat'. Beyond this, the provision is taken to be a directly operative precept to ensure legal certainty, for instance by avoiding indeterminacy in ordinary law or retroactivity of enactments; the principle of proportionality is likewise derived from this precept. State acts not in conformity with this precept are unconstitutional, being incompatible with the principle of 'Rechtsstaat'. Laws may be null and void for this reason.

A general principle of 'Rechtsstaat' as a constitutional norm in its own right is not without risks, due to its own indeterminacy. 'Rechtsstaat' shares this risk with all blanket clauses. Workable civil law could not be imagined if it were limited to stating that behaviour in legal relations should be governed by the principle of good faith alone, and constitutional law may similarly not retreat to merely stating a principle of 'Rechtsstaat', as this would leave decisions on what has to be considered in conformity with 'Rechtsstaat' entirely to the judicial branch. Law dominated by blanket clauses concedes considerable decision-making powers to the courts and could thus not

be safe from arbitrariness. This is why a blanket-clause style of the 'Rechtsstaat' principle can only have secondary relevance. Translating a 'Rechtsstaat' into reality is better achieved by detailed norms that specify relevant objectives and which furnish a safer foundation for applying the law.

3. 'Rechtsstaat' and International Organisations

The notion of 'Rechtsstaat' could be a useful concept also in the sphere of structures transcending individual states, as international organisations also need to strike a balance between overarching interests affecting the whole organisation and those regarding individual members. In the case of traditional international organisations the issue has hardly ever been put forward. These organisations group together equal subjects of international law, i.e. states, in order to pursue jointly certain aims which as a rule remain individual objectives; the sovereignty of participating states remains unaffected. The European integrative community had its starting point in such a structure but had from the beginning been designed to include transfer of sovereignty, and this community has increasingly acquired legal powers that justify looking at it as a new type of organisation. Here, as in other organisations which initially aimed at economic integration but which have the potential to expand beyond this particular sphere, the question of arrangements addressing requirements of 'Rechtsstaat' needs to be raised and the basic distinction between higher-ranking constitutional law and other law would apply also in such a case. Matters of the quality of the law, such as absence of systemic logical inconsistency or its indeterminacy would also need to be addressed, as would issues of safeguarding compliance with the law and judicial control. Derived from the municipal laws of its member states, in the European Union the objective of building a 'Rechtsstaat' legal environment has already been realised to a considerable degree, especially in the judicial branch. The European Court, while not a constitutional court, may be considered as a guardian of the fundamentals of Community law. Preserving the municipal 'Rechtsstaat' heritage in supranational structures is an important task for the future that will grow more urgent as creation, enforcement and control in the area of law is transferred to the integrated, supra-national level.

Experiences gained in connection with 'Rechtsstaat' are of interest also to international organisations to which member states have not transferred sovereign rights insofar as such organisations are competent to issue legally binding decisions, define legal norms or to impose sanctions. Special organisations such as the World Trade Organization (WTO) or the United Nations (UN), as *the* global international organisation designed to secure peace, as

renunciation of the use of force, and, beyond that, to secure basic human needs, come to mind in this regard as their charters comprise normative potentiality, in particular in the case of the UN Security Council which has powers that would enable it to fashion international relations in a legally binding manner far more than has to date been actually achieved. The UN Security Council may be viewed as an organ of law enforcement. Apart from the right of self-defence of individual states, the Council enjoys a kind of monopoly of the use of force. Measuring this position against the yardstick of 'Rechtsstaat' will reveal numerous shortcomings: The Council acts on the strength of norms whose determinacy may be open to question. It enjoys a monopoly on the use of force without legal safeguards, which would ensure that it acts to protect subjects of law who are threatened with violence by individual states. Being dominated by a privileged group of states, its legitimacy is in doubt. Judicial control is not ensured either, as the International Court of Justice does not exercise the role of a constitutional court in respect of the UN Charter as an international constitutional order. Any step in the direction of transforming the United Nations into a global state-like structure therefore imperiously calls for expansion of 'Rechtsstaat' elements. This naturally cannot be achieved by simply imposing regulatory patterns tried and tested in 'Rechtsstaat'-type national jurisdictions, but the tradition of 'Rechtsstaat' offers a rich lode of lessons that will have to be heeded in the efforts to find an adequate legal framework for the modern world system and its segments.

Bundesstaat und Europäische Verfassung

von Prof. Dr. Dian Schefold*

THESEN

I. Die Bundesstaaten in der EG

1. Im Bundesstaat können der Zentralstaat und die Gliedstaaten Träger auswärtiger Gewalt sein und daher der EG/EU beitreten. Praktisch ist Vertragspartner jedoch der Zentralstaat.
2. Vor dem Hintergrund der Möglichkeit einer (deutschen) Verfassungskontrolle des Europarechts hat Art. 23 GG in der Fassung vom 21.12.1992 die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EG/EU neu geregelt und erschwert, so daß die Zustimmungsgesetze heute weithin den Anforderungen an Verfassungsrecht entsprechen. Dennoch überprüft das Bundesverfassungsgericht solche Gesetze auf Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz.
3. Richtlinien der EG, die den Zuständigkeitsbereich der Länder betreffen, werden teilweise durch Landesrecht umgesetzt.
4. Bundestag und Bundesrat werden an der Formulierung der Europapolitik der Bundesrepublik Deutschland beteiligt, vor allem durch die Mitwirkung eines speziell dafür eingerichteten Bundestagsausschusses und einer Europakammer des Bundesrats.
5. Bundesrat und Länder haben Mitspracherechte in europäischen Angelegenheiten, deren Maßgeblichkeit vom Intensitätsgrad bestimmt wird, mit dem Länderinteressen berührt sind.
6. Die Länder haben eigene Vertretungen bei der EG, allerdings nicht mit diplomatischem Status.
7. Art. 263 – 265 EGV ermöglichen den „Regionen“, im für sie geschaffenen Ausschuß der EG mitzuwirken. In Deutschland sind daran die Länder und die kommunalen Spitzenverbände beteiligt.
8. Auch durch die Regionalförderung aus Fonds der EG treten die innerstaatlichen

* Professor em. an der Universität Bremen. Die folgenden Texte geben ausgewählte Abschnitte der vom Verfasser im Rahmen zweier Colloquien am Interuniversitären Rechtszentrum im Dezember 2000 und im Juni 2001 gehaltenen Vorlesungen wieder. Auf die Wiedergabe von Fußnoten mußte verzichtet werden.

Gliederungen in das Blickfeld der EG.

9. Nach Art. 203 EGV können Minister der Länder sogar im Europäischen Rat mitwirken.

II. Die Europäische Gemeinschaft als Bundesstaat?

10. Die europäischen Verträge sind, ungeachtet faktischer Entwicklungen, völkerrechtliche, wenn auch teilweise in qualifizierter Weise genehmigte Verträge.
11. Die Staatsgewalt der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ wird daher von der EG vorausgesetzt und akzeptiert.
12. „Die Völker Europas“ werden von den Verträgen anerkannt, so daß die Entwicklung zu einem europäischen Volk nicht vorgesehen ist. Ist sie möglich?
13. Die unbegrenzte Dauer der Verträge (Art. 312 EGV, Art. 51 EUV) ist das Bekenntnis der EG/EU zu einer dauerhaften, nicht dem Belieben der Mitgliedstaaten anheim gegebenen Verbindung.
14. Die eigenständige Rechtsordnung der Gemeinschaft (acquis communautaire) mit Anwendungsvorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten gibt der Gemeinschaft einen festen, einheitlichen Wirkungszusammenhang.
15. „Die Völker Europas“ sind nach den Regelungen über europäische Wahlen, Unionsbürgerschaft und den faktischen Tendenzen auf die Entwicklung eines europäischen Volkes hin orientiert.
16. Der Begriff des Bundesstaats erweist sich in der Entstehung des deutschen Bundesstaats von 1867/71 und 1948/49 nicht als vorgegebene, feste Größe, sondern als Modell, das sich faktisch herausgebildet hat und erst später juristisch analysiert worden ist.
17. Allerdings kommt die Lösung des Bundesstaats auch als Kompromiß zwischen divergierenden Interessen in Betracht und kann bei fortdauernder Divergenz zu einem Zerbrechen des Zentralstaats führen .

Einleitung

Noch wagt kaum jemand, von einem europäischen Bundesstaat zu sprechen. Um Befürchtungen in dieser Richtung keinen Grund zu geben, verzichten auch die Befürworter

einer wirklichen europäischen Einigung lieber darauf, das Reizwort des Staates auf europäischer Ebene zu verwenden, und statt von einem europäischen Volk, ist noch immer von den Völkern Europas die Rede. Umgekehrt sind die Euroskeptiker innerhalb der Gemeinschaft höchst empfindlich, wenn auch nur von Föderalismus oder einer stärkeren Vereinheitlichung die Rede ist. Das vom deutschen Bundesverfassungsgericht geschaffene Unwort des „Staatenverbunds“ ist das höchste, was man der Europäischen Gemeinschaft (oder Union) gönnt; der Weg in Richtung auf den Bundesstaat soll nicht gegangen werden.

Dem entspricht dann, daß die Gründungsverträge nach wie vor völkerrechtliche Verträge sind, von den einzelnen Mitgliedstaaten unterzeichnet, angenommen und auf dieser Grundlage nach völkerrechtlichen Regeln ratifiziert. Eine (andere) verfassungsgebende Gewalt in Europa existiert nicht und ist auch nirgends vorgesehen. Der Weg zur Verfassung eines europäischen Bundesstaats erscheint daher weit.

Dennoch, die Schritte zumindest in Richtung auf eine Verfassung werden immer konkreter und in ihrer Richtung eindeutiger. Es genügt, an jüngste politische Entwicklungen wie die Erarbeitung der europäischen Grundrechte-Charta, an den Vorschlag des deutschen Außenministers Fischer, an die Beschlüsse der Regierungskonferenz von Nizza und die Arbeiten des Konvents zu erinnern. Aber auch der geltende Stand der europäischen Verträge nähert sich immer mehr den Standards einer Verfassung an. Haben schon die Prinzipienklärungen von Maastricht, vor allem in den Artikeln B (jetzt Art. 2) und F (jetzt Art. 6) den Anspruch eigentlicher verfassungsstaatlicher Garantie erhoben, so zeigt die Neuredaktion des Amsterdamer Vertrags mit fortlaufender Artikelfolge, daß sich die Verträge ähnlichen Charakter zuschreiben. Und in der Tat sind die Prinzipien der Verträge, gegründet auf Freiheit, Demokratie, Menschenrechte und Grundfreiheiten, Rechtsstaat, Kohärenz oder Solidarität, weitgehend den klassischen Verfassungsprinzipien der Mitgliedstaaten, vor allem dem Prinzip der Demokratie, des Rechtsstaats und des Sozialstaats, parallel. Insofern zeichnet sich zwar nicht von der verfassungsgebenden Instanz, wohl aber vom Inhalt her die Existenz eines europäischen Verfassungsrechts ab. Es beruht auch auf dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten und steht dazu in einem Spannungsverhältnis. Zusammenarbeit der Völker und Entwicklung der Union gehören zu den Grundlagen europäischen Verfassungsrechts.

Dies muß das Augenmerk darauf lenken, daß drei der bisherigen Mitgliedstaaten, Deutschland, Belgien und Österreich, als Bundesstaaten verfaßt sind. Die Bedeutung dieser Tatsache wird

dadurch unterstrichen, daß in weiteren Staaten, vor allem in Spanien, Italien und Frankreich, die Regionalisierung innerstaatliche Gliederungen ermöglicht, die der Stellung von Gliedstaaten im Bundesstaat ähneln. Das Kooperationsprinzip der Unionsverträge findet damit eine Parallele im einzelstaatlichen Recht.

Dies führt mich zu drei aufeinander aufbauenden Fragestellungen: Zunächst ist zu fragen, wie sich der mehrstufige Staat an der Europäischen Gemeinschaft und Union beteiligt, was auch einbezieht, wie sich das Gemeinschaftsrecht auf die Mehrstufigkeit in den Mitgliedstaaten auswirkt (I). Sodann ist zu fragen, ob diese Mehrstufigkeit von Mitgliedstaaten als Interpretationsschema für die Europäische Gemeinschaft und Union tauglich sein kann (II). Dies führt zur allgemeinen Frage, ob und wie der Staatsbegriff durch diese Entwicklungen beeinflußt und verändert wird (Die Ausführungen dazu mussten hier weggelassen werden).

I. Die Bundesstaaten in der EG

A. Die Ebene der Mitgliedschaft

Wenn zur Bundesstaatlichkeit die Existenz zweier staatlicher Ebenen, von Bund und Gliedstaaten, gehört, so fragt sich, welche Ebene Mitglied der Europäischen Gemeinschaft wird, und wie die andere Ebene daran zu beteiligen ist. Jedenfalls in Deutschland kommen Bund und Länder als Subjekte des Völkerrechts in Betracht und können daher völkerrechtliche Verträge abschließen (Art. 32 III GG). Letzere Möglichkeit ist zwar in Regionalstaaten regelmäßig nicht gegeben. Aber die Gliederung eines Bundesstaats läßt solche Lösungen zu.

Immerhin bleibt sie auch in Deutschland eine Ausnahme. Im Prinzip ist auch für die Bundesrepublik davon auszugehen, daß die auswärtige Gewalt Sache des Bundes ist, wie es schon gestützt auf die klassische Lehre von der auswärtigen Gewalt (Locke, Montesquieu) die amerikanische Unionsverfassung vorgesehen hat. Folglich ist der Abschluß völkerrechtlicher Verträge vorrangig dem Bund vorbehalten und für diesen Fall ausdrücklich geregelt (Art. 59 GG); Länder, die völkerrechtliche Verträge abschließen, bedürfen dazu der Zustimmung des Bundes.

Aus dieser Regelung folgt die Zuständigkeit zum Beitritt zu der Europäischen Gemeinschaft. Der Beitritt wird vom Bund erklärt, wie es seit 1992 Art. 23 GG ausdrücklich sagt; entsprechend ist zugleich geregelt worden, daß die Länder im Bereich ihrer Zuständigkeiten mit Zustimmung der Bundesregierung Hoheitsrechte auf grenznachbarschaftliche Einrichtungen übertragen können (Art. 24 Ia GG). Aber der Beitritt der Bundesrepublik insgesamt wirkt sich auch auf Rechtsmaterien aus, deren Regelung zum Zuständigkeitsbereich der Länder gehört, vor allem auf den Gebieten der Kultur und der Medien. Von daher stellt sich das Problem, daß trotz Mitgliedschaft des Zentralstaats an der Europäischen Gemeinschaft auch die Länderebene involviert ist und deshalb Anspruch auf Beteiligung erheben kann.

B. Formen der Beteiligung der Länderebene im deutschen Recht

1. Von besonderer Bedeutung ist insofern der *Beitritt zu den Verträgen*. Handelte es sich dabei ursprünglich um normale völkerrechtliche Verträge, so konnte der Bund nach dem ursprünglichen Wortlaut und Regelungsgehalt des Art. 24 I GG beanspruchen, die Hoheitsrechte auf die europäischen Einrichtungen durch einfaches Bundesgesetz zu übertragen. Das war einfach und insofern einigungsfreundlich; aber es warf das schwerwiegende Problem auf, wie sich ein solches einfaches Zustimmungsgesetz zur deutschen Verfassungsordnung verhalte. Mit anderen Worten: Da das Bundesverfassungsgericht völkerrechtliche Verträge auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz nachprüfen kann, wäre immer denkbar gewesen – und könnte es theoretisch auch heute noch denkbar sein –, das Zustimmungsgesetz zu den europäischen Verträgen auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu überprüfen. In der Tat sind solche Versuche gemacht worden, allerdings ohne Erfolg.

Mit dieser Frage hängt die viel diskutierte und umstrittene zusammen, ob die deutschen Gerichte die Vereinbarkeit sekundären, also auf der Grundlage der europäischen Verträge erlassenen Rechts mit dem Grundgesetz nachprüfen dürfen. Bekanntlich hat das deutsche Bundesverfassungsgericht in einer ersten Entscheidung („Solange I“, E. 37, 271) die These aufgestellt, daß das Bundesverfassungsgericht angesichts der Grundrechtsdefizite im europarechtlichen Bereich die Möglichkeit haben müsse, Verstöße von EG-Verordnungen gegen Grundrechte des Grundgesetzes festzustellen. Die Entscheidung hat damals viel böses Blut gemacht und heftigen, europarechtlich berechtigten Widerspruch erfahren. Sie hat aber auch den Anlaß dazu gegeben, den Grundrechtsschutz im Bereich der Europäischen Gemeinschaft auszubauen. Angesichts dieser Situation hat das

Bundesverfassungsgericht in einer weiteren Entscheidung („Solange II“, E. 73, 339) seinen Standpunkt revidiert. Es hat die Fortentwicklung des Grundrechtsschutzes auf europäischer Ebene anerkannt und die Notwendigkeit eingeräumt, daß über die Gültigkeit sekundären Gemeinschaftsrechts einheitlich und auf europäischer Ebene entschieden werde. Solange dies gewährleistet sei, hat daher das Bundesverfassungsgericht erklärt, von seiner zunächst in Anspruch genommenen Prüfungszuständigkeit Abstand zu nehmen.

Vor diesem Hintergrund muß die schon erwähnte Grundgesetzänderung vom 21. Dezember 1992, die die Zugehörigkeit der Bundesrepublik zu den europäischen Gemeinschaften und zur Union generell ordnet, verstanden werden. Aus Anlaß der Zustimmung zum Vertrag von Maastricht wurde im neuen Art. 23 GG auch der Beitritt zur Europäischen Union geregelt. Die ziemlich komplizierte Bestimmung läßt sich auf folgende Grundaussagen zurückführen:

- (1) Im Prinzip bekennt sich die Bundesrepublik zur Mitwirkung in der Europäischen Union (Art. 23 I 1 GG).
- (2) Die Übertragung von Hoheitsrechten bedarf eines Gesetzes, das jetzt – was früher umstritten war – immer der Zustimmung auch des Bundesrats als der Vertretung der Länder bedarf.
- (3) Bewirkt die Begründung oder Veränderung der Rechtsgrundlagen der Europäischen Union inhaltliche Änderungen am Grundgesetz, so bedarf das Zustimmungsgesetz der für eine deutsche Verfassungsänderung erforderlichen Mehrheit (2/3 in Bundestag und Bundesrat, Art. 79 II, vgl. Art. 23 I 3).
- (4) Auch dann sind jedoch die vom Grundgesetz gezogenen Grenzen für Verfassungsänderungen einzuhalten, und zwar
 - a) das Verbot einer Änderung der Grundprinzipien des Föderalismus, der Art. 1 und 20 (Menschenwürde, grundlegende Verfassungsprinzipien) nach Art. 79 III (Art. 23 I 3);
 - b) überdies wird als Charakterisierung der Europäischen Union eine Verpflichtung gegenüber den „demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität“ festgehalten und ein „diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz“ gefordert (Art. 23 I 1).

Man wird folgern dürfen, daß die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit für sich beansprucht, die Einhaltung aller dieser Grenzen zu überprüfen. Im Ergebnis bedeutet dies eine Erschwerung des Beitritts der Bundesrepublik zur Europäischen Union und damit der Mitarbeit der Bundesrepublik auf dieser Ebene.

Von hier aus liegt Kritik an der Neuregelung nahe. Sie kann schon dabei einsetzen, daß die geforderte verfassungsändernde Mehrheit das weitere Erfordernis der Verfassungsänderung in Deutschland, daß nämlich das Grundgesetz nur durch Gesetz geändert werden kann, das „den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt“ (Art. 79 I 1 GG), nicht erfüllen kann: selbstverständlich können die europäischen Verträge nicht voll inhaltlich zum Gegenstand des Grundgesetzes gemacht werden. Zwar hat man bestimmte durch Maastricht bewirkte Änderungen der deutschen Verfassungsordnung im Grundgesetz verankert (Art. 28 I 3, 88 Satz 2), und gegenwärtig steht wegen der Zulassung von Frauen zur Bundeswehr eine weitere Verfassungsänderung an. Aber damit können nicht sämtliche Überlagerungen des deutschen Verfassungsrechts durch das Europarecht erfaßt werden. Dahinter steht der grundsätzlichere Einwand. Wenn die Ordnung der Europäischen Gemeinschaft, wie es die Rechtsprechung des Gerichtshofs postuliert, eine eigenständige Rechtsordnung mit Anwendungsvorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten darstellt, können diese keine Bedingungen für diesen Vorrang formulieren. Der „acquis communautaire“ gilt unabhängig vom Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten und im Konfliktfall auch im Widerspruch dazu.

Der Konflikt trat sofort zutage, als das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Maastricht vor dem Bundesverfassungsgericht durch Verfassungsbeschwerde angefochten wurde. Gewiß wies das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung (E. 89, 155) die Verfassungsbeschwerde zurück. Aber es insistierte auf dem deutschen Verfassungsrecht als Prüfungsmaßstab und damit einer Begrenzung der Tragweite des deutschen Zustimmungsgesetzes durch die verfassungsrechtlichen Maßstabnormen. Für den Fall eines Verstoßes behielt das Bundesverfassungsgericht sogar ausdrücklich seine Kontrolle über Akte der Europäischen Gemeinschaft vor, wenn diese außerhalb der ihnen rechtmäßig übertragenen Zuständigkeiten handeln sollte. Von praktischer Bedeutung kann dies vor allem für die Frage der Einhaltung der Zuständigkeitsgrenzen im Verhältnis von Bund und Ländern sein. Insofern hat das Bundesverfassungsgericht (E. 92, 203) bereits das Verhalten der Bundesregierung bei der Zustimmung zur Fernsehrichtlinie der EG kritisiert, und auch in der Frage der Tabakwerbung hat es die Zulässigkeit der

einschlägigen EG-Richtlinien geprüft, wenn auch mit positivem Ergebnis (E. 95, 173). Insgesamt aber hat sich der Zuständigkeitsbereich der Länder als ausgesprochen widerstandsfähig gegenüber einer Übertragung von Zuständigkeiten auf die europäischen Instanzen erwiesen.

2. Folge dieser Zuständigkeitsbegrenzung ist, daß in Einzelfällen auch die Länder zur *Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft* zuständig sein können. Das gilt etwa in Bereichen des Fernsehens, wo die europäische Richtlinie durch Staatsverträge der Länder umgesetzt wird. Auch im Bereich des Berufsausbildungsrechts haben die Länder Zuständigkeiten, die zur Umsetzung von EG-Richtlinien ermächtigen bzw. erfordern, die Länder daran zu beteiligen.

Allerdings sind diese Fälle nicht eben häufig. Der Grund liegt an einer praktischen Abgrenzung der Zuständigkeit von Bund und Ländern aufgrund eines informellen Verwaltungsabkommens, des „Lindauer Abkommens“ von 1957, das im Zweifel dem Bund den Abschluß und die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge gestattet, allerdings unter Beteiligung und Mitwirkung der Länder. Dieses im allgemeinen völkerrechtliche Vertragsrecht eher als Kooperationsmaxime ausgestaltete Verfahren ist die Grundlage dafür gewesen, die Beteiligungsrechte auch im EG-Recht auszuweiten.

3. Vor diesem Hintergrund erweist sich als entscheidende Frage, ob und wie die *Länder*, namentlich der *Bundesrat*, und der *Bundestag* an der auswärtigen Politik, vor allem der europäischen Einigung, *beteiligt werden können*. Parallel zum schon erwähnten Lindauer Abkommen wurde im Zustimmungsgesetz zu den europäischen Verträgen von 1957 eine Informationspflicht der Bundesregierung gegenüber Bundestag und Bundesrat festgeschrieben. Seit der Einheitlichen Europäischen Akte von 1986 und dem dazu erlassenen Zustimmungsgesetz ist diese Pflicht konkretisiert und zu einem eigentlichen Mitspracherecht des Bundestags sowie, falls die Rechte der Länder berührt sind, des Bundesrats erweitert worden.

Damit war die Grundlage der heutigen Regelung gelegt, die sich jetzt in Art. 23 II GG in der Fassung von 1992 findet. Die Bundesregierung hat einerseits dem Bundestag Gelegenheit zur Stellungnahme vor ihrer Mitwirkung an Rechtssetzungsakten der Europäischen Union zu geben und diese Stellungnahme zu berücksichtigen, was durch ein Gesetz vom

12.3.1993 konkretisiert wird. Insofern von entscheidender Bedeutung ist der Ausschluß des Bundestags für Angelegenheiten der Europäischen Union nach Art. 45 GG, der die Rechte des Bundestages auch im Auftrag des Plenums selbständig wahrnehmen kann, so daß eine ganz kurzfristige Stellungnahme möglich ist. Gegenstück dazu ist die wesentlich eingehender geregelte Beteiligung des Bundesrats und der Länder (Art. 23 IV – VII), ebenfalls durch ein Gesetz vom 12.3.1993 weiter ausgestaltet. Auch hier ermöglicht die durch Art. 52 IIIa GG eingeführte „Europakammer“ des Bundesrats eine kurzfristige Stellungnahme. Damit wird die Europapolitik der Bundesregierung von Bundestag und Bundesrat mitbestimmt und legitimiert. Zugleich engt dies, obwohl die Stellungnahmen für die Bundesregierung nicht absolut verbindlich sind, sondern nur „berücksichtigt“ werden müssen, die europapolitische Handlungsfreiheit der Bundesregierung ein und erschwert damit die Beschlußfassung im Rat der Europäischen Gemeinschaft.

4. In unserem Zusammenhang ist vor allem die *Beteiligung von Bundesrat und Ländern in EG-Angelegenheiten* von Bedeutung. Dafür findet sich die Grundregel in Art. 23 IV GG: „Der Bundesrat ist an der Willensbildung des Bundes zu beteiligen, soweit er an einer entsprechenden innerstaatlichen Maßnahme mitzuwirken hätte oder soweit die Länder innerstaatlich zuständig wären.“ Allerdings gibt es dabei unterschiedliche Intensitätsstufen der Betroffenheit und damit unterschiedliche Mitwirkungsrechte auch im innerstaatlichen Bereich. Entsprechendes gilt nun, soweit möglich, auch für die Beteiligung an der Willensbildung in EG-Angelegenheiten.
 - a) Handelt es sich um eine Bundeszuständigkeit, die Interessen der Länder berührt, „berücksichtigt die Bundesregierung die Stellungnahme des Bundesrates“, Art. 23 V 1. Hier ist etwa an finanzielle Interessen der Länder wegen finanzieller Auswirkung gemeinschaftsrechtlicher Maßnahmen oder an den Regelvollzug von Bundesrecht durch die Länder (Art. 83 GG) gedacht. Die Verflechtung der Zuständigkeiten im deutschen Bundesstaatsrecht bewirkt, daß auch die Wahrnehmung reiner Bundeszuständigkeiten häufig die Interessen der Länder berührt.
 - b) Handelt es sich um gemischte Angelegenheiten, etwa weil die Materie zugleich Zuständigkeitsbereiche von Bund und Ländern berührt oder die Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Maßnahmen stärkere Rückwirkungen auf die Verwaltungsorganisation oder das Verwaltungsverfahren der Länder hat, so ist insoweit „die Auffassung des Bundesrates maßgeblich zu berücksichtigen“ (Art. 23 V 2). Hier ist zwar „die gesamtstaatliche Verantwortung des Bundes zu wahren“, aber der Einfluß der Länder geht, ähnlich wie bei der Regelung von

Verwaltungsorganisation und Verwaltungsverfahren im innerstaatlichen Bereich (Art. 84 I GG), über ein bloßes Mitwirkungsrecht hinaus und tendiert in Richtung auf ein Zustimmungsrecht.

- c) Geht es um ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeiten der Länder, so soll deren Standpunkt unmittelbar in die Entscheidungsfindung im Europäischen Rat einfließen. Art. 23 VI GG sieht daher vor, daß in solchen Fällen die Wahrnehmung der Rechte der Bundesrepublik auf einen vom Bundesrat benannten Vertreter der Länder übertragen wird, der im Einvernehmen mit der Bundesregierung die Interessen der Bundesrepublik Deutschland im Europäischen Rat vertritt. Die gemeinschaftsrechtliche Grundlage dafür findet sich in Art. 203 I EGV, wonach der Rat aus je einem Vertreter jedes Mitgliedsstaats „auf Ministerebene“ besteht, so daß statt den Ministern des Zentralstaats auch Minister von Gliedstaaten entsandt werden können. Diese weitestgehende Zuständigkeit der Länder führt sie somit an die Grenze einer selbständigen Mitgliedschaft der Länderebene im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft.

Insgesamt setzt die Abstimmung zwischen Bund und Ländern jeweils bereits eine gemeinsame Vorbereitung und Klärung im Vorfeld voraus. Dies mag als ein komplizierter Abstimmungsprozeß erscheinen. Er entspricht jedoch der Funktion des Bundesrats (vgl. Art. 50 GG) als an der Gesetzgebung, Verwaltung und Europapolitik des Bundes mitwirkendem Organ. In einem dazu erlassenen Beschluß zur Fernsichtlinie der EG hat das Bundesverfassungsgericht folglich zwar ein Recht der Länder, die Europapolitik des Bundes zu blockieren, verneint, aber um so stärker die Verpflichtung der Bundesregierung betont, den Vorstellungen der Länder Rechnung zu tragen und sich mit ihnen abzustimmen (BVerfGE 92, 203).

5. Zu diesen Beteiligungsmöglichkeiten der Länder kommen weitere, etwa in Prozessen vor dem Europäischen Gerichtshof, wo die Länder, z.B. nach Art. 230, 232 EGV, als Streitparteien auftreten können oder, wenn die Bundesrepublik insgesamt beteiligt ist, Anspruch auf Mitsprache bei der Vorbereitung der Stellungnahmen und Schriftsätze der Bundesregierung haben (§ 7 des Gesetzes vom 12.3.1993). Wichtigster weiterer Fall ist jedoch der der *Vertretungen der Länder bei der Europäischen Union* (§ 8 des Gesetzes vom 12.3.1993). Diese haben zwar keinen diplomatischen Status, sind jedoch als Verbindungsbüros bei der Europäischen Gemeinschaft und bei der Vertretung der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der Gemeinschaft anerkannt, so daß die

Vertretung der Bundesrepublik Deutschland sich auch der Vertretungen der Länder als Sprachrohr bedienen kann. Damit ist zunächst eine Interessenwahrnehmung der Länder in Brüssel möglich, aber auch ihre Einbeziehung in die Außenvertretung der Bundesrepublik Deutschland. Diese Lösung, für andere Bundesstaaten in der EG vorbildlich und sogar partiell ein Modell für Staaten mit stark ausgeprägten autonomen Regionen wie Spanien im Hinblick auf das Baskenland, nähert die Europäische Gemeinschaft einer mehrstufigen, den Gegensatz von Nationalstaat und europäischer Ebene erweiternden Organisation an.

C. Die Beteiligung der anderen Ebenen im Europarecht

Auch wenn die Europäische Gemeinschaft, wie eingangs betont, auf dem Zusammenwirken der Mitgliedstaaten basiert, hat sie doch bald ein Interesse daran entwickelt, auch deren innere Strukturen zu berücksichtigen. Dies beruht darauf, daß auch die Gemeinschaft daran interessiert ist, einerseits die Belange der Bundesstaaten und Regionalstaaten in die europäischen Entscheidungsprozesse einfließen zu lassen, und andererseits auch die inneren Strukturen der Gemeinschaft zu berücksichtigen.

1. Seit dem Vertrag von Maastricht existiert deshalb ein *Ausschuß der Regionen* (Art. 263 – 265 EGV) als Gremien zur Vertretung der regionalen und lokalen Gebietskörperschaften. Seine Grundlage ist bereits in den Ursprüngen der Römer Verträge angelegt. Der Wirtschafts- und Sozialausschuß, der seit 1957 existiert (Art. 193ff. EWGV = Art. 257 EGV) ist das Modell, nach dem auch der Ausschuß der Regionen gebildet wurde. In beiden Fällen handelt es sich um beratende Organe. Dabei hat allerdings der Wirtschafts- und Sozialausschuß eher an Einfluß verloren, weil die Idee der Vertretung von Gruppen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens wie in den Mitgliedstaaten, so auch auf Gemeinschaftsebene auf Widerstände stößt. Im Gegensatz dazu erwiesen sich die innerstaatlichen Gliederungen mehrerer Mitgliedstaaten schon im Vorfeld der Konferenz von Maastricht als einflußreich und strebten nach Verankerung im Vertragssystem. Dabei spielten die deutschen Länder zwar ebenfalls eine wichtige, aber wohl nicht die bestimmende Rolle, weil ihnen mehr an den dargestellten Möglichkeiten der Mitwirkung im Entscheidungsprozeß der EG lag. Vor allem in Belgien, dann auch in Spanien, Italien und Frankreich machten sich demgegenüber Einflüsse in der Richtung einer Regionalisierung geltend. Sie beeinflussten auch Länder, die dazu zunächst weniger geneigt waren, wie Griechenland, Großbritannien und die Niederlande. Letztlich wirkte sich die Idee auch in Staaten aus, in denen sie kaum eigene Wurzeln hatte, wie Dänemark, Irland und Portugal.

Dennoch ist die Regelung des heutigen EG-Vertrags sehr vorsichtig. Wer die vertretenen Regionen sein sollen, hängt letztlich von der mitgliedstaatlichen Regelung ab. Auf der Ebene der Kommission wird zwar vermerkt, welche Einheiten als Untergliederungen in der einzelnen Mitgliedstaaten in Betracht kommen; aber die Entscheidung über die zu vertretenden Gliederungen wird nicht auf europäischer Ebene vorweggenommen, sondern den Mitgliedstaaten überlassen. Entsprechend ist die Bestimmung der Mitglieder des Ausschusses der Regionen kein von den Gemeinschaften geregelter, ja nicht einmal ein durch sie inhaltlich determinierter Wahlakt, sondern ein Vorschlag der einzelnen Mitgliedstaaten – letztlich ihrer Regierungen –, der zur Ernennung durch den Rat führt (Art. 263 II 2 EGV). Der regionale Charakter des Ausschusses bleibt daher Postulat, das durch den Willensbildungsprozeß in den einzelnen Mitgliedstaaten mehr oder weniger erfüllt werden kann.

In Deutschland allerdings ist das Vorschlagsrecht der Länder durch das bereits erwähnte Gesetz vom 12.3.1993 festgeschrieben. Jedes Land hat einen, die größeren zwei Vertreter, wobei jedoch die drei kommunalen Spitzenverbände, der Landkreise, der Städte und aller Gemeinden, ebenfalls mit je einem Vertreter berücksichtigt werden müssen; darauf wird zurückzukommen sein.

2. Schon frühzeitig waren wirtschaftlicher und sozialer Zusammenhalt Grundpostulate, Ziele und Tätigkeitsfelder der Gemeinschaft (heute Art. 2, Art. 3k EGV). Folglich enthält der EG-Vertrag in Art. 158 – 162 ein Kapitel zur Erreichung dieses Ziels, der namentlich eine *Förderung der Regionen* vorsieht, um eine harmonische Entwicklung der Gemeinschaft als Ganzes zu fördern (Art. 158 – 162 EGV). Ähnlich wie der Sozialfonds, sollen daher auch weitere Strukturfonds und ein spezieller europäischer Fonds für regionale Entwicklung eine aktive Regionalpolitik ermöglichen. Damit kann die EG die Regionalisierung in den Mitgliedstaaten beeinflussen und auch darauf hinwirken, daß Regionen eines sinnvollen Zuschnitts gebildet und entsprechend gefördert werden.

Mehr noch: diese Regionen können auch grenzüberschreitend sind. Etwa am Rhein, in den Alpengegenden zwischen Frankreich und Italien, im holländisch-deutschen Grenzgebiet haben sich Regionen herausgebildet, die gemeinsame Planungsgrundlagen erarbeiten und auch als Mittel dazu dienen, Förderungsgelder der EG einzuwerben. Parallel zum

Ausschuß der Regionen bestehen hier Tendenzen, ein Europa der Regionen auch unter Relativierung der Stellung der Mitgliedstaaten zu begründen.

Es kann und soll nicht verschwiegen werden, daß dies auch zu Konflikten führt. Bedenkt man etwa baskische Separationstendenzen in Spanien, die durchaus die baskische Bevölkerung in Südwestfrankreich beeinflussen könnten, seperatistische Tendenzen bei der Untergliederung Belgiens zu einem Bundesstaat, die jeweils mit den sprachgleichen Nachbarstaaten in Verbindung treten könnten, letztlich auch die (allerdings zur Zeit weniger brisanten) Sprachprobleme am Oberrhein und in Nord- und Südtirol, so könnte hier der Keim einer sprachlichen Segregation gelegt werden. Die Gefahr muß gesehen werden, ist allerdings wohl nicht so dringend, da sowohl durch mitgliedstaatliches Wirken, wie dank der vorsichtigen Politik der Kommission eine Förderung der Regionalisierung in diesem Sinn nicht beabsichtigt ist.

3. Eine weitere und höchst auffällige Folge der Beteiligung der gliedstaatlichen Ebene in den europäischen Institutionen ist die seit dem Vertrag von Maastricht bestehende Regelung des Art. 203 EGV, wonach der „Vertreter jedes Mitgliedstaats *auf Ministerebene*“ im Europäischen Rat auch der Minister eines Gliedstaats sein kann, der ermächtigt werden kann, für die Regierung des Mitgliedstaats zu handeln. Dies ist wichtig vor allem für Deutschland, kann jedoch auch für Belgien und möglicherweise für Staaten wie Spanien Bedeutung erlangen. Durch diese Regelung, die in Deutschland durch § 6 des Gesetzes vom 12.3.1993 konkretisiert wird, wird die Vorstellung einheitlicher, „impermeabler“ Mitgliedstaaten besonders augenfällig durchbrochen und deutlich gemacht, daß beide staatlichen Ebenen an der Leitung der Gemeinschaft beteiligt werden können.

Fassen wir das bisherige Ergebnis zusammen, so ist festzustellen, daß die Gemeinschaft zwar eine der Mitgliedstaaten ist, aber

- die bundesstaatlich organisierten Mitgliedstaaten sich als solche in die Gemeinschaft einfügen können, allerdings um den Preis einer gewissen Verlangsamung und der Erschwerung der Willensbildung, aber mit der Folge, daß der Begriff der beteiligten Staaten schillernd wird;
- andererseits die Gemeinschaft selbst die Stellung der Mitgliedstaaten abmildert, indem sie im Innern der Staaten Einfluß ausübt und den Gedanken eines Europa der Regionen entwickelt, was zur Regionalisierung der Mitgliedstaaten beiträgt.

II. Die Europäische Gemeinschaft als Bundesstaat?

Stellt man dergestalt die Mehrstufigkeit der Herrschaft im Gemeinschaftsrecht fest, so läßt sich die weitere Frage stellen, ob das Prinzip des Bundesstaats nicht auch auf die Gemeinschaft selbst angewandt werden kann. Die Frage ist zur Zeit wissenschaftlich wie politisch im Fluß. Nachdem Autoren wie Manfred Zuleeg schon früh auf die Ähnlichkeit von europäischer und bundesstaatlicher Konstruktion hingewiesen haben, spricht neuerdings (1999) Armin von Bogdandy von „supranationalem Föderalismus“ und Wolfgang Graf Vitzthum von „europäischem Föderalismus“ (2000). Joschka Fischer, der deutsche Außenminister, hat gleichzeitig das Konzept einer europäischen Föderation vorgestellt, und die in Nizza feierlich beschlossene Europäische Grundrechte-Charta kann durchaus als Schritt zum späteren Erlaß einer europäischen Verfassung verstanden werden.

Dies wirft freilich vorweg das Problem auf, daß Bundesstaaten auf zwei Ebenen bisher kaum bekannt sind, sieht man von den Erfahrungen mit dem Pseudo-Föderalismus sowjetischer Prägung ab. Dieser Einwand läßt sich konkretisieren. Gerade die Mitgliedstaaten von Bundesstaaten, die besonders argwöhnisch auf den Erhalt ihrer Zuständigkeiten und ihrer Eigenständigkeit achten, sind in ihrem Innern oft besonders zentralisiert. Dies gilt in Deutschland etwa für Bayern, in Kanada für Quebec, aber auch für die belgischen Regionen. Insofern läßt sich argumentieren, daß der deutsch-belgisch-österreichische Föderalismus kaum als Vorbild für einen europäischen Föderalismus taugt. Aber vor allem lassen sich juristische Einwendungen erheben.

A. Die Grundlagen im Völkerrecht

1. Alle europäischen Verträge, vom EGKS-Vertrag 1951 über die römischen Verträge von 1957 bis zum Amsterdamer Vertrag von 1997, sind *völkerrechtliche Verträge*. Sie sind von den Regierungen der Einzelstaaten ausgehandelt, von den Staatsoberhäuptern abgeschlossen und wie völkerrechtliche Verträge innerstaatlich genehmigt worden. Die Einhaltung der Verträge ist daher eine völkerrechtliche Pflicht, aber keine Unterwerfung unter eine besondere Staatsgewalt; von einer verfassungsgebenden Gewalt auf europäischer Ebene läßt sich schwerlich sprechen. Jede verfassungspolitische Diskussion muß daher vom Beitritt der Staaten ausgehen.

Dieser Befund wird durch qualifizierte Formen der Zustimmung zu den Verträgen in einigen Mitgliedstaaten abgemildert, etwa die Referenden in mehreren EG-Staaten und die erwähnten qualifizierten Mehrheiten, die Art. 23 GG fordert. Aber solche Erschwerungen sind auch für andere völkerrechtliche Verträge möglich. Gegenseitigkeit und Einstimmigkeitsprinzip stehen dem bundesstaatlichen Mehrheitsprinzip entgegen, und die Folge sind die im Rahmen der EG möglichen partiellen Zusammenschlüsse etwa im Bereich der Sozial- und der Währungsunion.

2. Folge des Aushandelns und der Formulierung der Verträge durch die nationalen Regierungen ist, daß innerstaatliche Kräfte erst nachträglich auf die Vertragsformulierung reagieren und, trotz der für Deutschland dargestellten Versuche, diesen Befund zu mildern, auf die konkrete Textformulierung wenig Einfluß nehmen können. Deshalb ist es folgerichtig, die genehmigten und ratifizierten Verträge als *transformiertes Völkerrecht* zu betrachten und, entsprechend der dualistischen Theorie, einer innerstaatlichen verfassungsgerichtlichen Kontrolle zu unterstellen.

Entsprechend sind Vertragsänderungen nur nach völkerrechtlichen Regeln, also mit Zustimmung der Mitgliedstaaten denkbar. Möglich wäre, trotz und entgegen Art. 312 EGV, auch eine einvernehmliche Auflösung der Verträge und demnach auch der Ungehorsam. Von hier erklärt sich die Terminologie des deutschen Bundesverfassungsgerichts, das im Maastricht-Urteil die Mitgliedstaaten nach wie vor als „Herren der Verträge“ qualifizieren will.

In diesen Zusammenhang gehören auch die Vorbehalte nach den Protokollen zu den einzelnen Verträgen, die zahlreiche Mitgliedstaaten gemacht haben, etwa hinsichtlich der französischen Übersee-Territorien, bis hin zur Nichtzugehörigkeit einzelner Mitgliedstaaten zur Währungsunion oder zur Sozialunion. Insgesamt kann man daher in den Grundlagen der Europäischen Union eine bloße Gruppe von Verträgen sehen, die keinerlei Verfassungscharakter haben.

Hinzu kommt, daß für die Vollziehung von Entscheidungen der europäischen Organe immer deren Zusammenwirken mit der nationalen Staatsgewalt erforderlich ist; eine eigenständige Vollstreckungsgewalt der EG existiert nicht. Armin von Bogdandy hat

deshalb hinsichtlich der Union bemerkt: „Die letzte Rückversicherung ihrer Rechtsordnung liegt nicht in unionalen, sondern mitgliedstaatlichen Wasserwerfern und Männerarmen.“ (S. 37).

3. Ein weiterer, verfassungsrechtlich gewichtiger Einwand ergibt sich daraus, daß nach der Präambel der europäischen Verträge *nicht etwa das Volk*, sondern die Staatsoberhäupter der Mitgliedstaaten kontrahieren und dabei zwar von „ihren Völkern“ (Präambel), „*den Völkern Europas*“ (so Art. 1 II EUV) sprechen, nicht aber von einem europäischen Volk. Auch in den Organen der Gemeinschaft beruft sich das Europäische Parlament auf seine Zusammensetzung aus „Vertretern der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“ (Art. 189 I), was zu einer Ungleichheit der Vertretung der Völker, nur begrenzt abhängig von der Einwohnerzahl, führt (Art. 190 II). Die Wahlsysteme werden bisher durch das mitgliedstaatliche Recht geregelt, ebenso die Stellung der Abgeordneten. All dies sind gewichtige Gründe, an der Existenz eines europäischen Volkes zu zweifeln. Vor allem Dieter Grimm hat in Deutschland (und entsprechend Joseph H.H. Weiler im Vergleich zu den USA) dargelegt, es fehle an der nötigen Homogenität, der europäischen Öffentlichkeit, der Transparenz über die Grenzen der Mitgliedstaaten hinweg, so daß von einem europäischen Volk nicht gesprochen werden könne, eine Verfassung nicht möglich und ein Bundesstaat schon deshalb ausgeschlossen sei (1994/95). Im gleichen Sinn hat das Bundesverfassungsgericht das Demokratieprinzip auch angesichts der Europäischen Gemeinschaft auf den gliedstaatlichen Parlamentarismus zurückgeführt und deshalb nur von einer Übertragung von Zuständigkeiten auf die Gemeinschaft gesprochen, die einen Verlust an Demokratie impliziere. Um diesen begrenzt zu halten, müsse ein nationale Kontrolle vorbehalten, die Stellung der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ gesichert werden.

B. Die bundesstaatlichen Tendenzen

Dennoch erscheint diese wohl noch vorherrschende Betrachtungsweise anfechtbar, aus vier verschiedenen Gruppen von Gründen.

1. Zunächst sehen schon der EG-Vertrag von Anfang an, heute in der Fassung des Art. 312, wie der EU-Vertrag im Art. 51 eine *Geltung der Verträge auf unbegrenzte Zeit* vor. Wille der Vertragspartner ist somit eine dauerhafte Verpflichtung, der sich kein Mitgliedstaat einseitig entziehen darf. Ob eine faktische Zuwiderhandlung möglich wäre, kann dahinstehen.

Jedenfalls wäre sie ein Verstoß gegen eine vertragliche Verbindlichkeit, die man zwar im Völkerrecht verankert sehen kann, die aber jedenfalls Teil einer europäisch konstituierten Rechtsordnung ist.

2. Konkrete Kehrseite dieser Unverbrüchlichkeit ist, daß die Mitgliedstaaten mit der Europäischen Union mehr als einen Vertrag, sondern eine *Rechtsordnung* mit eigener Regierungs- und Verwaltungsorganisation und einem *eigenständigen System der Rechtsquellen* geschaffen haben. Dies herausgearbeitet zu haben, ist eines der Hauptverdienste der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Costa/ENEL). Der Vertrag über die Europäische Union hat dies in Art. 3 (Fassung von Amsterdam) ausdrücklich anerkannt und den vom Gerichtshof eingeführten Begriff des „*acquis communautaire*“ ausdrücklich übernommen.

Damit ergibt sich entsprechend der EuGH-Rechtsprechung, vor allem auf Vorlagen zur Vorabentscheidung nach Art. 234 EGV, der Anwendungsvorrang des Europarechts. Er ist zwar nicht völlig identisch mit dem Prinzip des Vorrangs des Bundesrechts in den bekannten Bundesstaaten. Aber das Ergebnis ist das gleiche. Niedrigerrangiges Recht darf nicht angewendet werden, wenn es eine verfassungsmäßige Regelung auf der höheren Ebene gibt, die ihm widerspricht. Durch dieses Prinzip ist, wie im Bundesstaat, die Einheit der Rechtsordnung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten gewährleistet. Gerade die Entwicklung der Verträge seit Maastricht bestätigt, in Konkretisierung des Art. 3 EUV, diesen Befund. Art. 7 EUV ermöglicht Vollstreckungsmaßnahmen gegen einen Mitgliedstaat, der fundamentale Grundsätze der Union und der ihr angehörigen Staaten verletzt, und gerade der Fehlschlag der Sanktionen gegen Österreich hat erwiesen, daß es sich hier um eine überaus scharfe Zwangsmaßnahme handelt, deren Voraussetzungen strikt interpretiert werden müssen; die dann allerdings das schärfste Schwert zur Aufrechterhaltung der Einheit der Union darstellt. Parallel dazu haben die Bestimmungen über die europäische Währungsunion harte Durchgriffsmöglichkeiten der Gemeinschaft gegen Mitgliedstaaten statuiert, die ihre Pflichten zur Haushaltsdisziplin verletzen (Art. 104 VIII – XI, Art. 228 II EGV). Es sind insbesondere diese Bestimmungen, die für von Bogdandy den Begriff eines „supranationalen Föderalismus“ rechtfertigen.

3. Aber auch die Tatsache, daß die europäischen Verträge bisher nur von „den Völkern“ der Union und der Gemeinschaft sprechen, also kein einheitliches europäisches Volk zugrunde

legen, erweist sich heute im einzelnen als stark relativiert.

Zunächst sind die *Wahlen* nach Art. 190 I EGV allgemein und unmittelbar, finden gleichzeitig statt, und der Vertrag sieht ein einheitliches Wahlverfahren in allen Mitgliedstaaten vor, das von Parlament und Rat gemeinsam zu erarbeiten, in allen Mitgliedstaaten umzusetzen ist (Art. 190 IV). Im Ergebnis wird daher eine einheitliche Repräsentation der Völker angestrebt. Allerdings sind die Sitze nach einem Schlüssel auf die Mitgliedstaaten verteilt, der eine Bevorzugung der kleineren Staaten bewirkt. Aber entsprechende Vorkehrungen des Minderheitenschutzes sind aus Bundesstaaten wie den USA und der Schweiz, in geringerem Maß auch in Deutschland bekannt. Die „angemessene Vertretung der Völker“ (Art. 190 II 2) kann – und sollte – als Versuch verstanden werden, den Minderheitensituationen in der Gemeinschaft gerecht zu werden.

Sodann ist die Regelung der *Unionsbürgerschaft* in Art. 17 – 22 EGV ein Mittel, Bürgerschaft, Freizügigkeit, Wahlrecht, diplomatischen Schutz und Petitionsrecht europaweit zu koordinieren und damit die Integration zu einem Volk von Unionsbürgern, auch durch Fortentwicklung (Art. 22), zu fördern. Speziell die Regelung eines Wahlrechts auf kommunaler und europäischer Ebene, das in anderen Ländern als dem der Staatsangehörigkeit ausgeübt werden kann, erweitern die Tragweite der Unionsbürgerschaft maßgeblich, und die Möglichkeit europäischer politischer Parteien (Art. 191 EGV) weist den Weg zu einer europaweiten Integration der politischen Willensbildung. Einen entscheidenden Schritt in diese Richtung wird ferner die Europäische Grundrechte-Charta tun.

Diese vertraglichen Hinweise widerspiegeln eine *faktische Entwicklung*. Gewiß gefördert durch die wirtschaftliche Integration und die starken Austauschbeziehungen im gesamten Gebiet der Gemeinschaft, läßt sich heute von einer europäischen Kultur und Zivilisation sprechen, die für die Homogenisierungstendenzen modernder Demokratien typisch ist (Peter Czada). Gewiß ergeben sich dabei durch die Vorbehalte der Mitgliedstaaten, Traditionen und Sprachverschiedenheiten Schwierigkeiten. Aber deren Überwindung ist möglich – insofern kann auf die mehrsprachigen Bundesstaaten hingewiesen werden –, in den Vertragstexten angelegt und, vor allem, ein tatsächlicher Prozeß, der sich seit 1957 vollzieht und an dem wir Anteil haben.

Wenn Art. 1 II EUV von „einer immer engeren Union der Völker Europas“ spricht, kann

diese Union heute als einheitliche Legitimationsgrundlage eines zur Einheit gewordenen politischen Systems verstanden werden.

4. Damit ist der wichtigste Motor der Entwicklung genannt. Indem der europäische Einigungsprozeß eine Zollunion, einen Binnenmarkt und auf dieser Grundlage eine Wirtschafts-, Sozial- und Währungsunion schafft, sind die Grundlagen für ein *tatsächliches Zusammenwachsen* der Mitgliedstaaten gelegt. Daher läßt sich heute auf europäischer Ebene von einer organisierten Wirkungseinheit (Hermann Heller) sprechen. Der Staatsrechtler Heller, der die Souveränität in einer Weise betont hat, wie sie heute mit europäischer Einigung unvereinbar wäre, hat schon in der Zeit der Weimarer Republik 1924 in einer Schrift die Entwicklung zum europäischen Bundesstaat als künftiger Wirkungseinheit angesprochen. Die rechtliche und tatsächliche Entwicklung scheint mir diese Prognose zu bestätigen.

Savezna država i europski ustav

Prof. Dr. Dian Schefold

Pretpostavke⁰

I. Savezne države u EZ

1. U saveznoj državi nositelji vanjske vlasti mogu biti centralna država i jedinice unutar savezne države i tako se pridružiti Europskoj uniji, ali partner ugovora je u praksi centralna država.
2. Zbog eventualne mogućnosti (njemačke) ustavne kontrole europskog prava, Čl. 23 Njemačkog Ustava u verziji od 21.12.1992 je nanovo uredio mogućnosti i time otežao prijenos prava suvereniteta na EZ/EU, tako da zakoni odobravanja danas uglavnom zadovoljavaju zahtjeve ustavnog prava. Njemački ustavni sud ipak kontrolira suglasnost takvih zakona sa njemačkim ustavom.
3. Smjernice EUa, koje se tiču nadležnosti saveznih jedinica, djelom se pretvaraju kroz pravo saveznih jedinica.
4. Njemački Savezni dom i njemačko Savezno vijeće sudjeluju u stvaranju europske politike Savezne Republike Njemačke prije svega kroz sudjelovanje za to specijalno uređenog odbora Saveznog doma i jedne europske komore Saveznog vijeća.
5. Savezno vijeće i savezne jedinice imaju pravo sudjelovanja kod odlučivanja o europskim poslovima, čija učinkovitost se mjeri po stupnju intenziteta, po kojem su pogođeni interesi saveznih jedinica.
6. Savezne jedinice imaju svoja predstavništva pred EZom, ali bez diplomatskog statusa.
7. Čl. 263. - 265. EGV omogućava regijama sudjelovanje u za njih stvorenom odboru EZ-e. U Njemačkoj sudjeluju savezne jedinice i vrhovna komunalna društava.
8. Raspodjele unutar države ulaze u vid EZ-e i kroz podupiranje regija iz fondova.
9. Temeljem čl. 203 EGV ministri saveznih jedinica mogu sudjelovati čak i u Europskom vijeću.

II. Europska zajednica kao savezna država?

⁰ Hrvatski prijevod pretpostavki vršio Darko Završak. Die Übersetzung der Thesen besorgte Darko Završak.

10. Europski ugovori su, unatoč faktičnom razvoju, međunarodnojavnopravni, iako su neki odobreni od kvalificirane većine.
11. Države članice imaju kao "gospodari ugovora" državnu vlast i to EZ-a pretpostavlja i akceptira.
12. "Narodi Europe" su priznati od strane ugovora, tako da razvoj prema europskom narodu nije predviđen. Da li je moguć?
13. EZ-a/EU-a, s činjenicom neograničenosti trajanja ugovora (čl. 312 EGV, čl. 51 EUV) priznaje trajnu vezu između nje i država članica, a koja veza ih obvezuje.
14. Samostalni pravni poredak zajednice (acquis communautaire) sa primatom primjene prava zajednice pred pravom država članica daje zajednici jaku, jedinstvenu utjecajnu vezu.
15. "Narodi Europe" su prema pravilima europskih izbora, državljanstvu unije i faktičnim tendencijama orijentirane prema razvoju jedinstvenog europskog naroda.
16. Pojam savezne države dokazuje se u postanku njemačke savezne države od 1867./71. i 1948./49. ne kao preduvjetan i čvrst faktor, nego kao model, koji se faktički razvio i koji se tek kasnije pravno analizirao.
17. Međutim, rješenje savezne države je moguće i kao kompromis između suprotnih interesa, ali može kod trajnim sukobima voditi prema razbijanju centralne države.

Wirtschaftsverfassung und Sozialstaat – Grundlagen und Entwicklung in Deutschland

von Prof. Dr. Dian Schefold*

I. Entstehung und Problematik der Wirtschaftsverfassung in Deutschland

1. Bei der Ausarbeitung der Weimarer Verfassung war schon die Funktion der Bestimmungen über die Wirtschaftsverfassung von Anfang an umstritten.

a) Mit einem Rätemodell der Arbeiter- und Soldatenräte, wie es die Revolutionäre vom November 1918 verfochten, war eine Festlegung der Wirtschaftsordnung in der Verfassung schwerlich vereinbar. Wenn das Räteystem als Werkzeug zur Veränderung von Produktionsverhältnissen und Gesellschaft in bolschewistischem Sinn dienen sollte, so erübrigte sich die Festlegung durch Verfassungsprinzipien. Damit stellte sich als erste Alternative die Wahl zwischen einem Räteystem, wie es sich im November 1918 entwickelte, und einem Verfassungssystem, das durch eine verfassungsgebende Versammlung zu entwickeln war⁰.

Bekanntlich hat sich dieser zweite Weg durchgesetzt, schon im Rat der Volksbeauftragten, der ersten Revolutionsregierung, und dann in einem Kongreß der Arbeiter- und Soldatenräte im Dezember 1918, der den Weg zur Wahl der Nationalversammlung wies. Allerdings enthält die Weimarer Verfassung im Kapitel über das Wirtschaftsleben -der eigentlichen Wirtschaftsverfassung - einen eigenen Artikel über die Arbeiter- und Wirtschaftsräte (Art. 165). Aber hier werden diese Räte als Mittel für die Mitbestimmung über die Arbeitsbedingungen, die wirtschaftliche Entwicklung und die Produktionsweise aufgefaßt. In diesen Räten mag eine Erinnerung und Respektbezeugung an die revolutionären Räte anklingen. Aber in erster Linie handelt es sich um Instrumente einer entgegengesetzten Wirtschaftspolitik gemäß der Verfassung⁰.

b) Andererseits mochte es von zweifelhaftem Nutzen erscheinen, ausgedehntere

* Gekürzte und veränderte Fassung des Aufsatzes „Sozialstaat und Wirtschaftsverfassung im demokratischen Rechtsstaat“, in: F. Lanchester/I. Staff (Hrsg.), Demokratische Rechtsstaatlichkeit nach Ende von Faschismus und Nationalsozialismus, Milano/Baden-Baden 1999, S. 21-46.

⁰ Zur Ambivalenz E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 5, Stuttgart 1978, S. 721 ff.

⁰ G. Anschütz, die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919, 14. Aufl. Berlin 1933 (Neudruck 1960), zu Art. 165 Anm. 1/2, S. 743 ff.; vgl. Darstellung durch B. Caravita und D. Schefold, in: C.N.E.L. (Hrsg.), I Consigli Economici e Sociali in Europa, Rom 1992, S. 59 (61 ff.) bzw. 149 (152 f.).

Verbürgungen von Grundrechten und Prinzipien der Wirtschaftsverfassung in der neuen Verfassung zu verankern. In einer Phase großer Unsicherheiten war in allen Verfassungsberatungen ein Gespenst gegenwärtig, nämlich die Gefahr des Zeitverlusts in einer Lage, die eine voll funktionsfähige Staatsgewalt erforderte. Die Erinnerung an das Jahr 1848 mußte sich aufdrängen: während die Nationalversammlung der Paulskirche in reichhaltigen und langen Diskussionen das "Gesetz über die Grundrechte des deutschen Volkes" vom 27. Dezember 1848 ausarbeitete, setzte sich die Reaktion in den Einzelstaaten Deutschlands durch und beraubte die in Frankfurt mit solcher Sorgfalt und Gründlichkeit geleistete Arbeit ihres Erfolges. Dies war die Erinnerung, die Hugo Preuß, der von Friedrich Ebert im November 1918 mit der Vorbereitung des Entwurfs einer neuen Verfassung betraut worden war, veranlaßte, zunächst von den "in Mißkredit geratenen Grundrechte" zu sprechen und dann, in seinem Verfassungsentwurf, fast völlig auf Grundrechte zu verzichten⁰. Nach seinem Konzept hätte sich die Verfassung, wie die Reichsverfassung von 1871, auf die Organisation des Staates beschränken sollen. Die Wirtschaftsverfassung, wie die Gewährleistung des größten Teils der Grundrechte, wäre, wie in der Zeit des Kaiserreichs, Aufgabe des einfachen Gesetzgebers geblieben.

c) Dennoch war die Lage des Jahres 1919 anderer Art. Nach den aus dem Kaiserreich noch in der Erinnerung lebendigen Unterdrückungsmaßnahmen, vor allem der Zeit des ersten Weltkriegs, galt die Grundrechtsgarantie, auch im wirtschaftlichen Bereich, als besonders bedeutsam. Wenn es darum ging, die Antwort des Verfassungsstaats auf die Idee eines Rätessystems zu formulieren, war eine verfassungsrechtliche Ordnung erforderlich, die gewisse Garantien, Rechte und Direktiven für den Gesetzgeber festlegen mußte. Die Verfassung als Instrument der Nationalerziehung, als "nationaler Katechismus" (Friedrich Naumann⁰) mußte ausführlich sein und jeden Leser, jeden Bürger überzeugen können. Darüber hinaus waren die in der Nationalversammlung vorherrschenden Parteien - Sozialdemokraten, Demokraten (Liberale) und Zentrum - alle auf die Gewährleistung der von ihnen befürworteten Rechte orientiert und versuchten deshalb, Elemente ihrer politischen Programmatik in der Verfassung zu verankern. Gerade soweit dies Kompromisse erforderte, war dazu eine Regelung von Einzelfragen erforderlich, die vielleicht einige Punkte offenlassen mochte - was Carl Schmitt als

⁰ Das Zitat aus: Vorschläge zur Abänderung der Reichsverfassung (1917), in: Hugo Preuß, Staat, Recht und Freiheit, Tübingen 1926, S. 290 (300); der Verfassungsentwurf bei Jasper Mauersberg, Ideen und Konzeption Hugo Preuß' für die Verfassung der deutschen Republik 1919, Frankfurt 1991, S. 87 ff.; vgl. zum Kontext Dian Schefold, Hugo Preuß, in: H. Heinrichs u.a., Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, München 1993, S. 429 (445 ff.).

⁰ Als Gegenstück zur Position Hugo Preuß' eindrücklich Friedrich Naumanns Versuch volksverständlicher Grundrechte", bei E.R. Huber (Hrsg.), Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 4, 3. Aufl. Stuttgart 1991, S. 91 ff.

dilatorische Kompromisse bezeichnete -, aber im Prinzip mit präzise festgelegten Konfliktlösungen. Das war der Sinn des zweiten Hauptteils der Weimarer Verfassung und insofern auch des Kapitels über das Wirtschaftsleben⁰.

d) In der praktischen Entwicklung der Weimarer Republik blieb allerdings die Konkretisierung dieses Kapitels lückenhaft. Wohl waren die wirtschaftlichen Grundrechte, die darin enthalten waren, gut geschützt. Das gilt vor allem für die Eigentumsgarantie, die nach Art. 153 WV zwar eingeschränkt war und unter dem Vorbehalt einer Bodenreform und möglicher Sozialisierungen stand. In der Staatsrechtslehre und der Verfassungspraxis gewann demgegenüber die Eigentumsgarantie an Gewicht. Ihre Bedeutung wurde durch das Konzept der "Institutsgarantien" und durch die Bemessung der Enteignungsentschädigung von Seiten der Rechtsprechung ausgedehnt⁰. Dabei ging es einerseits um Gesetzesanwendung, andererseits um Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze. Mit beiden Mitteln wurde dieser Teil der Wirtschaftsverfassung konkretisiert. Im Gegensatz dazu zögerte die Rechtsprechung, wenn es darum ging, die sozialen Rechte und die Verfassungsdirektiven für den Gesetzgeber zu konkretisieren. In diesem Bereich wurde von nicht unmittelbar anwendbaren Normen, Programmsätzen gesprochen. Angesichts der schwierigen wirtschaftlichen Situation wurden diese oft nicht mit Inhalt gefüllt und blieben imperfekte Normen⁰. Die Unterscheidung zwischen Grundrechten - also Freiheitsrechten - einerseits und sozialen Rechten sowie Programmsätzen auf der anderen Seite bestimmte die Verfassungsinterpretation. Eine solche Trennung schien dem Wesen der Verfassung zu entsprechen und damit die Möglichkeiten einer verfassunggebenden Versammlung zu begrenzen. Für die Weimarer Verfassung konnte die praktische Folge als "Entscheidung für den bürgerlichen Rechtsstaat und die konstitutionelle Demokratie"⁰, oder auch als Sieg einer faktischen Wirtschaftsverfassung über die Forderungen der normativen, schriftlichen Verfassung gedeutet werden - in offenbarem Widerspruch zu den Absichten der Nationalversammlung.

2. Überlegungen ähnlicher Art wie zur Weimarer Verfassung drängen sich im Hinblick auf

⁰ Vgl. Carl Schmitt, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, Tübingen 1932, S. 572 ff. (zur Problematik der Formelkompromisse S. 582 ff.).

⁰ Vgl. den bahnbrechenden Aufsatz von Martin Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe für Wilhelm Kahl, Berlin 1923, S. 2 ff.; zu Bedeutung und Kontext Helmut Rittstieg, Eigentum als Verfassungsproblem, 2. Aufl. Darmstadt 1976, S. 258 ff.; Alexander von Brünneck, Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, Baden-Baden 1984, S. 27 ff.

⁰ Zur Problematik umfassend Richard Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung, in: H.C. Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, 1929, S. 1 ff. - Vgl. etwa zu Art. 151 WV Anschütz (zit. Anm. 2), Anm. 1, 2, S. 700; zu Art. 155 Anm. 2, S. 724; zu Art. 156 Anm. 1, S. 726, im Gegensatz zu Art. 153 Anm. 2 ff. S. 704 ff., Art. 159 Anm. 1, S. 731.

⁰ Carl Schmitt, Verfassungslehre, Berlin 1928, S. 30/31.

einige Verfassungen der deutschen Länder auf, vor allem auf solche der ersten Nachkriegszeit wie Bremen und Hessen. Hier enthalten die Verfassungen eine eingehende Regelung der Wirtschaftsordnung, auch wenn diese heute kaum mehr bedeutsam ist. Der Grund dafür liegt in einer nach der zum Jahr 1919 führenden Entwicklung überraschenden Feststellung: Das Grundgesetz schweigt über die Wirtschaftsverfassung und garantiert in erster Linie Grundrechte, allerdings auch auf wirtschaftlichem Gebiet: Berufsfreiheit, Eigentum, Koalitionsfreiheit, aber wenig andere insofern bedeutsame Bestimmungen⁰. Allenfalls sind in diesem Zusammenhang die Bestimmung über die Sozialisierung und das Sozialstaatsprinzip zu erwähnen. Dagegen fehlen alle oder fast alle Bestimmungen über die Arbeit, die Garantie sozialer Sicherheit, das Streikrecht, die Bodenreform, das Recht auf Mitbestimmung in Betrieben und Unternehmen, die Förderung bestimmter Wirtschaftszweige und generell die Gewährleistung einer gerechten Wirtschaftsordnung. Insofern fehlen Bestimmungen, wie sie sowohl für die Weimarer wie für andere moderne Verfassungen wesentlich sind.

3. Die Frage nach den Gründen für diese Begrenzung führt auf Argumente unterschiedlicher Art, die teils auf die Weimarer Erfahrungen, teils auf neuere Einflüsse, teils auf wirtschaftliche und politische Doktrinen zurückzuführen sind.

a) Vorherrschend war die von der Spätphase der Weimarer Verfassungsgeschichte bestimmte Sichtweise, die in der damaligen Verfassungsordnung vor allem einen Mißerfolg sah. Wenn alle sozialen Grundrechte und Programmsätze der Weimarer Verfassung nicht genügten, um eine Wirtschaftsverfassung festzulegen, schien es wenig ratsam, einen solchen Versuch zu wiederholen. Ein solcher Skeptizismus, bestimmt von Autoren der Weimarer Zeit wie Gerhard Anschütz, aber vor allem Carl Schmitt und seiner Schule, bestimmte die Diskussion der Nachkriegszeit und ihren Einfluß bis zur Gegenwart⁰.

b) Der Gedanke des Provisoriums dieser neuen Bundesrepublik, die die nationale Einheit nicht spalten sollte - eine Leitidee vor allem für den Sozialdemokraten Kurt Schumacher, den damaligen Parteiführer der SPD - stand der Absicht endgültiger Regelungen für die Zukunft im Weg. Deshalb sollte die staatliche Ordnung nicht auf eine vollständige Verfassung gegründet werden, sondern auf ein bloßes Grundgesetz - dies das Motiv für die Wahl dieser Bezeichnung.

⁰ Vgl. den Überblick bei Rolf Stober, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 10. Aufl. Stuttgart 1996, S. 63 ff.; Reiner Schmidt, *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 3, Heidelberg 1988, § 83 S. 1141 ff. (1147 ff.).

⁰ Vgl. als repräsentative Stellungnahme aus neuerer Zeit Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III 1, München 1988, S. 879 ff., mit umfassenden Nachweisen.

Entsprechend formuliert die ursprüngliche Präambel das Ziel, "dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben". Ein bloßes Provisorium sollte geschaffen werden, forderte vor allem Carlo Schmid, einer der wichtigsten sozialdemokratischen Juristen im Parlamentarischen Rat⁰. Diese vorläufige Bundesrepublik, zunächst noch ohne Armee und ohne Außenpolitik, konnte auch auf die endgültige Bestimmung des Wirtschaftssystems verzichten.

c) Überdies schien die konkrete Lage des Jahres 1948 eine Entscheidung zugunsten konkreter staatlicher Eingriffsmöglichkeiten in das Wirtschaftsleben nicht nahezu legen. Auf der einen Seite stand das Modell der Sowjetzone mit den Verstaatlichungen, der Bodenreform und zahlreichen Enteignungen, oft mit Willkür- und Gewaltakten verbunden, vor Augen. Der Stalinismus diskreditierte den demokratischen Sozialismus. Dieses Paradox, das sich oft wiederholen sollte, wirkte sich vor allem in der Zeit der Ausarbeitung des Grundgesetzes aus. Auf der anderen Seite war die Lage des Jahres 1948 von der Währungsreform bestimmt, die schon unter der Leitung des damaligen deutschen Wirtschaftsministers Ludwig Erhard durchgeführt worden war, mit dem Ziel, den Einfluß des Staates auf die Wirtschaft zurückzudrängen. Auch diese Problemlage widersprach einer allzu detaillierten Regelung des staatlichen Einflusses und dahingehenden Gewährleistungen⁰.

d) Die Regelung einer Wirtschaftsverfassung offenzulassen, war doppeldeutig. Es konnte einerseits bedeuten, daß der Gesetzgeber die freie Wahl des wirtschaftlichen und sozialen Systems haben und seine Maßnahmen nach Erforderlichkeits- und Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten treffen können sollte. Eine solche Betrachtungsweise konnte etwa auch in den Dienst einer Option zugunsten europäischer wirtschaftlicher Einigung gestellt werden⁰.- Die Offenheit konnte jedoch ebenfalls bedeuten, daß die Regelung der Wirtschaftsverfassung auf die Gewährleistung der im Grundgesetz sehr wohl verankerten Freiheitsrechte beschränkt sein sollte. Dies und die Tatsache des faktisch existierenden Privateigentums und faktischer wirtschaftlicher Freiheit ließ das Schweigen des Verfassungsgebers als Entscheidung zugunsten einer liberalen Wirtschaftsverfassung

⁰ Vgl. Carlo Schmid, *Erinnerungen* (1979, Ausgabe München 1981), S. 318 ff. (329, 340 f., 373 f.) und die zusammenfassende Bewertung durch Reinhard Mußnug, *Zustandekommen des GG*, in: *Handbuch des Staatsrechts* (zit. Anm. 9), Bd. 1, Heidelberg 1987, S. 219 (240).

⁰ Zur Kontinuität zwischen Vereinigtem Wirtschaftsgebiet und Bundesrepublik insb. Michael Stolleis, *Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau 1945-1949*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 1, a.a.O., S. 173 (177, 214); vgl. auch K.W. Nörr, *Im Wechselbad der Interpretationen. Der Begriff Wirtschaftsverfassung*, in: K. Acham u.a. (Hrsg.), *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste*, Stuttgart 1998, S. 356 (361, 365).

⁰ Diese Offenheit des europäischen Einigungsprozesses kommt etwa im schon 1957 vereinbarten und bis heute geltenden Art. 222 EWGV bzw. Art. 295 EGV zum Ausdruck.

erscheinen.

Mit dieser Doppeldeutigkeit und ohne eindeutige Regelung beginnt die Entwicklung der Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik. Aber unabhängig von der rechtlichen Tragweite liegt auf der Hand, daß schon mit der Gewährleistung wirtschaftlicher Freiheitsrechte und dem Verzicht auf soziale Grundrechte sowie Programmnormen in wirtschaftlicher Hinsicht der Weg zu einer liberalen Wirtschaftsordnung offen war. Dazu paßt auch, daß die europäische Sozialcharta, die zwar von Deutschland ratifiziert und in das innerstaatliche Recht umgesetzt worden ist, aber nur als völkerrechtlicher Vertrag und daher nicht als Grundlage individueller Anrufung des Bundesverfassungsgerichts, die deutsche Wirtschaftsverfassung nicht konkret beeinflußt hat⁰. Umso stärker waren demgegenüber die Einflüsse von Seiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Aber sie wirkten und wirken sich vor allem in marktwirtschaftlichem Sinn aus.

II. Das Sozialstaatsprinzip

1. Es gibt nur eine Norm des Grundgesetzes, die diesen Sachverhalt verändern kann, nämlich die Bezeichnung der Bundesrepublik als "demokratischer und sozialer Bundesstaat" in Art. 20 I und der verfassungsmäßigen Ordnung entsprechend "den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates" in Art. 28 I 1 GG für die innere Ordnung der Länder. Anlässlich der Zustimmung zum Europäischen Unionsvertrag ist dieser Normbestand mit dem Änderungsgesetz zum Grundgesetz vom 21.12.1992 durch die Vorgabe ergänzt worden, daß die Europäische Union "demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen verpflichtet" ist (Art. 23 I 1 GG). Eine solche Festlegung auf Sozialstaatlichkeit hatte schon vor 1949 Vorläufer in Länderverfassungen, entweder als Ersatz für oder (wie in Hessen) in Verbindung mit sozialen Grundrechten, als Bekenntnis zur sozialen Gerechtigkeit (Bremen) oder durch Bezeichnung als Sozialstaat (Bayern, Rheinland-Pfalz)⁰. In den nach dem Grundgesetz erlassenen Länderverfassungen sind Bezugnahmen auf das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes häufig⁰ und die Formel des demokratischen und

⁰ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961 (BGBl. 1964 II S. 1262); zur Ablehnung der EMRK als Anrufungsgrund bei der Verfassungsbeschwerde BVerfGE 10, 271 (274).

⁰ Vgl. die Verfassungsbestimmungen von Hessen Art. 27 ff., Bremen Art. 65, 37 ff., Bayern Art. 3, 151 ff., Rheinland-Pfalz Art. 74, 51 ff. sowie die vollständige Übersicht bei H.F. Zacher, Das soziale Staatsziel, Handbuch des Staatsrechts Bd. 1 (zit. Anm. 9), § 25 S. 1045 ff. (1048 ff.).

⁰ So Baden-Württemberg Art. 23 I, Brandenburg Art. 2 I (und im Kontext der Älteren Verfassungen Art. 41 ff.), Hamburg Art. 3, Mecklenburg-Vorpommern Art. 2, Niedersachsen Art. 1 II, Saarland Art. 60, Sachsen Art. 1, Sachsen-Anhalt Art. 2 I, Thüringen Art. 44 I.

sozialen Rechtsstaats hat zahlreiche Länderverfassungen beeinflusst. Folglich kann der Ausgleich zwischen den gegenläufigen Prinzipien - Föderalismus und Demokratie, Demokratie und Rechtsstaat, Rechtsstaat und Sozialstaat, usw. - als allgemein anerkannte Verfassungsaufgabe gelten. Insofern ist es gerechtfertigt, das Sozialstaatsprinzip als eines der Grundprinzipien des Grundgesetzes aufzufassen.

2. Das Sozialstaatsprinzip steht isoliert im Grundgesetz, konkretisiert nur durch wenige Verfassungsnormen und hat deshalb eine Bedeutung, die nicht ohne weiteres aus dem Verfassungszusammenhang bestimmbar ist. Auch die Entwicklungsgeschichte des Prinzips gibt keine klare Antwort; die konkrete Bedeutung wurde im Parlamentarischen Rat nicht diskutiert⁰.

Daher ist nach den ideologischen Grundlagen des Prinzips zu fragen. So ist auf das Prinzip der Brüderlichkeit in der Französischen Revolution hingewiesen worden⁰; aber auch dieses läßt sich in seiner Bedeutung ganz unterschiedlich deuten. Zu erwähnen sind auch christliche Soziallehren, etwa die Enzyklika Quadragesimo anno und vergleichbare protestantische Tendenzen⁰; aber diese sind unter sich sehr verschieden und in den rechtlichen Folgen zweifelhaft. Sodann kann man an die philosophischen, staats- und rechtswissenschaftlichen Theorien denken, die eine immer stärkere Verflechtung von Staat und Gesellschaft konstatieren und die Abhängigkeit des Menschen von öffentlichen Leistungen, von einer "Daseinsvorsorge", feststellen⁰. Aber eine solche Feststellung reicht noch nicht aus, um den konkreten Inhalt eines Verfassungssatzes zu bestimmen.

3. Gerade diese Versuche einer Harmonisierung zwischen Rechtsstaatsprinzip und Sozialstaatsprinzip ließen daher die radikale Antithese aufbrechen, die Ernst Forsthoff in seinem Bericht für die Tagung der Staatsrechtslehrervereinigung, der 1954 veröffentlicht wurde, formulierte⁰. Forsthoff konstatiert einen Grundwiderspruch zwischen Rechtsstaatlichkeit

⁰ Vgl. die Untersuchung durch Karlheinz Nicolauß, Der Parlamentarische Rat und das Sozialstaatspostulat, PVS 1974, S. 33 ff. (41 ff.). Im Ergebnis ebenso Zacher (zit. Anm. 15), S. 1051.

⁰ Vgl. Werner Maihofer, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, in: E. Benda u.a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. Berlin 1994, S. 427 (519 ff.).

⁰ So nach den oben Anm. 15 zitierten Vorläufern naheliegend, vgl. Herzog in Maunz/Dürig, GG, zu Art. 20 Abschn. VIII Rdnr. 19.

⁰ So außer den Grundlagen bei Lorenz von Stein (dazu Zacher, a.a.O., S. 1056 f.) insb. Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938; Die Daseinsvorsorge und die Kommunen (1957), in: Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964, S. 111 ff.

⁰ Ernst Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12, 1954, S. 8 ff. (=Rechtsstaat im Wandel, zit. Anm.20, S. 27 ff.). Der Bericht - mit den meisten hier zitierten älteren Literaturäußerungen - findet sich auch im von Forsthoff herausgegebenen Sammelband über "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit", Darmstadt 1968.

und Sozialstaatlichkeit und leitet daraus die Unvereinbarkeit der beiden Modelle auf Verfassungsebene ab. Daher könne das Sozialstaatsprinzip auf Verfassungsebene nicht verwirklicht werden, sondern es müsse sich auf der Ebene der Verwaltung entfalten. Diese These wird mit dem Prinzip der staatlichen und kommunalen Daseinsvorsorge verbunden. In dieser Gewährleistung notwendiger Existenzmittel liege der Kern der Sozialstaatlichkeit.

Diese Betrachtungsweise hat wichtige Folgen. Positiv führt sie dazu, daß dem Menschen ein Recht auf soziale Hilfe zuzuerkennen ist, wie es damals von der Verwaltungsrechtsprechung⁰ anerkannt und in der Folge im Bundessozialhilfegesetz verankert wurde. Überdies legitimiert die Betrachtungsweise wirtschaftliche Betätigungen der öffentlichen Hand, die für die Bürger notwendige Leistungen erbringen. Negativ folgt aus der Betrachtungsweise jedoch der Ausschluß jeder Veränderung des wirtschaftlichen und sozialen Systems unter Berufung auf die Verfassung. Nur die Prinzipien des Rechtsstaats, vor allem die Grundrechte, bestimmen die Wirtschaftsverfassung. Das Sozialstaatsprinzip modifiziert sie nicht, sondern entfaltet seine Wirksamkeit nur auf Verwaltungsebene.

4. Weiteren Aufschluß über die Tragweite des Sozialstaatsprinzips gibt eine Rechtsprechungsanalyse, vor allem der Verfassungsrechtsprechung.

a) Schon in einem seiner ersten Beschlüsse hatte das Bundesverfassungsgericht Gelegenheit, anlässlich der Verfassungsbeschwerde einer Kriegerwitwe mit drei Kindern dazu Stellung zu nehmen, ob das Grundgesetz und speziell das Sozialstaatsprinzip einen Mindest-Lebensunterhalt gewährleiste. Wie bereits angedeutet, hatte die Verwaltungsrechtsprechung den Rechtsanspruch auf notwendige Sozialleistungen bereits im Prinzip anerkannt. Dem folgt auch das Bundesverfassungsgericht. Aber in der für es entscheidenden Frage, ob eine gesetzliche Regelung ausreichend sei, legt es sich größte Zurückhaltung auf. Es lehnt es ab, aus Grundrechten - vor allem der Menschenwürde - einen Anspruch auf Sozialleistungen abzuleiten, und "das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates aber kann nur der Gesetzgeber tun"⁰. Nur bei willkürlicher Unterlassung sei ein Anspruch denkbar.

Gewiß ist diese Entscheidung in der Situation der frühen fünfziger Jahre verständlich. Aber die Hoffnung, das Sozialstaatsprinzip könne die Gesetzgebung bestimmen, wurde dadurch

⁰ BVerwGE 1, 159 ff.

⁰ BVerfG 1, 97 (105). Es ist daher signifikant, daß in der umfassenden Analyse der Menschenwürde - Judikatur durch Peter Häberle, Handbuch des Staatsrechts Bd. 1 (zit. Anm. 9), S. 815 ff. die Entscheidung nur ganz am Rande (S. 850 Anm. 266) auftaucht.

enttäuscht⁰. Von der Verfassungsdirektive führt kein direkter Weg zum Anspruch auf bestimmte soziale Rechte und Leistungen, wenn auch in der Folge, wie noch zu zeigen sein wird, mittelbare Einwirkungen zur Diskussion gestellt wurden und werden.

b) Vor allem mittels des Gleichheitssatzes lassen sich gesetzliche Regelungen, Maßnahmen und Unterlassungen, die sich gleichheitswidrig auswirken, auch als Verletzungen des Sozialstaatsprinzips ansehen: Der Gleichheitssatz wird zur Gewährleistung einer Chancengleichheit, die in Richtung einer sozialen Gleichheit tendiert⁰, wie sie Art. 3 II der italienischen Verfassung ausdrücklich postuliert. In diesem Sinn hat das Bundesverfassungsgericht - teils mit, teils ohne ausdrückliche Nichtigerklärung - oft gesetzliche Regelungen für verfassungswidrig erklärt, die bestimmte Gruppen von sozialen Leistungen oder Vorteilen ausschlossen, vor allem wenn spezielle Gleichheitsrechte - Gleichheit von Mann und Frau, Gleichheit ehelicher und nichtehelicher Kinder, gleicher Zugang zum öffentlichen Dienst - beeinträchtigt waren⁰. Der bislang weitestgehende Schritt in dieser Richtung ist eine neuere Entscheidung, die, immer unter dem Aspekt der sozialen Gleichheit, eine Verpflichtung des Gesetzgebers festhält, das Existenzminimum von der Einkommensbesteuerung auszunehmen⁰. Die Entscheidung ist von großer Tragweite und hat den Gesetzgeber verpflichtet, starke Eingriffe in das bisherige Einkommenssteuerrecht vorzunehmen. Die Entwicklung gegenüber der ursprünglichen Rechtsprechung des Gerichts ist insofern eindrucklich. In Verbindung damit sind auch Entscheidungen zu sehen, die zur Verwirklichung bestimmter Grundrechte - vor allem der freien Wahl der Ausbildungsstätte - beschränkende staatliche Maßnahmen, vor allem den Numerus clausus an Universitäten, einschränken⁰.

c) Die andere Seite der Medaille ist die Frage, ob das Sozialstaatsprinzips die Ausübung von Grundrechten begrenzen kann, vor allem im Hinblick auf die Berufsfreiheit und das Eigentum an Produktionsmitteln. Eine vordergründige Antwort ist einfach. Soweit eine Grundrechtsschranke, etwa der Eigentumsgarantie, verfassungsrechtlich vorgesehen ist, darf

⁰ Vgl. die abweichende Meinung der Bundesverfassungsrichterin W. Rupp-von Brünneck, BVerfGE 36, 237 (247 ff., 248).

⁰ Grundlegend H.F. Zacher, Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 890 ff., entsprechend jetzt in: Handbuch des Staatsrechts Bd. 1 (zit. Anm. 15), S. 1065 ff.; vgl. auch Heinrich Scholler, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, 1969.

⁰ Vgl. etwa BVerfG 6, 257 (265 f.); 15, 46 (76); 18, 288 (301 f.); 23, 1 (10 f.); 31, 1 (7 f.); 39, 316 (332 f.); 55, 100 (111 ff.); 57, 335 (346), 61, 319 (354 f.). Zur Tenorierung in solchen Fällen und weiterem Fallmaterial S. Stuth, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), BVerfGG, Heidelberg 1992, zu § 78 Rdnr. 17 ff.; zur vergleichenden Perspektive dieser Judikatur mit Italien A.A. Cervati und Stuth, Quaderni costituzionali 9, 1989, S. 257 ff., 287 ff.

⁰ BVerfGE 87, 153 (169 ff., 177 ff.); vgl. schon 82, 60 (85, 94).

⁰ BVerfGE 33, 303 (insb. 331 f.) - die praktische Anwendung von Peter Häberles "Grundrechten im Leistungsstaat" (so VVDStRL 30, 1972, S. 43 ff.).

und muß sie im Sinn des Sozialstaatsprinzips ausgelegt werden⁰. Dieses legitimiert insofern Schranken des Privateigentums. Aber die weitergehende Frage, ob das Sozialstaatsprinzip selbständig als Grundrechtsschranke in Betracht kommt, wird nicht einheitlich beantwortet. Während sich einige Beispiele für solche Beschränkungen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen entnehmen lassen, hat das Bundesverfassungsgericht explizit die Beschränkung einzelner Grundrechte durch das Sozialstaatsprinzip abgelehnt⁰ und sich ebenso gegen eine Gesetzesergänzende Lückenfüllung unter Berufung auf das Sozialstaatsprinzip ausgesprochen⁰.

Insgesamt kann es daher nicht überraschen, daß die These eines Mindeststandards sozialer Sicherheit und speziell eines Verbots der Reduktion sozialstaatlicher Leistungen in der Rechtsprechung keine Stütze findet⁰. Wenn solche Entwicklungen, deren Möglichkeit während vieler Jahre eher theoretisch erschien, heute möglich und konkret sind⁰, ist die Auslegung des Sozialstaatsprinzips nicht darauf ausgerichtet, diesen Tendenzen Widerstand entgegen zu setzen. Die direkt aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleiteten Pflichten der öffentlichen Hand bleiben gering. Eher die Auslegung anderer Verfassungsnormen, vor allem des Gleichheitssatzes, wird durch das Sozialstaatsprinzip verstärkt, ohne daß dieses daraus selbständige Wirkungskraft erhält.

III. Die Wirtschaftsverfassung des Sozialstaats

1. Nach dieser Bestandsaufnahme bleibt nun speziell zu fragen, inwieweit in Deutschland das Sozialstaatsprinzip die Wirtschaftsverfassung bestimmt. Nach den unterschiedlichen Interpretationen einerseits der im Grundgesetz unterbliebenen ausdrücklichen Regelung der Wirtschaftsverfassung, andererseits des Sozialstaatsprinzips schlug die Diskussion dieser Fragen, vor allem in der Anfangsphase der Bundesrepublik, hohe Wellen. Die Frage hat immer neue Aktualität gewonnen und erscheint gerade in der Gegenwart wieder brennend.

a) Zunächst hatte sich das Bundesverfassungsgericht 1954 mit einem Gesetz

⁰ So Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 4. Aufl. München 1995, zu Art. 20 Rdnr. 80, die die Beschränkbarkeit wohl allzu pauschal bejahen.

⁰ BVerfGE 52, 283 (298 f.).

⁰ BVerfGE 65, 182 (193 f.).

⁰ Dazu vor allem Rolf-Ulrich Schlenker, Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz, Berlin 1986, der (S. 193 ff.) vor allem auf den Vertrauensschutz abstellen will.

⁰ Vgl. die gegensätzlichen Beiträge von Norbert Berthold/Cornelia Schmid und Gerhard Bäcker, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 48 - 49/97, S. 3 ff., 12 ff.

auseinanderzusetzen, das, um den Unternehmen der Schwerindustrie die damals dringend benötigten Mittel für Investitionen zu verschaffen, allen Unternehmen eine Abgabe auferlegte, um die dafür erforderlichen Mittel aufzubringen⁰. Jedes Unternehmen erhielt für die von ihm geleisteten Abgaben Aktien der Unternehmen, die einen Kredit erhalten hatten. Offensichtlich war die Maßnahme interventionistischer Art. Aber das Bundesverfassungsgericht folgte der Argumentation des Gesetzgebers und erklärte die Grundrechtsbeschränkungen der betroffenen Unternehmen für durch die verfassungsrechtlichen Schrankenvorbehalte gedeckt. Es blieb jedoch das Problem, ob das Gesetz allein wegen seiner interventionistischen Charakters verfassungswidrig sei - und damit die Grundfrage der Wirtschaftsverfassung. Wenn das Grundgesetz eine marktwirtschaftliche Ordnung garantierte, so schlosse es eine derartige Maßnahme aus. In dieser Richtung argumentierten, mit maßgeblicher wissenschaftlicher Schützenhilfe⁰, die Beschwerdeführer.

Die Antwort des Bundesverfassungsgericht war deutlich, wenn auch vielleicht nicht ganz klar. Im Ergebnis entschied es, daß das Grundgesetz keine bestimmte wirtschaftliche Ordnung festlege, und daß es Sache des Gesetzgebers sei, die notwendigen gesetzlichen Regelungen zu erlassen⁰. Damit begründete es die These der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes. Gewiß stand diese einer marktwirtschaftlichen Politik nicht entgegen⁰, was der damaligen Regierungskoalition entgegenkam und ihr Wirken legitimierte. Aber das Bundesverfassungsgericht schob auch Alternativen keinen Riegel vor, die im Hinblick auf einen Regierungswechsel und auf eine mögliche Wiedervereinigung hätten bedeutsam sein können.

b) Die Lage änderte sich in den späten sechziger Jahren wegen der stabilitätspolitischen Maßnahmen der Großen Koalition und nach der Wende von 1969. Zwei Änderungen des Grundgesetzes, von 1967 und 1969, legten den Begriff des *gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts* als Ziel der Haushaltswirtschaft fest, und das auf Grund dieser Verfassungsbestimmung erlassene "Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft", das sog. *Stabilitätsgesetz* vom 8.6.1967, nannte als Elemente dieses Gleichgewichts (1) Preisstabilität, (2) angemessenes Wirtschaftswachstum, (3)

⁰ BVerfGE 4,7 ff.

⁰ Insb. H.C. Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 1954 (3. Aufl. Köln 1965); zum zeitlichen Kontext Nörr (zit. Anm. 12), S. 370 f. mit Anm. 59, S. 376 f.

⁰ BVerfGE 4, 7 (17 ff.).

⁰ Im Gegensatz zu Herbert Krüger, der die wirtschaftspolitische Neutralität des Staates als Nicht-Identifikation absolut setzen wollte (so zusammenfassend in: Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964/66, S. 178 ff., 575 ff.); dazu kritisch Horst Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe 1961, auch in: ders., Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, Königstein 1981, S. 208 (248 ff.); vgl. auch Dian Schefold, Eine neue Staatslehre, ZSR NF 84, 1965 I, S. 263 (272, 280 ff.).

Vollbeschäftigung und (4) außenwirtschaftliches Gleichgewicht ("magisches Viereck"). Auch hier waren und sind somit Parlament und Regierung gefordert, zwischen diesen Teilzielen eine Gesamtlinie zu bestimmen, so dass auch hier die Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung betont wird. Dabei sind gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht und namentlich Vollbeschäftigung als Teilziel durchaus von sozialstaatlichen Erwägungen beeinflusst, wenn auch nicht ausschließlich dadurch determiniert. Allerdings erwies sich das bis heute zur Verfügung stehende Instrumentarium des Gesetzes als nicht besonders wirksam; deshalb gehe ich darauf nicht im einzelnen ein. Und wir werden gleich sehen, dass gegen das Gleichgewicht als Ziel heute Einwände erhoben werden, die die dadurch umschriebene Wirtschaftsverfassung in Frage stellen.

2. Der Wirkung dieser Rechtsprechung sind Grenzen in dreifacher Hinsicht gesetzt.

a) Zunächst bedeutet die Verfassungslegitimität interventionistischer Gesetzgebungsakte keine Pflicht des Gesetzgebers, solche Akte zu erlassen. Auch wenn die Marktwirtschaft verfassungsrechtlich nicht garantiert ist, so ist sie doch nicht ausgeschlossen. Daher schafft eine Stärkung marktwirtschaftlicher Elemente durch die europäische Einigung aus verfassungsrechtlichen Gründen für die Bundesrepublik Deutschland keine Probleme. Wenn das Stabilitätsgesetz bestimmte Maßnahmen im Interesse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 II, IV GG) vorschreibt, insbesondere um einen hohen Beschäftigungsstand (§ 1 Satz 2 StabG) zu gewährleisten, so entsprechen dieser objektiven Verpflichtung keine Individualrechte⁰. Das bedeutet etwa, daß die deutsche Verfassungsordnung kein Recht auf Arbeit kennt⁰. Versuche der Rechtsprechung, Grundrechte in dieser Richtung auszudehnen, sind von sehr geringer Bedeutung⁰. Die Währungspolitik im Hinblick auf die europäische Wirtschafts- und Währungsunion, die gegenwärtig mit solcher Strenge und entsprechenden Folgen für den Beschäftigungsstand gehandhabt wird, ist dafür ein Beleg. Grundrechtlich viel wichtiger sind sozialstaatliche Folgen des Gleichheitssatzes. Diese bestimmen jedoch nicht die Wirtschaftsverfassung, deren Festlegung den politischen Kräften überlassen bleibt.

⁰ Vgl. H. Fischer-Menshausen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Aufl. München 1996 Bd. 3, zu Art. 109 Rdnr. 10 ff. Im Gegenteil wirft Art. 88 (2) GG in der Fassung vom 21.12.1992 (BGBl. I, S. 2086) die Frage auf, ob durch die Nennung des Vorrangs der Preisstabilität nicht das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht gem. Art. 109 II, IV GG zugunsten eines der in § 1 (2) StabG genannten Faktoren und zu Lasten der andern relativiert wird.

⁰ So, in Abweichung von Art. 157 I, 163 II WV, die ihrerseits als Programmsätze (vgl. oben Anm. 7) gedeutet wurden - vgl. Anschütz (zit. Anm. 2) zu Art. 157 Anm. 1, zu Art. 163 Anm. 3 - und von einigen ebenfalls nur programmatisch interpretierten Landesverfassungsbestimmungen, J. Wieland, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, Tübingen 1996, zu Art. 12 Rdnr. 24.

⁰ Vgl. die behutsame Abgrenzung in BVerfGE 33, 303 (329 ff.), wo jede Annäherung an ein Recht auf Arbeit vermieden wird.

b) Soweit eine Diskussion über die Wirtschaftsverfassung stattfindet, klammert diese regelmäßig - und vor allem in der Argumentationsweise des Bundesverfassungsgericht - die Sozialstaatlichkeit aus oder erwähnt sie nur am Rande. Die beiden erwähnten Leitentscheidungen, über die Investitionshilfe und über die Mitbestimmung, argumentieren nur mit den betroffenen Grundrechten, deren Verletzung erörtert und verneint wird⁰. Als Rechtfertigung des Eingriffs scheint das Sozialstaatsprinzip keine Rolle zu spielen. In einer weiteren neueren Entscheidung über die Mitbestimmung im öffentlichen Dienst des Landes Schleswig-Holstein beruft sich das Bundesverfassungsgericht auf eine Verletzung des demokratischen Prinzips⁰. Dabei prüft es nicht, ob dieses Prinzip im Sozialstaat nicht gerade die gesetzliche Regelung der Mitbestimmung legitimiere. Das Bundesverfassungsgericht hat also in seiner Rechtsprechung das Prinzip der rechtsstaatlichen Demokratie mit der Sozialstaatlichkeit wie auch mit der offenen Wirtschaftsverfassung verbunden und weitgehend harmonisiert. Sozialstaatsprinzip und wirtschaftsverfassungsrechtliche Ordnung hat es dagegen nicht mit einander harmonisiert, sondern unverbunden nebeneinander stehen lassen.

c) Zur Wirtschaftsverfassung des demokratischen Rechtsstaats gehört, daß der demokratische Gesetzgeber bei seinen Eingriffen in die Wirtschaftsordnung die Grundrechte beachte. Soweit deren Schutzbereich betroffen ist, sind Einschränkungen und Eingriffe nur im Rahmen der verfassungsrechtlich ausdrücklich zugelassenen Grenzen möglich. Nur unter deren Beachtung darf der Gesetzgeber in die Wirtschaftsverfassung eingreifen. Er konnte eine Investitionshilfeabgabe erheben, weil diese nicht in verfassungswidriger Weise in Berufsfreiheit oder Eigentum eingriff; er konnte die unternehmerische Mitbestimmung ordnen, weil und soweit diese dieselben Grundrechte und die Koalitionsfreiheit berücksichtigte.

Entscheidend für die Wirtschaftsverfassung ist daher die Auslegung der wirtschaftlichen Grundrechte. Deren Schutzbereich und deren Schranken markieren auch die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Konkretisierung der Wirtschaftsverfassung⁰.

3. Hinzu kommt, dass der Einfluss des *Europäischen Gemeinschaftsrechts*, die Bedeutung der

⁰ So explizit BVerfGE 50, 290 (336 ff.), wo damit zwar Festlegungen in anderer Richtung abgelehnt, aber auch durch die Sozialstaatlichkeit negiert werden.

⁰ BVerfGE 93, 37 ff.; dazu die treffende Kritik durch A. Rinke, Demokratie und Hierarchie, KritV 1996, S. 282 ff.

⁰ Zu diesem Konzept eindringlich - und die Schranken der Gesetzgebung betonend - H.J. Papier, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, in: Handbuch des Verfassungsrechts, (zit. Anm. 18), S. 799 ff.; vgl. auch R. Schmidt (zit. Anm. 9), S. 1152 ff.

sozialstaatlichen Gewährleistung eher zurückzudrängen droht.

a) Zwar gehörte von Anfang an zu den *Grundlagen des EWG-Vertrags* (Art. 222, heute Art. 295 EGV), dass der Vertrag die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lasse. Angesichts der damals vor allem in Frankreich, aber teilweise auch in Großbritannien, Italien und Deutschland - Art. 15 GG - wirksamen Sozialisierungsbestrebungen lag hierin eine Offenhaltung der Entwicklung zu staatswirtschaftlichen Einflüssen und damit zu einer zumindest teilweise sozialistischen Wirtschaft. Die in der Präambel des E(W)G-Vertrags genannten Ziele, die in Art. 2 genannten Aufgaben und die in Art. 3 genannten Tätigkeitsfelder der Gemeinschaft umfassen neben der Schaffung eines Gemeinsamen Marktes zumindest auch die Verbesserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen. Die im Vertrag genannten vier Grundfreiheiten, (1) die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, (2) die Niederlassungsfreiheit, (3) der freie Dienstleistungs- und (4) der freie Kapitalverkehr, beschränkten zwar gewisse protektionistische Maßnahmen der Mitgliedstaaten, entsprachen aber der Struktur klassischer wirtschaftlicher Grundrechte. Außerdem waren und sind Ausnahmen sowie die Möglichkeit flankierender Politiken der Gemeinschaft vorgesehen. All dies fügt sich in das dargestellte Konzept einer offenen Wirtschaftsverfassung ein.

b) Dagegen könnte sich dieses Gleichgewicht verändert haben, seitdem und soweit im letzten Jahrzehnt die Erbringung von *Dienstleistungen* durch bisher *öffentliche Unternehmen* den *Wettbewerbsvorschriften* des Gemeinschaftsrechts unterstellt und dadurch verändert worden ist. An sich behält der EG-Vertrag auch insofern die sozialstaatlich geprägte Erfüllung von Aufgaben in den Mitgliedstaaten vor. So soll die Erfüllung der öffentlichen Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben nicht rechtlich oder tatsächlich verhindert werden (Art. 86 II 1 EGV), und eine in Amsterdam neu eingefügte Bestimmung (Art. 16 EGV) gewährleistet ausdrücklich die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, also den "service public" französischer Prägung. Von einer durch das EG-Recht erzwungenen Änderung der Wirtschaftsverfassung läßt sich daher schwerlich sprechen, trotz der zur Liberalisierung öffentlicher Dienste ergangenen Rechtsvorschriften und Urteile.

Dennoch hat sich vor allem - und nicht nur - Deutschland dadurch zu tief greifenden Rechtsänderungen veranlaßt gesehen. Durch die Privatisierung vieler öffentlicher Dienstleistungen, vor allem im Verkehrswesen, der Post, der Telekommunikation, der Energiewirtschaft ist die faktische Wirtschaftsordnung stark verändert worden, und durch ausdrückliche Verfassungsvorschriften hinsichtlich von Eisenbahn, Post und

Telekommunikation hat Art. 15 GG, der zur Sozialisierung ausdrücklich ermächtigt, nunmehr Gegengewichte durch Ermächtigungen zur Privatisierung im Verfassungstext erhalten (Art. 87e, 87f, 143a, 143b GG). Dabei wird allerdings die Veräußerung staatlicher Anteile der jetzt privatisierten Unternehmen an bestimmte Voraussetzungen geknüpft und begrenzt. Außerdem wird gewährleistet, dass weiterhin ausreichende und angemessene Dienstleistungen zur Verfügung stehen, was neue Rechtsprobleme aufwirft. Die Nähe dieser Infrastrukturgewährleistung zum Sozialstaatsprinzip ist offenkundig. Deshalb kann von einer dieses Prinzip vernachlässigenden Änderung der Wirtschaftsverfassung nicht gesprochen werden. Aber es stellt sich die Frage, ob die privatisierten Dienstleistungen auch tatsächlich in Zukunft zur Verfügung stehen werden. Bei allem "Boom" der Mobiltelefone geben vor allem die Entwicklung von Briefpost und Eisenbahn insofern Anlass zur Besorgnis.

c) Aber die eigentlichen Probleme stellen sich im Zusammenhang mit der *Europäischen Währungsunion*.⁰ Auch diese beeinflusst die Wirtschaftsverfassung an sich nicht. Aber zur Sicherung der Stabilität der europäischen Währung sind eingreifend wirkende Sicherungen in das Gemeinschaftsrecht eingefügt worden. So legt, ungeachtet des Fortgeltens der erwähnten Ziele, Aufgaben und Tätigkeitsfelder der Gemeinschaft, der in Maastricht eingefügte Art. 3a, jetzt Art. 4 EGV die Prinzipien "einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb" ausdrücklich fest und erwähnt "vorrangig das Ziel der Preisstabilität". Zur Erreichung dieser Ziele fordert im 7. Titel des Vertrags Art. 98 eine entsprechende marktwirtschaftliche Ausrichtung. Dies wird konkretisiert durch die Einzel-Festlegungen dazu, namentlich die Konvergenzkriterien zur Vermeidung von Haushaltsdefiziten und Begrenzung der Staatsverschuldung (Art. 104) mit einschneidenden Sanktionsmöglichkeiten, z.B. Geldbußen. Vorrangiges Ziel des Europäischen Systems der Zentralbanken ist es, die Preisstabilität zu gewährleisten (Art. 105). Zu diesem Zweck wird der Europäischen Zentralbank ihre Unabhängigkeit, von den Organen der Gemeinschaft wie von den Mitgliedstaaten, garantiert (Art. 108). Zusammengenommen erwecken diese Vorschriften den Eindruck, hier liege die Festschreibung einer bestimmten, nämlich marktwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung mit dem Ziel der Preisstabilität vor.

Der Eindruck bestätigt sich zunächst angesichts der Umsetzung dieser Maastrichter Prinzipien in das deutsche Verfassungsrecht. Ende 1992 wurde Art. 88 GG, der die Deutsche Bundesbank gewährleistet, durch einen zweiten Satz ergänzt, der die Aufgabenübertragung auf

⁰ Die folgenden Ausführungen fassen zusammen: D. Schefold, Zwischen Preisstabilität und gesamtwirtschaftlichem Gleichgewicht, in: Demokratie in Staat und Wirtschaft, Festschrift E. Stein, Tübingen 2002, S. 201 ff.

die Europäische Zentralbank, deren Unabhängigkeit und deren Verpflichtung auf die Preisstabilität festschreibt. Dies wirft eine gravierende Frage auf: Wie verhält sich dieses Ziel zur vorhin erwähnten Bindung an das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht nach Art. 109 GG und dem Stabilitätsgesetz? Wie gezeigt, nennt dieses die Preisstabilität als *ein* Element des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, ruft jedoch die staatliche Wirtschaftspolitik in die Verantwortung, um zwischen diesen Elementen einen optimierenden Ausgleich zu suchen. Soll das Gleichgewicht nun zugunsten eines seiner Elemente, der Preisstabilität, aufgegeben werden? Dann wäre mit der Bildung der Europäischen Währungsunion der Schritt zur Festlegung einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung erfolgt, auf gemeinschaftsrechtlicher wie auch auf deutscher Ebene.

Dagegen spricht jedoch auf deutscher Ebene, dass die verfassungsrechtliche Bindung an das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht und damit an alle seine Elemente fortbesteht. Bund und Länder, Parlamente und Regierungen sind daran gebunden. Der Vorrang der Preisstabilität gilt für die Europäische Zentralbank und damit auch für die Bundesbank, die unabhängig sind - aber nur als einzelne Akteure im Rahmen einer auch von andern Organen bestimmten Wirtschaftspolitik.

Entsprechend muss man für die Europäische Gemeinschaft argumentieren. Zwar sind die erwähnten, einschneidenden Änderungen in die Verträge eingefügt worden. Aber sie betreffen die Wirtschafts- und Währungspolitik der Gemeinschaft, die vor allem vom Europäischen System der Zentralbanken zu verfolgen ist und bestimmte Anforderungen an die Mitgliedstaaten stellt. Diese und die Gemeinschaft halten jedoch im übrigen an den andern Zielen der Gemeinschaft, vor allem der sozialen Kohärenz, dem Beschäftigungsniveau, dem Wirtschaftswachstum fest. Entsprechend spricht auch die Europäische Grundrechte-Charta von den Rechten der sozialen Solidarität. Darüber hinaus hat der Vertrag von Amsterdam in den EG-Vertrag einen neuen Titel VIII über die Beschäftigung eingefügt, der zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit neu bestimmte Maßnahmen vorsieht und fordert (Art. 125-130 EGV) - offenbar und eindeutig, um beschäftigungspolitisch nachteilige Auswirkungen einer Stabilitätspolitik zu bekämpfen.

Auch die Europäische Währungsunion legt weder für die Gemeinschaft noch für die Mitgliedstaaten, eine bestimmte Wirtschaftsverfassung fest. Ihre Regelung zeigt, dass zwischen einer stabilitätsorientierten Währungspolitik der Währungshüter und einer gesamtwirtschaftlich auf Ausgleich bedachten Politik der politisch Verantwortlichen ein

Spannungsverhältnis besteht. Mit diesem Gegensatz muss der moderne Staat leben, auf nationalstaatlicher Ebene innerhalb und außerhalb der Europäischen Union so wie auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts.

4. Dieses Ergebnis begrenzt nicht nur die Handlungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers und Regierungssystems, sondern prägt auch Verfassungssystem und Verfassungsinterpretation der Bundesrepublik Deutschland. Die offene Wirtschaftsverfassung ist nach dem Grundsatz ein wesentlicher Teil der Staatsverfassung, die durch das Gleichgewicht der grundlegenden Verfassungsprinzipien der Demokratie, des Bundesstaates, des Rechtsstaates und des Sozialstaates bestimmt wird. Die Konkretisierung dieser Prinzipien und die Abwägung zwischen ihnen obliegt dem Gesetzgeber und, nach den von ihm festgelegten Regeln, der Regierung. Hier wie auf anderen Gebieten gibt das Grundgesetz keine vollständige Regelung, die die demokratische Entscheidungsfreiheit vorwegnehmen will.

Im Rechteck der vier Prinzipien ist jedoch die Seite des Sozialstaates im Vergleich zu den anderen verkürzt. Das Rechtsstaatsprinzip legitimiert staatliches Handeln, verpflichtet den Gesetzgeber, bestimmte Normen zu erlassen, um Inhalt und Schutz der Rechte zu gewährleisten, und vor allem, Inhalt und Grenzen der Grundrechte zu beachten. Das Sozialstaatsprinzip dagegen, abgesehen von den wenigen erwähnten Sonderfällen, verpflichtet nicht, in die Wirtschaftsverfassung einzugreifen. Es legitimiert keine gesetzlichen Regelungen, die die marktwirtschaftliche Ordnung verändern können. Vor allem aber – und hier liegt die Bedeutung der entsprechenden Direktiven des Bundesverfassungsgerichts – legitimiert es keine Begrenzungen von Grundrechten auf wirtschaftlichem Gebiet und erweitert die verfassungsrechtlich vorgesehenen Grundrechtsschranken nicht. Darüber hinaus wird es durch die Zwänge der Europäischen Wirtschaftsunion weiter eingeschränkt. Auch wenn die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips auf Verfassungsebene betont wird, scheint die Praxis es, entsprechend dem erwähnten Konzept Forsthoffs, auf die Verwaltungsebene zu begrenzen.

Gewiß sind die erwähnten Schwierigkeiten, die genaue Tragweite des Sozialstaatsprinzips zu umschreiben, nicht zu verkennen, und gewiß sind in der gegenwärtigen Lage der ökonomischen Theorie Einwände gegen staatliche Eingriffe in die Wirtschaft nicht leicht zu nehmen. Aber bei der Auslegung des Sozialstaatsprinzips scheint die normative Kraft der Verfassung an Grenzen zu stoßen. Soll Verfassung wirken, müssen ihre Prinzipien angewandt werden. Das setzt ein Gleichgewicht der Prinzipien und deshalb eine Interpretation des

Sozialstaatsprinzips voraus, die auch den Gesetzgeber bindet und die Wirtschaftsverfassung prägt.

LEITSÄTZE:

I. Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Wirtschaftssystems

1. Das Grundgesetz hat - anders als noch einige Länderverfassungen - auf die Festlegung einer Wirtschaftsverfassung verzichtet, soweit nicht konkrete Einzelgrundrechte in Frage stehen. Gründe waren der Weimarer Mißerfolg, das (vor allem sozialdemokratische) Konzept des Grundgesetzes als Provisorium, die konkreten Erfahrungen von willkürlichen Ostzonen-Enteignungen einerseits, der liberalisierenden Währungsreform andererseits; wohl auch die Option für ein durch Grundrechte begrenztes offenes Marktmodell.

II. Zum Sozialstaatsprinzip und seinem Verhältnis zum Rechtsstaatsprinzip

2. Das in Art. 20 I und 28 I 1 GG erwähnte Sozialstaatsprinzip hatte, auch aufgrund seiner landesverfassungsrechtlichen Vorläufer, 1949 unscharfe Konturen, ähnlich wie die andern Verfassungsgrundsätze; so ist das Rechtsstaatsprinzip als solches in Art. 20 GG nicht einmal erwähnt. Erst die Verfassungsdogmatik hat die vier seit 1992 auch in Art. 23 I 1 GG verankerten Verfassungsgrundsätze und ihre Abwägung entwickelt.

3. Wirkung und Tragweite des Sozialstaatsprinzips sind nach dem Willen des historischen Verfassungsgebers nicht gesichert und lassen daher unterschiedliche Auslegungen zu. Diese reichen von behaupteter Inkompatabilität mit dem Rechtsstaatsprinzip (Forsthoff) bis zur Gewährleistung sozialen Wandels zur Abwehr diktatorischer Macht (Heller/Abendroth).

4. Die deutsche Verfassungsrechtsprechung hat das Sozialstaatsprinzip zunächst wenig entwickelt und erst nach Festigung der Rechtsprechung zur sozialen Komponente des Gleichheitssatzes auch das Sozialstaatsprinzip stärker zur Entscheidungsbegründung herangezogen. Grundrechtsbegrenzungen (BVerfGE 52, 283) und Rechtsfortbildungen (BVerfGE 65, 182) sind nach h.M. nur in Auslegung positiven Rechts sozialstaatlich zu legitimieren, nicht aus dem Sozialstaatsprinzip selbst. Eine Bestandsgarantie des gegenwärtigen Sozialleistungssystems kann daher nicht angenommen werden.

III. Auswirkungen des Sozialstaatsprinzips auf die Wirtschaftsverfassung

5. BVerfGE 4, 7 und 50, 290 haben den Grundsatz der offenen Wirtschaftsverfassung festgeschrieben. Der Gesetzgeber hat sich dies mehrfach - insb. durch das Stabilitätsgesetz einerseits, Privatisierungsmaßnahmen andererseits - zunutze gemacht. Auch die Wiedervereinigung und die europäische Einigung haben diese Situation nicht grundsätzlich verändert, freilich die Schwerpunkte verlagert.

6. Offene Wirtschaftsverfassung (a) bedeutet freilich keine Verpflichtung von Gesetzgeber und Regierung zu bestimmten wirtschaftspolitischen Maßnahmen, (b) wird nicht auf das Sozialstaatsprinzip gestützt und (c) setzt die volle Respektierung der Grundrechte und der Grenzen ihrer Beschränkbarkeit voraus.

7. Im Ergebnis wird damit die offene Wirtschaftsverfassung als (demokratische) Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips verstanden. Die darin liegende Zurücksetzung des Sozialstaatsprinzips ist aber verfassungssystematisch verfehlt und verfassungspolitisch problematisch.

Gospodarski ustav i socijalna država - temelji i razvoji u Njemačkoj

Prof. Dr. Dian Schefold*

UPUTNE REČENICE:

I. O ustavnopravnom utvrđenju gospodarskog sustava

1. Njemački ustav se - drukčije od nekoliko ustava saveznih jedinica - odrekao odredbi gospodarskog ustava, ukoliko nisu upitna osnovna prava pojedinaca. Razlozi tome su bili neuspjeh Weimara, (prije svega) socijaldemokratski koncept ustava kao provizorij, konkretna iskustava samovoljnih otuđenja u istočnoj zoni na jednoj, a liberalne monetarne reforme na drugoj strani; vjerojatno i opcija za otvoreni tržišni model koji je ograničen osnovnim pravima.

II. O principu socijalne države i njenog odnosa prema pravnoj državi

2. Princip socijalne države, koji je naveden u čl. 20 st.1. i 28. st.1. podst.1. Njemačkog ustava imao je, radi svojih prethodnika u ustavima saveznih jedinica, u god. 1949 neoštre postavke, slično drugim ustavnim načelima; tako princip pravne države nije ni naveden u čl. 20 Njemačkog ustava. Tek ustavna dogmatika je razvila četiri ustavna načela i njihovo odmjeravanje, a koja su unesena u Njemački ustav od 1992.g.i to člankom 23. st. 1.

3. Učinkovitost i domet principa socijalne države nisu osigurani po volji povijesnog ustavotvorca i zbog toga dopuštaju različita tumačenja. Ova sežu od tvrdnje da je socijalna država nekompatibilna sa pravnom (Forsthoff) do jamstva socijalne promjene za obranu diktatorske vlasti (Heller/Abendroth).

4. Njemačko ustavno pravosuđe na samom početku princip socijalne države nije dovoljno razvilo, te je tek nakon očvršćenja pravosuđa o socijalnoj komponenti ravnopravnosti više koristilo princip socijalne države za obrazloženje presuda.

III. Utjecaj principa socijalne države na gospodarski ustav

* Die Übersetzung besorgte Darko Završak.

5. Presude Njemačkog ustavnog suda 4, 7 i 50, 290 su utemeljili načelo otvorenog gospodarskog ustava. Zakonodavac je to više puta koristio, naročito kroz zakon stabilizacije na jednoj, i postupak privatizacije na drugoj strani. I ujedinjenje Njemačke i ujedinjenje Europe nisu temeljno promijenili situaciju, ali je svakako došlo do promjene težišta.
6. Otvoreni gospodarski ustav (a) ne znači dakako obvezu zakonodavca i vlasti prema nekim gospodarskopolitičkim postupcima, (b) nije oslonjen na princip socijalne države i (c) pretpostavlja potpuno poštivanje osnovnih prava i granica mogućnosti njihovog ograničenja.
7. U učinku otvoreni gospodarski ustav se razumije kao (demokratska) konkretizacija principa pravne države. Unutar toga leži zapostavljanje principa socijalne države, ali to je po ustavnom sustavu neispravno i ustavnopolitički problematično.

Grundfragen der deutschen und europäischen Wirtschaftsverfassung – am Beispiel der öffentlichen Unternehmen und der Privatisierung

von Prof. Dr. Helmut Lecheler*

I. Die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes

1. „Offene“ Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes

Das Grundgesetz enthält hinsichtlich der Wirtschaftsverfassung keinen in sich geschlossenen Katalog wie für z.B. die Finanzverfassung (Art. 104 a ff.).

Dennoch sind ihm aber Grundentscheidungen zu entnehmen, die das Wirtschaftsrecht wirtschaftsverfassungsrechtlich überformen. Hier sind vor allem zu nennen:

* Staats-, Verwaltungs- und Europarecht, FU Berlin. Die folgenden Texte stellen Zusammenfassungen von im Interuniversitären Rechtszentrum im Sommersemester 2001 im Rahmen eines Colloquiums gehaltenen Vorlesungen des Verfassers dar.

Die kroatischen Übersetzung und Bearbeitung besorgten Kornelija Valjan und Dubravka Kežić.

a) die wirtschaftlich relevanten Grundrechte

so z.B. v.a. Art. 12 (Berufsfreiheit), 14 (Garantie des privaten Eigentums, auch an Produktionsmitteln) und 9 III mit der Freiheit der Bildung von Sozialpartnern, in deren Händen die Festlegung der Arbeitsbedingungen und des Arbeitslohnes liegen.

Grundlegend für die wirtschaftsrechtliche Ordnung ist also die verfassungsrechtliche Anerkennung freier Bürgerrechte. Der Staat kann in diese Rechte zwar eingreifen, muss den Eingriff aber stets aus einem überwiegenden öffentlichen Interesse rechtfertigen. Am Wesensgehalt dieser Freiheitsrechte, der keinesfalls entzogen werden darf, erfährt der Gesetzgeber eine letzte Grenze.

Der Staat kann auch dadurch in die Grundrechte Privater eingreifen, in dem er ihnen selbst Konkurrenz macht (Beispiel eines staatlichen Schulbuchverlages in Konkurrenz zu privaten Verlagen).

b) In Art. 87 a ff. GG (sowie auch in Vorschriften der Landesverfassungen) sind bestimmte Aufgaben festgelegt, die der Staat wahrzunehmen hat. Dieser Verfassungskanon der Staatsaufgaben ist nicht festliegend, was die Beispiele von Bahn und Post zeigen, deren Betriebe in den vergangenen Jahren weitgehend privatisiert worden sind. Dazu bedurfte es freilich einer Verfassungsänderung, weil auch Bahn und Post vorher als notwendige Staatsaufgaben in der Verfassung festgeschrieben waren.

2. Die offene Frage nach dem notwendigen Umgang der Staatsaufgaben

Die Frage nach dem notwendigen Umgang der Staatsaufgaben ist in der Staatsrechtslehre weitgehend ungelöst. So liegt die Entscheidung darüber, was der Staat in einer konkreten Verfassungsperiode zu tun hat, weitgehend im verfassungspolitischen Ermessen seiner Organe.

Allgemein legt Art. 33 IV GG fest, dass die Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Befugnisse Beamten anzuvertrauen sind und damit vom Staat wahrgenommen werden müssen, weil nur er das Recht hat, Beamte zu beschäftigen.

Diese Festlegung hilft nur begrenzt, weil auch nach 50 Jahren noch umstritten ist, wie der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse konkret ausgelegt werden muss und weil diese Bestimmung weiterhin Ausnahmen zulässt, die in der Rechtspraxis auch häufig gemacht werden.

3. Ordnungspolitische Klarheit über die legitimen Staatsaufgaben als Voraussetzung für eine

sinnvolle Privatisierung

- a) Grundeinsicht 1: Der Staat kann/soll nicht alles tun. Das wäre auch unvereinbar mit der Gewähr von Grundrechten Privater.
- b) Grundeinsicht 2: Die gegenwärtige Verteilung von Bürger- und Staatsaufgaben ist eher zufällig gewachsen, insbesondere nach Notständen, Katastrophen oder Kriegen sind dem Staat in diesen Sondersituationen Aufgaben zugewachsen, die er nur sehr zögernd wieder aus der Hand gegeben hat. Hinzu kommt ein unkontrolliertes unsystematisches Wachstum von Staatsaufgaben im Bereich der sozialen Fürsorge im weitesten Sinne.
- c) Grundeinsicht 3: Die Privatisierung sollte der Weg zur Herstellung ordnungspolitisch wünschenswerter Zustände sein.

4. Formen der Privatisierung

Hier sind v.a. zu unterscheiden:

- a) formelle Privatisierung, bei der der Staat sich nur der privatrechtlichen Rechtsform (v.a. des Gesellschaftsrechts) bedient, die Aufgabe aber materiell in seiner Hand behält (weil er den vollen oder jedenfalls einen entscheidenden Anteil an Gesellschaftsvermögen hält und über die Leitungs- und Aufsichtsorgane seinen Einfluss unmittelbar wahrnimmt).
- b) Materielle Privatisierung, bei der sich der Staat auch inhaltlich aus der Aufgabenerfüllung zurückzieht und diese ganz Privaten überlässt. Das schließt natürlich – wie auch sonst - staatliche Auflagen und eine Kontrolle des privaten Handelns nicht aus.

5. Gründe für eine Privatisierung

Die Gründe, die zur Privatisierung von Staatsaufgaben führen, sind vielfältig:

- a) Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts. V.a. seit den Bemühungen in der EG um die Privatisierung des Telekommunikationsbereichs (mit entsprechender Vorschrift über die Telekommunikationsendgeräte) ist der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts nicht zu unterschätzen.
- b) Im Vordergrund steht das Bestreben, sich durch die Privatisierung von den Fesseln des staatlichen Dienst- und Haushaltsrechts zu befreien.
- c) Hinzu kommt in wirtschaftlicher Hinsicht der leichtere Zugang zum Kapitalmarkt und die

leichtere Einbindung Privaten know-hows.

d) Allzu oft sind es die Interessen aus einer Einnahmeerzielung

6. Gebot zu/Verbot von Privatisierung

a) Gebote:

Es ist versucht worden aus dem Subsidiaritätsprinzip und aus dem haushaltsrechtlichen Grundsatz der Sparsamkeit staatlichen Handelns Rechtsgebote zur Privatisierung abzuleiten. Eine Verpflichtung im Einzelfall lässt sich daraus wohl mit Sicherheit nicht begründen.

b) Grenzen der Privatisierung sucht die Literatur im Sozialstaatsprinzip (Art.20 I GG) sowie im Vorbehalt der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse in Art. 33 IV GG. Letztere Vorschrift bezeichnet in der Tat eine verfassungsrechtliche Grenze der Privatisierung, die aus den genannten Gründen im Einzelfall aber kaum greift.

c) Einfache Gesetze gestatten zunehmend Privatisierungen ausdrücklich (z.B. die Abfallgesetze).

7. Die Rechtsformen staatlichen Handelns

a) Typisch, aber nicht ausschließlich ist die öffentlich-rechtliche Rechtsform

b) Der Staat bedient sich daneben auch privatrechtlicher Rechtsformen. Zum einen tut er das bei seinen Hilfsgeschäften (Beschaffung von Arbeitsmaterial) und im weiten Bereich der Leistungsverwaltung (wobei sich hier schon Mischformen finden).

Der Staat beteiligt sich ferner an bzw. gründet selbst Unternehmen (öffentliche Unternehmen). Das ist ihm grundsätzlich nicht verboten. Grenzen dieser eigenwirtschaftlichen Tätigkeiten zieht ihm im Bund § 65 BHO und im Gemeinschaftsrecht entsprechende Vorschriften in den Länder-Gemeindeordnungen. Beide Rechtsquellen verlangen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung des Staates ein wichtiges öffentliches Interesse.

Öffentliche Unternehmen sind – wie anderes Handeln des Staates in privatrechtlicher Form – an die Grundrechte gebunden. Eine „Flucht ins Privatrecht“ aus der Grundrechtsbindung heraus gibt es also nicht.

Auch das staatliche Wettbewerbsrecht gilt in vollem Umfang für öffentliche Unternehmen (vgl. § 130 III GWB). Das gleiche gilt für das UWG (auch wenn dort eine entsprechende Erstreckung auf öffentliche Unternehmen nicht ausdrücklich geregelt ist).

Umstritten ist, inwieweit öffentliche Unternehmen und v.a. solche in der Beteiligung mit Privaten (sog. gemischte Unternehmen) sich ihrerseits dem Staat gegenüber auf Grundrechte berufen

können. Das wird überall dort anzunehmen sein, wo öffentliche Unternehmen in ihrer Rechtstellung wie ein privater Eigentümer berührt werden (etwa beim Entzug von Firmengrundstücken) und wo der Grundrechtsschutz des privaten Partners einen solchen verlangt.

II. Grundzüge der europäischen Wirtschaftsverfassung

Vorbemerkung: Anknüpfung an die Verfassungsdebatte in Europa. Auch im europäischen Recht gilt – wie beim deutschen Grundgesetz – es gibt keine eigentliche Verfassung und damit nicht eine Wirtschaftsverfassung im technischen Sinne; dennoch enthalten die Verträge wesentliche Grundaussagen für die Ausgestaltung des wirtschaftrechtlichen Rahmens im Europa.

1. Die Wirtschaftspolitik verbleibt grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten

Im Verzicht auf die Vergemeinschaftung der Wirtschaftspolitik liegt eines der Strukturprobleme der Wirtschafts- und Währungsunion. Der EGV enthält hier nur einige wenige gemeinschaftsrechtliche Bindungen (Art. 98 ff., v.a. Art. 99 und 104), die freilich bedeutsam sind.

2. Wirtschaftsrechtliche Grundentscheidungen

a) Die Entscheidung für die Grundfreiheiten, die die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, herzustellen (Art. 23 ff. EGV; freier Warenverkehr; Arbeitnehmer Freizügigkeit; Freiheit der Dienstleistungen- und der Niederlassung, sowie die Kapitalsverkehrsfreiheit).

b) An die Unternehmen richten sich die Wettbewerbsvorschriften der Art. 81 ff. EGV um so zu verhindern, dass die Unternehmen Handelsschranken errichten, die die Mitgliedstaaten vorher abgeschafft haben.

Soweit private Macht zur kollektiven Gestaltung besteht und diese sich insoweit staatlicher Macht nähert, werden solche Handelsbeschränkungen wie staatliche Eingriffe in die Grundfreiheiten behandelt.

c) Schließlich genießen die Unionsbürger Grundrechtsschutz gegen hoheitliche Maßnahmen

der Gemeinschaftsorgane. Hier sind wie im nationalen Recht v.a. die wirtschaftlichen Grundfreiheiten der Berufsfreiheit und des Schutzes der Eigentumspositionen zu nennen. In der rechtlich unverbindlichen Charta der Grundrechte, die in Nizza feierlich proklamiert wurde, sind beispielhaft die Art. 15, 16 und 28 zu nennen.

3. Privatisierung und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinschaft

a) Der Sitz der Privatisierungsproblematik ist die unsystematisch gewachsene eigene Wahrnehmung von Aufgaben durch den Staat.

Da der Vollzug des Gemeinschaftsrechts (von den Sondermaterien des Zoll-, Agrar- und Wettbewerbsrechts abgesehen) ganz überwiegend in der Hand der Mitgliedstaaten liegt, stellt sich die Privatisierungsproblematik insoweit auf gemeinschaftsrechtlicher Basis kaum.

b) Weit geringere Bedeutung hat auch eine eigene wirtschaftliche Betätigung der Gemeinschaft.

Allerdings anerkennt das Gemeinschaftsrecht (in Art. 86 I EGV) die Existenz öffentlicher Unternehmen.

4. Privatwirtschaft gegen Service public-Verpflichtung des Staates

Die Kernvorschrift des gemeinschaftsrechtlichen Wirtschaftsrechts ist Art. 86 II EGV. Dort werden Eingriffe der Mitgliedstaaten in die Marktfreiheiten dann und soweit gerechtfertigt, als sie durch die Wahrnehmung sog. „service public“- Funktionen erforderlich sind. In diese Vorschrift ist die service-public-Doktrin v.a. des französischen Rechts eingegangen. Die Marktfreiheiten werden insoweit durchbrochen, als den Mitgliedstaaten das Recht zuerkannt ist, grundsätzlich nach ihrem Ermessen bestimmte Gemeindienstleistungen hoheitlich aufzuerlegen und diese Leistungen auch abzugelten. Damit geraten derartige Aktionen in Widerspruch zum grundsätzlichen Beihilfenverbot des Vertrages. Vereinfacht gesagt rechtfertigt die – nicht ganz einheitliche – Rechtsprechung des EuGH derartige staatliche Leistungen, wenn die service-public- Verpflichtungen im Wege der Ausschreibung auf dem Markt abgeboten worden sind und wenn die gewährten Vorteile die Kosten nicht übersteigen. In diesem interessantesten Gebiet des Gemeinschafts-Wirtschaftsverfassungsrechts ist ein befriedigender Ausgleich bis heute noch nicht gefunden.

TEMELJNA PITANJA NJEMAČKOG I EUROPSKOG PRIVREDNOG USTAVA- NA PRIMJERU JAVNIH PODUZEĆA I PRIVATIZACIJE

I. NJEMAČKI GOSPODARSKI USTAV

1. Njemačko osnovno pravo po odluci Saveznog ustavnog suda, ima otvoreni gospodarski ustav.

Dakle ne unose se pravila time financijskog ustava već niz ustavno-pravnih odluka značajnih za gospodarsko ustavno pravo.

Postoje dvije skupine odluka:

- a) Gospodarski relevantna jamstva iz osnovnih prava jer ovo pravo sadrži i niz izričitih temeljnih prava za uživanje gospodarskih sloboda, primjerice: sloboda odabira zanimanja; sloboda vlasništva (ne samo osobno vlasništvo nego i vlasništvo nad sredstvima za proizvodnju) i pravo na nasljeđivanje (članak 12.)
Ovo ne isključuje državne utjecaje te država smije ograničiti tržišnu slobodu, ali ne i isključiti primjerice: pravo na očuvanje i podršku radnih uvjeta u smislu oporezivanja (sindikalne unije i slične udruge posloprimaca) (članak 9. stavak 3.)
- b) Kontrapozicija u odnosu na slobode građana članak 87.a. Područja čija je ispunjenje ostalo na državi, kao što je uprava zračnog i željezničkog prometa, pošta i telekomunikacija gdje država sebi zadržava samo ograničena prava kontrole i upravljanja.

Zato savezni i pokrajnski ustavi pridržavaju pravo za nadzor i regulaciju pojedine djelatnosti. U ovom bi dijelu stoga bilo potrebna promjena Ustava da bi se privatizacija izvršila, jer se prije odluke da sve privredne djelatnosti budu u rukama privatnika država treba opravdati javnost.

2. U Njemačkoj je i dalje otvoreno pitanje djelovanja države u privredi, što prije svega obuhvaća pitanje opskrbe energijom pa čak i pitanje privatizacije zatvora.

3. Jasnoća o opsegu i legitimnosti utjecaja države postavlja se kao preduvjet.

Stoga:

-država ne može i ne treba obavljati djelatnosti nespojivu s pravima privrednika;

-sadašnji raspored zadaća na državu i privatne poduzetnike nije organski nego se slučajno tako razvio. Nakon određenih izmjenjenih situacija, kao što su ratovi, država je uvijek preuzimala nove ovlasti koje po njihovu prestanku nije olako napuštati. Čak bi izmišljala i nove funkcije po završetku starih ili prestanku potrebe za njima;

-privatizacija bi trebala ići ka uredovno-politički razumnoj podjeli između države i građana

4. Oblici privatizacije

Država napušta svoju ulogu u gospodarstvu najčešće prestankom potrebe za njom ili rastom deficita (troškova) kao u slučaju njemačke željeznice.

Pri tom postoje oblici:

a) formalna privatizacija: država se povlači iz područja izvršavanja zadaća te osniva dioničko društvo po privatnom pravu, ali zadržava sve udjele. U područjima općina često se osnivaju društva s ograničenom odgovornošću gdje udjele zadržava općina.

b) materijalna privatizacija: država se stvarno povlači iz područja izvršavanja zadaća i to postupno iz određenih udjela, a zatim iz svih.

Dakle, preklapa se s formalnom privatizacijom jer se prethodno stvaraju javna poduzeća (dionička društva) s udjelom države.

Ta društva država može osnivati i potpuno samostalno, kao obavljanje gospodarske djelatnosti koje prije nije postojalo.

5. Razlozi privatizacije javnih poduzeća:

-nemogućnost financijskog praćenja djelatnosti os strane države;

-razbijanje postojećih monopola;

-odvajanje od lanaca državnog unutarnjeg prava, primjerice prava na obavljanje službe državnih službenika, u obogaćenje državnog proračuna; razlozi koji dopuštaju nalaženje fleksibilnog rješenja za privatnike.

Prijenos niza poslova na privatnika isključio bi tromost tih poduzeća, pojednostavio bi pristup privatnom kapitalu, postigla bi se sloboda od granica zaduživanja same države kao i lakšio pristup privatnom znanju.

6. Ponuda za privatizaciju ili zabrana iste?

Kao ponuda državi da privatizira poduzeća navodi se načelo supsidijarnosti, prema kojem nadređena jedinica smije utjecati tek kada niža ne može samostalno izvršiti vlastiti zadatak.

Dakle, država ispunjava zadaću koju privatnik ne može izvršiti.

Pitanje postojanja tih zadaća ipak još nije riješeno.

Drugi je razlog proračunsko ustavnopravno načelo o štedljivosti, kada država mora riješavati zadatke samo ako se drugačije ne može polučiti isti cilj. Iz tih razloga jednostavni zakoni sve više dopuštaju privatizaciju, primjerice Zakon o otpadu ili Zakon o planiranju i prostornom uređenju.

Prema granici privatizacije:

Svugdje gdje se koriste saveske ovlasti treba djelovati država.

Budući da nije točno određeno značenje suvremenih prava država, nisu poznata niti njihove granice. Tako se u SR Njemačkoj tehnički nadzor motornih vozila smije provoditi država ali i privatni poduzetnik kao i pružanje usluga zaštitarskih službi.

7.Pravni oblici državnog djelovanja

Tipični oblik državnog djelovanja je javnopravni iako postoji i privatnopravni oblici gdje država sudjeluje u radu gospodarskih poduzeća ili ih samostalno osniva.

II. TREBA LI EUROPSKA UNIJA USTAV ILI GA VEĆ IMA?

Politički bi bilo svrhoviti da Europska unija dobije ustav, iako pravno on nije potreban jer Europska unija nije država u klasičkom smislu.

U Europskom pravu ne postoji zatvoreni gospodarski ustav kao ni sustav, ali postoji Ugovori o Europskoj zajednici i Europskoj uniji gdje slično kao u Njemačkoj postoji odredbe o gospodarskom uređivanju.

Gospodarsko politika ostaje pitanje samih država članica, što se pokazuje kao manjkavost gospodarske i monetarne unije.

1992. godine izvodi se jedinstvena valuta s jedinstvenom monetarnom politikom i bankom. Zato članice moraju koordinirati svoju monetarnu politiku. Ugovor iz Nizze dopušta čak i nacionalno rješavanje pitanja takve koordinacije. Izvršenje gospodarske djelatnosti od same Europske unije razlikuje se od nacionalnih aktivnosti jer ova praktički i ne postoji, posebno stoga što država popunjava sva upravna mjesta.

Iz tog se razloga problem privatizacije ovdje ne može pojasniti jer bi to značilo da Unija već obavlja gospodarsku djelatnost, što još ne postoji.

Do sada je cjelokupna aktivnost Europske unije bila jačanje zajedničkog tržišta.

Sada se priznaju i javna poduzeća, odnosno privatnopravna poduzeća u rukama države, čiji pravni oblik nije relevantan.

Radi se o gospodarski aktivnoj pravnoj osobi, uz uvjet da se nema diskriminacije i da

postoji pošteno tržišno natjecanje (sličnost sa Njemačkim pravnim rješenjem). Država članica bi takvim poduzećima mogla naložiti odstupanje od prava o tržišnom natjecanju. Ona tako mogu nametnuti obveze ali i privilegije, imajući u vidu posebne državne interese.

Europski je sud državama članicama priznao značajnu slobodu u određivanju njihovih općih interesa za opravdavanje takvog vida tržišnog natjecanja.

ODNOSI OBVEZNOG I MONETARNOG PRAVA S OBZIROM NA UVOĐENJE EURA

von Prof. Dr. Helmut Grothe*

UVOĐENJE EURA

Pitanje koje se kod ove teme postavlja jest da li se radi o odredbama obveznog prava ili međunarodnog privatnog prava. Ako bi stranke odredile da valuta plaćanja u ugovorima bude vezana uz ITL, DEM... nakon 1.1.1999.g., tada bi to uistinu bilo sporno jer od navedenog datuma te valute više nisu samostalne valute već samo sredstva isticanja EURO-a. Dakle EURO se ne uvodi tek 1.1.2002.g. (on je već tu).

Postoji sve više autora i sudaca (iz Njemačke, Francuske, Nizozemske) koji smatraju da se kod novčane obveze ne treba vezivati uz obvezno pravo. Primjer: u ugovorima vezanim uz hrvatsku kunu smatraju da se tada ne treba držati odredbi hrvatskog prava, ali ukoliko bi se stranke pozvale recimo na američko pravo i to pozivanje "oblikovali daleko od američkog sustava (npr. zbog nedovoljnog poznavanja am. propisa) tada bi hrvatsko pravo reklo da to više nije novčana obveza, nego sve drugo. Pozadina toga nije pravna već politička. Uvođenje eura dovodi do promjena. Želi se nametnuti pravo vezano uz EURO čak i u onim zemljama koje nisu u valutnom sustavu EURO-a. Ovo je posebno naglašeno kod tzv. pitanja o kontinuitetu ugovora.

Primjer: Novčana obveza RH iz 1998.g. u DEM koja je već 1999.g. pretvorena u EURO. Postavlja se pitanje da li je ugovorna novčana obveza prešla u EURO ili je postao nevažeći?

Odluka o tom pitanju ne bi se prepustila hrvatskom pravu jer ono nije toliko otvoreno prema EURO-u kako bi to zemlje EU htjele. To je politička želja, ali zemlje EU su kao pravni argument navele da bi u odredbama vezanim uz EURO trebalo biti sadržano tzv. koliziono pravo, kojega u odredbama hrvatskog prava nema

U trenutku kad su donesene odredbe o EURO-u (Mastricht ugovor) ne postoji komponenta za uređivanje pitanja iz privatnog prava.

* Bürgerliches Recht, IPR, Rechtsvergl., FU Berlin. Der Text stellt die Zusammenfassung eines vom Verfasser am Interuniversitären Rechtszentrum im Sommersemester 2001 gehaltenen Vortrages dar. Die Übersetzung und Bearbeitung besorgten Kornelija Valjan und Kristina Nuic.

Želja je stvaranje institucija za upravljanje EURO-m

Sad su na snazi odredbe Amsterdamskog ugovora od 01.01.1999.g. Dakle odredbe o kontinuitetu ugovora važe, ali uz pravnu volju stranaka -retroaktivne kompetence u pravu EU- unije. Pitanje je da li su tijela EU mogle stvoriti odredbe koje bi sadržavale stav da sami uključujemo primjenu inozemnih prava?

Čl. 65 : “*Smiju se poduzeti određene mjere koje služe osiguranju funkcioniranja tržišta i koje su potrebne za isto.*” (U ove mjere spada i poticaj mogućnosti ugovaranja različitih kolizijskih normi.)

Pitanje je: Da li je primjeren čl. 65. da rješava ovo pitanje na ovaj način, dakle drugačije nego li je to bio slučaj do sada?

Naime, članak govori o kompetenciji za poticanje tj.ovlasti na poticaj koji omogućuje uklanjanje zapreka, ali ne i harmoniziranje prava.

Osim toga čl. 65 govori o slobodnom prometu, tj. poslovanju osoba što nema veze sa valutnim pitanjima. Zajedničko tržište se spominje a vezuje se za temeljne slobode čovjeka (sloboda prometa, sloboda pružanja usluge...). Sama monetarna unija s tim nema nikakve veze. Dakle držimo da je čl. neprimjeren.

Trenutno još je na snazi stajalište o primjenjivosti obveznog prava, kako kod volje stranaka tako i kod pitanja razmjene koje uključuju i monetarno pravo.

Možda EU uspije stvoriti temelj za nadležnost koja bi ovo promjenila, ali za sada to još nije učinjeno.

KONKRETNA PRAVNA PITANJA

Povećanje vrijednosti

Pitanje je: čije pravo odlučuje o tome da u slučaju propasti valute koja se dugovala vjerovnik od dužnika ima pravo uskladiti vrijednost?

Primjer: Novčana obveza vezana uz hrvatsko obvezno pravo naspram EURO-a; uzmimo da euro gubi na vrijednosti, pa i dalje gubi i nije stabilan kao u trenutku sklapanja ugovora, te je u jednom trenutku je nestabilniji od hrvatske valute. Sada se postavlja pitanje da li se primjenjuje europsko pravo koje odlučuje da li će se povećati dugovani iznos da vjerovnik

dobije dugovanu stopu ili će o tome odlučiti hrvatsko obvezno pravo?

Ovdje činjenica da je 1DM=1DM ili 1E=1E biva lomljena, te ovo pitanje rješavamo prema obveznom pravu, u ovom slučaju hrvatskom.

Problem je npr. kod potpune propasti valute, jer inozemno pravo ne sadrži odredbe prema kojima bi se moglo pomoći takvoj valuti.

Moguća rješenja:

a) u prošlosti su postojale odredbe da se stranke vezuju uvijek uz vlastitu valutu, jer zašto bi se stvarale odredbe da bi se pomoglo npr. slabom euru;

primjenju se odredbe prava one države čija je valuta u ugovoru ugovorena;

kod ugovora se uvijek radi o volji ugovornih stranaka;

HIPOTETSKA VOLJA STRANAKA

U privatnom pravu uz izričitu volju stranaka postoji i tzv. konkludentne i hipotetski volje stranaka.

Kod hipotetske volje stranaka sudac iznosi ono što bi stranke dogovorile da su razmislile o problemu vrijednosti valute.

Ako uključimo valutu u dogovor stranaka, onda bi se u slučaju propasti valute problem trebao riješiti na razini obveznog prava i to na slijedeći način:

volje stranaka bi u pravilu trebale biti usmjerene na to da se uzme ono pravilo koje ravnotežu ugovora čuva na najbolji način,

vezivanje alternativnog načina strukturnog razmišljanja o propasti (što se u većini slučajeva u praksi neće dogoditi uvijek)

Hipotetske volje stranaka premašuju rupu u zakonu i to prema mjerilima najpovoljnijeg prava, tj. onog koje ispunjava najbolje interese za održanje vrijednosti – to nije uvijek valutno ali ni obvezno pravo, nego se spominje uvijek "*povoljnije pravo.*"

NAJRAZLIČITIJI OBLICI PROMJENA VALUTA

Raspadom države nastaje veliki broj država sljednica s novim valutama npr. države ex Jugoslavije ili Južne Amerike. Pojavljivao se isti problem kao i sada s EURO-m, jer su se sve valute povlačile i zamjenjivale novom.

Pitanje je: što to spriječava da svi obvezni odnosi postanu nevažeći, jer izvorno dugovanje valute više ne postoji?

Načelo koje bi spriječilo ovu situaciju nazivamo rekurentni priključak – to znači da pozivanje obveznog prava na monetarno pravo uvijek uključuje i odredbe o prijelazu jedne u drugu valutu (tehnički problem).

Kada se odlučimo na “brisanje” nula to je tehnička operacija, kao što je bio slučaj u ex Jugoslavije: 01.11.1993. stari dinar biva zamjenjen novim te 1 000 000 starih dinara biva 1 novi dinar. Ovo je bila čisto tehnička operacija, jer se kupovna moć na ovakav način nije promijenjena nego se promijenio samo odnos vrijednosti nove i stare valute dok je vrijednost novčane obveze ostala ista.

Slijedeći problem imamo kod dugovanja Istočne Njemačke Zapadnoj Njemačkoj pri ujedinjenju, kada su stara dugovanja pretvorena u nova, kod nekih u omjeru 1:5, drugih 1:2 itd. Ovo nije (kao u prethodnom primjeru) slučaj brisanja nula, dakle nije tehnička operacija nego je došlo do stvarne promjene vrijednosti dugovanja.

Dakle imamo dvije situacije:

1)tehničku operaciju, koja se uređuje po monetarnom pravu

Tehnički dio pretvorbe mora biti pretvorbeno neutralan.

2) stvarna promjena vrijednost, koja se uređuje po bveznom pravu

Ovo u praksi i nije ovako jednostavno jer često neznamo što je tehničko, a što se odnosi na vrijednosti.

Nijedan zakon ne određuje pretvaranja dovoljno jasno što je slučaj koji bi se primjenio kao načelni.

METODE RAČUNANJA

Odnos stare i nove valute u odnosu na treću valutu

Ovaj slučaj je manje kompliciran. Naime na deviznom tržištu se može osjetiti odnos stare i nove valute, a i lako se vidi što je tehnika a što vrijednost.

Kod donošenja zakona vrijednosti tehnički postupak mora biti vrijednosno neutralan i uzeti u obzir volju stranaka iz određenog prava ,a vrijednosno rješenje mora biti uzeto iz obveznog prava.

Ono što je sadržano u pravnom poslu se ne može poopćiti već se mora ući u detalje istog. Kada države koje mijenjaju valute kažu da je pravo o promjeni međunarodno obvezujuće, tada inozemni sudovi uvijek postavljaju pitanje da li je svrhovito ponašati se po međunarodnim normama – ovdje postoji nekoliko teorija.

SLUČAJ MIJENJANJE VALUTE S OBZIROM NA GEOGRAFSKO PODRUČJE

Kod ovog pitanja razlikujemo 3 konstatacije:

1. kompletna valutna regija spada pod suverenost druge države
(npr. preuzimanje od strane Savezne Njemačke).

U ovom slučaju se primjenjuje pravo one države uz koju je ugovor najviše vezan tj. pravo one države u kojoj se nalazi ona ugovorna strana koja vrši uslugu.

(Npr. kod prodaje auta primjenjuje se pravo one države u kojoj sjedi prodavatelj.) Kod promjene poslovnih konstatacija i pitanja koja će se valuta primijeniti uvijek odlučuje obvezno pravo !

2. samo jedan dio nekadašnje valutne regije prelazi u novu državu

Ovdje će i nakon promjene u regijama opstati obje valute.

(Npr. nakon raspada SSSR-a postoji i dalje ruski rubalj ali i nove samostalne valute)

3. raspad valuta - nekadašnja jedinstvena velika regija se raspada u nekoliko područja, a ni jedno ne nastavlja koristiti staru valutu.

(Npr. Čekoslovačka – 1.1.1993 raspadom Čehoslovačke i čehoslovačke krune, Češka uvodi češku krunu, a Slovačka slovačku.)

Ovdje je pitanje dali se mijenja obvezno pravo ili ono ostaje isto? Kad bi vrijedilo obvezno pravo, na temelju hipokratske volje bi se odredilo koju valutu bi sranke dogovorile da su mogle predvidjeti da će se valuta pretvoriti u drugu.

Odgovor: ona valuta koja najpoštenije to pokriva .Ako se nebi mogle dogovoriti onda bi vrijedila valuta u mjestu dužnika ili mjesta izvršenja, što je mnogo kompliciranije.

U ovakvom slučaju otpadaju kolizijski poslovni temelji

OSIGURANJE VRIJEDNOSTI NOVCA

Novac tijekom vremena mijenja svoju vrijednost (obično biva sve manja).

Što je duže vrijeme ugovora, to je više potrebna klauzula o osiguranju vrijednosti novca. Dakle u dugovanjima na duži rok veća je potreba klauzula u ugovoru koje dopuštaju održanje vrijednosti novca u stalnoj razini. To znači npr: broj valutnih jedinica vezati uz zlato ili index troškova života.

Gospodarska posljedica toga bi bilo povećanje inflacije te zbog toga veliki broj država ovo zabranjuje (npr. Njemačka)

Na pitanje prema kojim odredbama se određuje dopuštenost ovakve klauzule bi se moglo odgovoriti: a) da je to stvar države

b) u koliko vjerovnik smije potraživati od dužnika to je predmet obveznog prava

U velikom broju slučajeva zabrana ovakvih klauzula imaju međunarodni obvezujući karakter.

Još uvijek postoji propis koji to zabranjuje - Stari zakon o zabrani osiguranja vrijednosti. Ali iako postoji i sličan propis s obrazloženjem očuvanja stabilnosti cijena u EU. Smatra se da će biti ukinut, no za sada iz čl. 105 slijedi da je to isključiva stvar središnje europske banke.

Tehnike osiguranja vrijednosti novca:

a) Vezivanje novčanih iznosa uz bilo što drugo (npr. cijenu zlata). – danas zabranjena!!

b) Unaprijed ugovaranje druge valute – više nije zabranjena jer nema valutne kompetence, ali klauzula štiti samo stabilnost cijena (iako nema smisla).

Die Verfassung der Republik Kroatien und rechtliche Rahmenbedingungen für ausländische Investitionen und Geschäftstätigkeit in der Republik Kroatien⁰

von Prof. Dr. Zoran Pokrovac*

I. Rechtsmodernisierung in Kroatien seit 1990

Ausländische Investoren und Juristen sind mangels eingehender Informationen oft überrascht, daß ausgerechnet Kroatien, ein Land, das den Übergang vom Sozialismus zur Marktwirtschaft während eines Verteidigungskrieges vollziehen mußte, neben Slowenien die mit Abstand günstigsten rechtlichen Rahmenbedingungen für ausländische Investitionen in Osteuropa geschaffen hat. Um dies verstehen zu können und um einigen von Ihnen ein vielleicht bisher unbekanntes Rechtssystem weniger fremd erscheinen zu lassen, soll zunächst an einige nicht nur historisch interessante Aspekte kroatischer Rechtsentwicklung erinnert werden, die Ausgangspunkt für die rasche Wieder-Europäisierung des kroatischen Rechtssystems waren:

1. Bis 1918 war Kroatien über Jahrhunderte hindurch ein Teil des österreichisch-ungarischen Rechtssystems, dessen Einfluß in den vergangenen siebzig Jahren innerhalb Jugoslawiens nur teilweise abgebaut werden konnte.

2. Die westeuropäische Prägung des kroatischen Rechts spiegelte sich daher auch in der Juristenausbildung wider, die sogar in den Jahren nach 1945 die typischen Merkmale eines kontinentaleuropäischen Rechtsstudiums beibehalten hat.

3. Seit Mitte der 60er Jahre hat sich in Jugoslawien eine rudimentäre Marktwirtschaft entwickelt. Damit waren auch schon vor dem Zusammenbruch des Ostblocksozialismus

⁰ Panel Discussion „European law and Legal Reforms in Croatia, Yugoslavia and other South Eastern Countries after the EU summits in Zagreb and Nice“ Berlin, 26.1.2001, Zentrum für deutsches, kroatisches, europäisches Recht und Rechtsvergleichung Split/Berlin.

* Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Split (Kroatien) und Mitarbeiter in der Sozietät Haarmann, Hemmelrath & Partner, Sozietät von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern. Der Text gibt ein Koreferat im Rahmen eines Colloquiums des Interuniversitären Rechtszentrums im Sommersemester 2001 wieder.

marktwirtschaftliche Rechtsstrukturen notwendig und vorhanden. Das Wirtschaftsrecht hat unter einigen für den Sozialismus atypischen Voraussetzungen funktioniert, wie z.B:

- *kein Staatseigentum, sondern das sog. gesellschaftliche Eigentum (društveno vlasništvo) als eine Art des subjektlosen Eigentums (Eigentum ohne Eigentümer);*
- *keine zentrale Wirtschaftsplanung, sondern rudimentäre Marktwirtschaft;*
- *keine riesigen einheitlichen Kombinate und Fabriken, sondern eine Vielzahl von rechtlich selbständigen juristischen Personen;*
- *keine administrative Lösung der wirtschaftlichen Streitigkeiten, sondern Entwicklung der spezialisierten Wirtschaftsgerichten innerhalb der ordentlichen Justiz und Zulassung der Schiedsgerichtsbarkeit;*
- *Gleichgewicht des staatlichen und autonomen („gesellschaftlichen“) Rechts;*
- *Zulassung der Kollektiv- bzw. Tarifverträge und gewaltlose „Duldung“ des Streiks;*
- *Zulassung von ausländischen Investitionen und gemischten Joint-Ventures;*
- *Liberalisierung der Devisentransaktionen, teilweise auch im inneren Zahlungsverkehr;*
- *weitgehende Selbstständigkeit des Bank- und Versicherungswesens.*

Es ist daher nicht verwunderlich, daß der Anschluß Kroatiens an den abendländischen Typ der Rechtssysteme nach 1990 schnell und erfolgreich durchgeführt werden konnte. Entscheidend hierfür war die Rezeption des deutschen Rechts seit 1991. Mit Hilfe deutscher Berater wurden viele deutsche Vorschriften rezipiert, zuerst in den für ausländische Investitionen wichtigsten Bereichen. Bestes Beispiel ist das neue Recht der Handelsgesellschaften, das überwiegend eine Übernahme deutscher Vorschriften ist. Die veralteten jugoslawischen Vorschriften des Gesellschaftsrechts wurden schon 1993 vollständig ersetzt. Ähnliches gilt auch für das Insolvenz-, Vollstreckungs- und Arbeitsrecht.

Da man in Kroatien trotz einiger Probleme eine demokratische Gesellschaftsordnung und die freie Marktwirtschaft wieder zugelassen hat, sind weitere Grundlagen für die Umsetzung des rezipierten deutschen Rechts vorhanden.

Um sich den rechtlichen Umfeld der neuen kroatischen Gesetze besser vorstellen zu können ist noch das Folgende hervorzuheben:

1. Das Zivilrecht ist kodifiziert durch mehrere Gesetze; es ist eine gute Mischung der österreichischen, deutschen und schweizer Einflüsse und kennt alle gute und erprobte Institute dieser Länder.
2. Das Grundbuchwesen stammt aus der österreichisch-ungarischen Zeiten, wurde jedoch in

der sozialistischen Zeit vernachlässigt, so daß noch erhebliche Besserungen notwendig sind. Die gesetzliche Grundlage fehlt nicht, seine Umsetzung ist leider zu langsam.

3. Das Gerichtssystem entspricht den gängigen westeuropäischen Prinzipien, obwohl die richterliche Unabhängigkeit erst erkämpft werden muß. Seit der 60-er Jahre hat auch Kroatien das Verfassungsgericht, das immer mehr an der Bedeutung gewinnt. Die alte Tradition der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die auch die Funktion des Finanzhofes hat, ist ein wichtiger Element der kroatischen Rechtsstaatlichkeit.
4. Die Schiedsgerichtsbarkeit hat lange Tradition. Die Anerkennung und Vollstreckung der ausländischen Schiedssprüche ist möglich obwohl unter Umständen schwer und zögerlich.
5. Die ratifizierten internationalen Abkommen haben Vorrang vor dem "einfachen" inländischen Gesetz.

II. Rechtliche Stellung ausländischer Personen

Besondere Gesetze über ausländische Investitionen gibt es in Kroatien nicht mehr. Alle Fragen einer ausländischen Kapitalbeteiligung sowie der Firmen- und Zweigniederlassungsgründung sind zusammengefaßt im "Gesetz über Handelsgesellschaften" geregelt.

Als **ausländische Anleger** gelten in Kroatien alle juristischen Personen, deren Sitz im Ausland registriert ist und alle natürlichen Personen, die ausländische Staatsbürger, Flüchtlinge oder Staatenlose sind, wenn sie Anteile oder Aktien an einer Gesellschaft erwerben oder in sie auf vertraglicher Grundlage Einlagen erbringen. Die gleiche Stellung haben kroatische Staatsangehörige, solange sie ihren ständigen Aufenthalt im Ausland haben.

Ausländische Personen sind bei der Gründung von Handelsgesellschaften sowie deren Erwerb und beim Erwerb von Rechten an ihnen - soweit in ihren Ländern die Gegenseitigkeit gewährleistet ist - Inländern gleichgestellt oder sogar teilweise privilegiert. Da die Gegenseitigkeit zur Bundesrepublik Deutschland vorhanden ist, gibt es auch für deutsche Investoren keine Probleme in Kroatien.

Um den Garantien für ausländische Investoren den rechtlich höchsten Rang zu sichern, hat man sie in Kroatien sogar in die **Verfassung** aufgenommen. Folgenden **Garantien** für Kapitaleinlagen wurden verfassungsrechtlich verankert:

1. „Durch Kapitaleinlage erworbene Rechte können durch Gesetz oder andere Rechtsakte nicht gemindert werden“ (Art. 49 Abs. 4 der Verfassung).

Selbstverständlich ist diese Bestimmung auslegungsbedürftig. Die herrschende Meinung scheint zu sein, daß unter dem „Gesetz“ einfaches Gesetz und unter „andere Rechtsakte“ hoheitliche Maßnahmen zu verstehen sind. Der Verbot der Minderung der erworbenen Rechte führt zur sehr komplizierten Fragenstellungen, die hier nicht thematisiert werden können. Es dürfte nicht akzeptabel sein, daß es sich nur um einen Sonderfall des allgemeingeltenden Verbot der Rückwirkung von Rechtsvorschriften handelt. Bei einem der führenden Kommentatoren ist dazu die folgende Stellungnahme zu lesen: „Die Garantie der Nichtminderung der Rechte des ausländischen Anlegers bedeutet nicht, daß auch die Bedingungen (z.B. Steuerlast, Abrechnungssystem) nicht geändert werden werden, die im Lande gegolten haben, als das Kapital investiert wurde, sondern nur, daß zu seinem Ungunsten die Rechte nicht geändert werden werden, die er durch Einlage (z.B. Vermögens- und Verwaltungsrechte des Gesellschafters in einem Handelsgesellschaft) erworben hat“⁰.

2. „Dem ausländischem Investor wird die Freiheit des Gewinn- und Kapitaltransfers gewährleistet“ (Art. 49 Abs. 5 der Verfassung).

Diese Garantien wurden eingehend im Gesetz über Grundlagen des Devisensystems ausgearbeitet. Die Währungsreserven die Kroatien inzwischen aufbauen konnte, ermöglichen die Verwirklichung dieser Garantien.

Im Hinblick auf den Gewinntransfer bei ausländischen Investitionen ist die sehr liberale Handhabung hervorzuheben. Die Überweisung eines in Kroatien erzielten Gewinns an einen ausländischen Anleger wird ohne Beschränkungen ermöglicht. Gleiches gilt für Kapital, das einem Ausländer nach Liquidation seiner Anlage zusteht, und für den Erlös aus dem Verkauf von Aktien oder Anteilen.

Zusätzliche Sicherheit für ausländische Investoren in Kroatien bieten zahlreiche Verträge zwischen Kroatien und Drittländern über den gegenseitigen Schutz und die Förderung von Kapitalanlagen.

⁰ Jakša Barbić, *Pravo društava. Knjiga prva. Opći dio*, Zagreb, 1999, S. 492.

Kroatien ist außerdem Mitglied des Abkommens über die Gründung der Agentur für multilaterale Investitionsgarantien.

Durch das Gesetz über die Kroatische Garantieagentur wird die Kroatische Garantieagentur als selbständige, nicht gewinnorientierte Finanzinstitution zur Beförderung und Entwicklung der kleinen und mittleren Privatunternehmen und Gewerbe gegründet. Gründer mit einem Kapital von DM 5.000.000 ist die Republik Kroatien, die auch für die Verpflichtungen der Agentur haftet. Die Agentur gewährt Garantien für Bank- und Sparkassenkredite für kleine Unternehmen und finanzielle Unterstützung zur Verminderung der Kreditkosten. Zu erwähnen ist auch das Gesetz über die Versicherung von Exportgeschäften gegen nichtkommerzielle Risiken von 1994 (NN 53/94). Zur Versicherung gegen nichtkommerzielle Risiken im Sinne dieses Gesetzes wurde von der Regierung der Republik Kroatien das Kroatische Amt für die Versicherung von Exportgeschäften mit einem Gründungskapital von DM 1 Mio gegründet. Für den Ersatz des dem Exporteur entstandenen Schadens haftet die Republik Kroatien, soweit der Schaden nicht durch die eingezahlten Prämien oder auf andere Weise ersetzt werden kann. Die aus dem Gesetz hervorgehenden Rechte gelten für Exporteure, die ihren Sitz in Kroatien haben, unabhängig davon, ob das Gründungskapital ausländischer Herkunft ist.

1. Eigentumserwerb durch Ausländer

Grundsatz der Gleichbehandlung

Auch das neue, am 1.1.1997 in Kraft getretene Gesetz über Eigentum und andere Sachrechte sichert die Rechtsstellung von Ausländern ab. Es regelt in einem besonderen Kapitel die "dinglichen Rechte ausländischer Personen".

Abgesehen von wenigen Beschränkungen betreffend den Eigentumserwerb an Immobilien, gilt das kroatische Sachenrecht nach dem Prinzip der Gleichbehandlung auch für ausländische Personen. Ausländer können Eigentum an beweglichen Sachen in Kroatien frei und unbeschränkt erwerben.

2. Grunderwerb durch Ausländer

Ausländische Personen können unter der Voraussetzung, daß Gegenseitigkeit besteht, Eigentum an Immobilien erwerben. Da Gegenseitigkeit besteht, gibt es für deutsche

Staatsangehörige keine Probleme. Von Ausländern in Kroatien gegründete juristische Personen können wie jede andere kroatische juristische Person Immobilien erwerben.

3. Freier Immobilienerwerb im Falle der Erbfolge

Das Gesetz enthält keine Beschränkungen hinsichtlich des Rechts einer ausländischen Person, Immobilien auf kroatischem Territorium zu erben. Einzige Bedingung ist die Gegenseitigkeit.

4. Reziprozität und Zustimmung des Außenministers

Für den anderweitigen Erwerb (z.B. Kauf, Tausch, Schenkung) von Immobilien ist neben der Gewährleistung der Gegenseitigkeit auch die Zustimmung des Außenministers erforderlich. Sie wird nach freiem Ermessen aufgrund einer vorherigen Stellungnahme des Justizministers erteilt. Die Zustimmung kann vom ausländischen Käufer oder vom inländischen Verkäufer beantragt werden. Hierzu sind dem Außenministerium der Kaufvertrag (soweit Erwerb durch Kauf), der Nachweis über die Bauparzelle, ein Grundbuchauszug sowie der Nachweis der Staatsangehörigkeit des Käufers und Verkäufers vorzulegen. Der Kaufvertrag ist rechtsunwirksam, wenn die Zustimmung nicht erteilt wird.

5. "Verbotene Zonen"

Grundstücke, die sich in Gebieten befinden, die aus Gründen des Schutzes der Interessen und der Sicherheit der Republik Kroatien gesetzlich zu "verbotenen" Gebieten erklärt worden sind, können durch Ausländer nicht erworben werden

6. Landwirtschaftlicher Boden

Nach dem Gesetz über landwirtschaftlichen Boden (Gesetzblatt 54/94, 48/95) können ausländische Personen kein Eigentum am landwirtschaftlichen Boden erwerben. Dies ist insbesondere zu beachten, wenn potentielle ausländische Käufer beabsichtigen, außer dem Baugrundstück auch weitere angrenzende Grundstücke zu kaufen. Ob es sich im konkreten Fall um Bauland oder landwirtschaftlichen Boden handelt, ergibt sich aus den Bauleitplänen.

Vor dem Kauf von Immobilien in Kroatien sollte auch folgendes beachtet werden:

- Bestimmte Immobilien, die nach dem Zweiten Weltkrieg nationalisiert wurden und an

denen die jetzigen Besitzer immer noch ein Nutzungsrecht haben, dürfen entweder gar nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen veräußert werden.

- Nach kroatischem Recht gelten bestimmte Flächen im Küstenbereich (Seegesetzbuch, Gesetzblatt 17/95) als sogenanntes "Meeresgut" (z.B. Strände, Häfen, Flußmündungen u.ä.). An diesen Flächen kann kein Eigentums-, sondern nur ein Konzessionsrecht erworben werden.

Das allgemeine Konzessionsrecht wird im Gesetz über Konzessionen von 1992 (Gesetzblatt 89/92) geregelt. Eine Konzession kann ausländischen und inländischen Personen maximal für 99 Jahre erteilt werden. Die Detailregelungen sind in einer Reihe spezieller Gesetze enthalten (z.B. im Seegesetzbuch betreffend die Konzessionen an dem "Meeresgut").

7. Enteignung und enteignungsähnliche Maßnahmen

Auch im Hinblick auf Enteignung und enteignungsähnliche Maßnahmen sind Ausländer den Inländern gleichgestellt. Entsprechend völkerrechtlichen Grundsätzen kann Eigentum an einer Immobilie nur bei Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses, aufgrund Gesetzes und mit voller Entschädigung enteignet werden. Die Enteignung von beweglichen Sachen ist nicht erlaubt.

Enteignungsvoraussetzungen und -verfahren sind im Enteignungsgesetz von 1994 (Gesetzblatt 9/94) geregelt. Für die Enteignung einer Immobilie müssen zwei grundlegende Voraussetzungen erfüllt sein:

1. Bau von Objekten oder Ausführung von Arbeiten im Interesse der Republik Kroatien, und
2. wenn zu erwarten ist, daß mit einer anderweitigen Nutzung der Immobilie größerer Nutzen erzielt werden kann als mit der bisherigen Nutzungsweise.

Bei Erfüllung vorgenannter Voraussetzungen kann eine Immobilie zur Ausführung von Arbeiten oder zum Bau von Objekten wirtschaftlicher Infrastruktur, von Objekten für das Gesundheits-, Bildungs- und Kulturwesen, von Industrie-, Energie-, Verkehrs- und Telekommunikationsobjekten, von Objekten für die Justiz, Armee und Polizei sowie zur Erforschung und Förderung von Boden- und anderen Naturschätzen enteignet werden.

Eine Entschädigung erfolgt in der Regel durch Zuteilung einer Ersatzimmobilie gleichen Marktwertes. Der Enteignete hat jedoch die Möglichkeit Entschädigung in Geld zu verlangen.

Neben der vollen Enteignung kennt das Enteignungsgesetz auch zwei Fälle der sog. "beschränkten Enteignung" durch Gründung einer Grunddienstbarkeit oder Pacht auf Zeit sowie vorläufige Inbesitznahme eines Teils eines angrenzenden Grundstücks.

III. Kroatien als Steuerstaat⁰

Nachdem der moderne Verfassungsstaat stets Steuerstaat ist, ist es selbstverständlich, daß diese Charakterisierung auch auf Kroatien zutrifft. In der kroatischen Verfassung ist dies in zweierlei Hinsicht verankert. Über die (dem Art. 14 GG vergleichbare) Eigentumsgarantie des Art. 48 hinaus heißt es in Art. 49 Abs. 1: „Die Freiheit der Unternehmerschaft und des Marktes sind das Fundament des Wirtschaftssystems der Republik.“ Da der Staat somit Einnahmen nicht, jedenfalls nicht in erster Linie, aus eigenwirtschaftlicher Betätigung generieren kann, ist er auf die Erhebung von Steuern angewiesen. Art. 51 Abs. 1 der kroatischen Verfassung stellt denn auch ausdrücklich klar, daß jeder verpflichtet ist, „zu der Begleichung öffentlicher Kosten im Einklang mit seinen wirtschaftlichen Möglichkeiten beizutragen“.

Verfassungsrechtliche Absicherung eines modernen Steuerrechts

Eindeutiger als in der deutschen Verfassung sind in der kroatischen Verfassung auch die materiellen verfassungsrechtlichen Grundlagen des Steuerrechts. Zwar enthält auch die kroatische Verfassung über das bereits erwähnte Eigentumsgrundrecht des Art. 48 hinaus in Art. 14 die Normierung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes. Allerdings ist es in Kroatien bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung von Steuergesetzen nicht notwendig – und aufgrund des Spezialitätsgrundsatzes wohl auch nicht möglich – hierauf zurückzugreifen. Art. 51 Abs. 2 enthält nämlich eine ausdrückliche verfassungsrechtliche

⁰ Die folgenden Ausführungen basieren auf dem Text von M. Schüppen, "Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Besteuerungspraxis in Deutschland", 37 *Zbornik radova Pravni fakulteta u Splitu* (2000) 1-2(57-58), S. 58-59. Zum kroatischen Steuerrecht vgl. *Pokrovac*, Gesetz über die Mehrwertsteuer, *ROW* 9/1995, S. 278-279; ders., Kroatien: Reformiertes Steuersystem lockt Investoren an, *VWD-Mittel- und Osteuropa*, Nr. 186, 25.9.1996, S. 6-7; ders., Kroatien: Regierung unterstützt Auslandsinvestoren, *vwd-Mittel- und Osteuropa*, Nr. 207, 25.10.1996, S. 7; ders., Kroatien verbessert Rahmenbedingungen für Investoren, *VWD-Mittel- und Osteuropa*, Nr. 222, 15.11.1996, S. 5; ders., Kroatien hat im Vorjahr Steuergesetze weiter geändert, *VWD-Südosteuropa*, Nr. 26, 6.2.1997, S. 2; ders., Gesetz über freie Zonen vom 17. Mai 1996, *ROW* 2/1997, S. 47-48; ders., Gesetz über Gebiete, die besonderer staatlicher Fürsorge unterliegen, vom 17. Mai 1996, *ROW* 2/1997, S. 48; ders., Steuergestaltung bei Investitionen in Kroatien (Teil 1), *Ost-West-Contact* 9/1997, S. 40-41; ders., Steuergestaltung bei Investitionen in Kroatien (Teil 2), *Ost-West-Contact* 10/1997, S. 62-63; ders., Gesetz über die Besteuerung von Immobilien vom 18. Juni 1997, *ROW* 8/1997, S. 275-276; ders., Vorteilhafte Steuergestaltung für deutsche Investoren, *Handelsblatt*, 16.10.1997, S. 10; ders., Vorteilhafte Steuergestaltungen für deutsche Investoren in Kroatien. Maßnahmen zur Beseitigung der Doppelbesteuerung, *IWB Internationale Wirtschafts-Briefe*, Nr. 21, 12.11.1997, S. 1019-1024; ders., Stellungnahme zur Frage der Steuerpflichten der DIHT-Repräsentanz in Kroatien, *ROW* 7/1998, S. 364-366.

Bestimmung für das Steuerrecht. Dort heißt es: „Das Steuersystem basiert auf den Grundsätzen von Gleichheit und Gerechtigkeit“.

Die Verfassung der Republik Kroatien enthält neben den allgemeinen Grundrechten also auch ein spezielles Steuergrundrecht, das es dem kroatischen Verfassungsgericht erlauben wird, die künftige Weiterentwicklung des kroatischen Steuerrechts durch Rechtsprechung und Gesetzgebung an verfassungsrechtlichen Maßstäben zu kontrollieren. Für die Entfaltung der Grundsätze von Steuergleichheit und Steuergerechtigkeit könnte dabei die neuere Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts reiches Anschauungsmaterial liefern. Es ist jedoch zu hoffen, daß sich das kroatische Steuerrecht niemals in einen solch desolaten Zustand entwickelt, daß ein ähnlich einschneidendes Eingreifen des Verfassungsgerichts in die Steuergesetzgebung erforderlich ist wie in der Bundesrepublik Deutschland.

NOVI SUSTAV USTROJSTVA VLASTI⁰

von Prof. Dr. Branko Smerdel*

I. CILJEVI USTAVNIH PROMJENA

Ustavnim promjenama usvojenim 9. studenog 2000. godine dovršen je proces revizije hrvatskog Ustava, sukladno izbornim obećanjima koalicije šest stranaka koje su na izborima preuzele vlast u Republici Hrvatskoj⁰. Središnje pitanje ovih ustavnih promjena bilo je, od samog početka, uvođenje novog sustava ustrojstva vlasti. Obično se govorilo o zamjenjivanju polupredsjedničkog "čistim" parlamentarnim sustavom. Ali u biti, nije se radilo o problemu primijenjenog "sustava ustrojstva vlasti", a još manje o teorijskoj "čistoći" i skladnosti sustava koji bi se imao primijeniti, već o političkom zahtjevu da se, koliko je to moguće učiniti ustavnim odredbama, uspostave institucionalne prepreke obnavljanju visoko centraliziranog sustava personalizirane vlasti Predsjednika Republike, kakav je razvijen tijekom posljednjih deset godina i kojem je, po prevladavajućem mišljenju, bitno pridonosio tako zvani polupredsjednički sustav uspostavljen Ustavom iz 1990. godine. Cilj je ustavnih promjena uspostaviti sustav odgovorne, ali istodobno i djelotvorne izvršne vlasti.⁰

Relativno djelotvorno sredstvo za postizanje tog cilja predstavlja promišljena ustavna razrada načela diobe vlasti, koja postavlja prepreke (provjere i ravnoteže, checks and balances) svakom nositelju državnih funkcija koji teži proširenju svoje vlasti preko dodijeljenih ovlasti.

Razmatranje pitanja ustrojstva vlasti nije se, dakako, moglo zadržati u okvirima odnosa Predsjednika Republike, Sabora i Vlade. Čim je započet postupak ustavne revizije, otvorena su druga pitanja: kako ustavnim odredbama ojačati nezavisnost i stručnost, a time i djelotvornost pravosuđa; kakve su promjene uloge Ustavnog suda potrebne s obzirom na nove odnose

⁰ Pojam ustrojstva (organizacije) vlasti u užem smislu na prvom se mjestu odnosi na ustavno uređenje odnosa između najviših državnih tijela, zakonodavstva i izvršne vlasti, na temelju kojeg se razlikuju parlamentarni, predsjednički i polupredsjednički model..

U širem smislu, govori se o ukupnosti uređenja odnosa između središnjih državnih tijela, gdje se u sustav uključuju i pravosuđe, sa svojim posebnostima i Ustavni sud kao, prema kvalifikaciji Jadranka Crnića (Vladavina ustava, Informator, Zagreb 1994.), "međuvlast", te središnja državna banka.

U najširem smislu, ustrojstvo vlasti obuhvaća cjelokupnu organizaciju države i lokalne samouprave. Ovdje pojam ustrojstva vlasti koristimo u prvom, najužem smislu. Usp. S.Sokol-B. Smerdel: Organizacija vlasti, Narodne novine, Zagreb 1987.

* Profesor Pravnog Fakulteta u Zagrebu (ustavno pravo, komparativno pravo); Glavni urednik Zbornika Pravnog Fakulteta u Zagrebu.

⁰ Tekst ustavnog zakona, pod neuobičajenim naslovom Promjena Ustava Republike Hrvatske objavljena je u Narodnim novinama broj 113. od 16. studenog 2000.

⁰ Na to je, kao na vjerojatno najvažniji problem s kojim se suočavaju post-komunističke zemlje još 1990. upozorio Ralph Dahrendorf . Usp. Reflection on the Revolution in Europe, Random House, London 1990. str. 115.

između tijela izvršne, zakonodavne i sudbene vlasti; je li opravdano zadržati dvodomnu strukturu zakonodavnog tijela, te kako ustavnim odredbama uspostaviti temelje za reformu sustava lokalne samouprave, usmjerene na decentralizaciju vlasti, prekomjerno koncentrirane pri središnjim državnim tijelima. Ustavne odluke donesene u pitanjima ustrojstva vlasti odražavaju se na rješenja u svim tim područjima. Razlog za to je ustavno primijenjena inačica načela diobe vlasti.

II. PRIMJENA NAČELA DIOBE VLASTI

Zadaća hrvatskih ustavotvoraca, bila je, dakle, pokušati osmisliti i formulirati ustavne odredbe koje bi u svim aspektima i područjima uređivanja ustrojstva vlasti i lokalne samouprave, dosljedno i jasno razradile i primijenile načelo diobe vlasti u njegovom suvremenom značenju.

Smisao načela diobe vlasti nije organizacijsko i funkcionalno odvajanje triju temeljnih grana vlasti koje bi onda, kako se često pogrešno tumači, djelovale neovisno jedna od druge. Takvo odvajanje ne samo što nije uopće moguće provesti, već bi sam takav pokušaj djelovao razorno na jedinstvo pravnog sustava i djelotvornost vlasti.⁰ Nasuprot takvim idejama, smisao primjene diobe vlasti je u tome da organizacijski omogući uzajamnu provjeru i ravnotežu između nositelja najviših državnih funkcija. Pored horizontalne dimenzije, gdje se uređuju odnosi između nositelja zakonodavne, izvršne i sudbene grane vlasti, dioba obuhvaća i vertikalnu dimenziju, odnose između središnje vlasti i lokalne samouprave utemeljene na ustavnoj razdiobi ovlasti, sukladno načelu ustavno zajamčenog prava na lokalnu samoupravu.

U sustavu ustrojenom na načelu diobe vlasti nema supremacije, "vrhovništva" jednog od triju vrhovnih državnih tijela, već ona djeluju ravnopravno, svako u okviru svojih ograničenih ovlasti, a sva su podređena Ustavu. Tako shvaćena dioba vlasti predstavlja, u okviru demokratskog političkog sustava, najdjelotvornije dosad iznađeno i u praksi demokratskih država provjereno, sredstvo sprečavanja koncentracije i personalizacije vlasti. U demokratskim državama ona se stoga, u različitim inačicama, primjenjuje u okviru svih modela ustrojstva vlasti: parlamentarnom, polupredsjedničkom i predsjedničkom.

To bi značenje diobe vlasti imala izraziti i naglasiti dopuna članka 4. Ustava Republike

⁰ Već je sam Montesqueu naglašavao kako državne vlasti, iako organizacijski odvojene imaju djelovati kroz međusobno prožimanje i suradnju. Za američke ustavotvorce taj je zahtjev bio izvan svake dvojbe. Prema njima svrha je ustavne primjene ovog načela, "suprostanavljanjem ambicije ambiciji" omogućiti razvitak sustava u kojem nijedan dužnosnik ne djeluje slobodan od nadzora drugih. Usp. Smiljko Sokol-Branko Smerdel: Ustavno pravo, Informator, Zagreb 1998, str. 222-224; Vincent Ostrom: Politička teorija složene republike, Informator, Zagreb 1989.str. 90-109. Vidjeti i Bruce Ackerman: The New Separation of Powers, Harvard Law Review, 113, 3, January 2000. str.642-729.

Hrvatske novim stavkom 2. koji glasi: "Načelo diobe vlasti uključuje oblike međusobne suradnje i uzajamne provjere nositelja vlasti propisane Ustavom i zakonom." Pored toga, nadopunom stavka 1. članka 4., naglašeno je i kako dioba vlasti, osim horizontalne, obuhvaća i vertikalnu dimenziju, te je središnja vlast "ograničena Ustavom zajamčenim pravom na lokalnu samoupravu."

Ovo je pojašnjenje bilo potrebno unijeti u Ustav, ne samo zbog duboko ukorijenjenog neshvaćanja i svjesnog izvrtanja značenja načela diobe vlasti u dosadašnjoj praksi, pa i teoriji, u Republici Hrvatskoj⁰, dakle kao ustavnu normu prvenstveno edukativnog značaja i orijentir zakonodavcu, već i kao pravnu osnovu za dalju razradu ovog načela u svim potankostima odnosa između središnjih vlasti, te njihovog odnosa prema lokalnim samoupravnim tijelima.

III. OSNOVNA FORMULA RADNE SKUPINE PREDsjedNIKA REPUBLIKE⁰

Osnovni koncept i pristup opisanoj zadaći stručna radna skupina Predsjednika republike formulirala je na slijedeći način. Svako od tri najviša državna tijela formira se odvojeno i svako djeluje u okviru svojeg ustavnog djelokruga, ali je za donošenje većine najvažnijih odluka potrebna međusobna suradnja, dogovaranje ili suglasnost drugih tijela. Instrumenti poput supotpisa, zahtijevanja mišljenja ili konzultacija, imaju za svrhu usmjeriti, upravo natjerati, nositelje najvažnijih državnih funkcija na dogovaranje i, po potrebi, kompromise.

Prema ovoj koncepciji, predsjednik Republike ostaje važan čimbenik ustavnog sustava, s naglašenim pravom inicijative na najvažnijim područjima državne djelatnosti: on je vrhovni zapovjednik oružanih snaga i nadzire službe sigurnosti, te zastupa Republiku Hrvatsku, ali pri tom trajno surađuje s Vladom i Saborom. Ograničavanja njegovih ovlasti i nadzor nad njihovim obavljanjem nužna su, s obzirom na snažni politički položaj neposredno izabranog predsjednika Republike, kao i činjenicu da ne postoji njegova politička odgovornost pred Hrvatskim državnim saborom.

Vladu imenuje parlament i ona je politički odgovorna isključivo parlamentu. Položaj Vlade je i funkcionalno bitno ojačan, jer ona ne samo što sudjeluje u donošenju odluka Predsjednika Republike, već zadržava inicijativu i prednost na nizu područja formuliranja

⁰ To je iskretanje pojmova doseglo vrhunac uspostavljanjem oficijelne doktrine o "jedinstvu državne politike" koju formulira predsjednik Republike, posljednjih godina vladavine HDZ-a. Ali na njezinu ukorijenjenost ukazuje i činjenica da od nje nisu imuni niti izborni pobjednici. Tako je prof. Tomac, kao šef izbornog stožera jednog od predjedničkih kandidata, dosljedno naglašavao potrebu uspostavljanja "jedinstva vlasti", kao uvjeta za ispunjenje obećanog reformskog programa izbornih pobjednika.

⁰ Usp. Stručne osnove za izradu prijedloga promjene Ustava Republike Hrvatske, Zbornik PFZ, 50, 3, (svibanj 2000), str. 378-379.

unutarnje i vanjske politike. U parlamentarnom sustavu vlada, sve dok uživa podršku parlamentarne većine, vodi i usmjerava parlament. To, s druge strane, također dovodi do potrebe preciziranja i jačanja njezine odgovornosti pred Saborom. Zbog toga je predložena nadopuna Članka 86 Ustava, novim stavkom 2, koji, pored zastupničkih pitanja, predviđa interpelaciju, kao važno i značajno sredstvo ostvarivanja odgovornosti vlade pred parlamentom u djelotvornim parlamentarnim sustavima.

Položaj Sabora bitno je ojačan, posebice proširivanjem i preciziranjem njegovih ovlasti na području obrane (Članak 7 i 80). U cilju jačanja Sabora predloženo je ukidanje Županijskog doma s danom isteka njegovog mandata u ožujku 2001. godine. Jednodomni parlament bi, po mišljenju radne skupine, bio u mogućnosti ostvarivati bitno jači utjecaj i nadzor u odnosu prema tijelima izvršne vlasti. Prijedloženo je da se, u cilju osiguranja djelotvornijeg rada istražnih povjerenstava, članak 92 nadopuni novim stavkom, po kojem istražnim povjerenstvom predsjedava zastupnik izabran većinom glasova svih zastupnika iz reda oporbe.

Osim općeg političkog nadzora nad Vladom i jačanja institucionalnog sustava ostvarivanja njezine odgovornosti, uloga Sabora je naglašena i sudjelovanjem njegovog predsjednika u donošenju odluka predsjednika Republike. U obavljanju tih ovlasti, predsjednik Sabora ne nastupa kao samostalan ustavni i politički čimbenik, već zastupa Sabor, te pritom mora voditi računa o stajalištima većine zastupnika i stalno osiguravati njihovu podršku.

Sabor nije, kako se često, ali pogrešno, tumači, najviše tijelo državne vlasti, nego samo jedan od čimbenika koji djeluju unutar sustava međusobne suradnje, provjere i odgovornosti. Za postojanje parlamentarnog sustava bitna je ravnoteža između parlamenta i vlade⁰. U slučaju mogućeg neslaganja, koje se najozbiljnije izražava izglasavanjem nepovjerenja vladi u parlamentu, krajnji arbitar je glasačko tijelo, sukladno načelu narodnog (pučkog) suvereniteta, odnosno u nas ustavnoj normi članka 1. Ustava po kojoj vlast proizlazi iz naroda i pripada narodu, kao zajednici slobodnih i ravnopravnih državljana. Birači imaju posljednju riječ i sukob se raziješava novim izborima. Sredstvo za to je pravo Predsjednika Republike da, na prijedlog Vlade, raspusti parlament.

IV. IZRADA PRIJEDLOGA I REZULTATI (NUŽNIH?) KOMPROMISA

Koncept Stručnih osnova u pogledu ustrojstva vlasti gotovo je u potpunosti, s izuzetkom prijedloga o ukidanju Županijskog doma, prihvatila politička radna skupina šest stranaka

⁰ Usp. Smiljko Sokol u Sokol-Smerdel, op.cit., posebno str. 257-258; Od novijih stranih radova usp. primjerice, komparativni pregled položaja i djelovanja parlamenata europskih zemalja u Michael Gallagher, Michael Laver, Peter Mair: Representative Government in Europe, 2nd ed., McGraw-Hill, New York – London 1995. str. 43-50.

vladajuće koalicije, koja je formirana gotovo istodobno, ali je započela s radom tek po objavljivanju materijala stručne radne skupine Predsjednika Republike. Potom je rad na promjenama Ustava usredotočen pri Odboru za Ustav, poslovnik i politički sustav Zastupničkog doma Hrvatskog državnog sabora, koji je u roku od mjesec dana izradio Nacrt⁰, a zatim i Prijedlog ustavnih promjena.

To nije, kako bi se moglo zaključiti zbog kratkoće rokova u kojima je obavljena, bila lagana zadaća. Žurna usklađivanja stajališta i zahtjeva vladajuće koalicije, uz sudjelovanje zastupnika nacionalnih manjina i drugih parlamentarnih stranaka, u nastojanju da se postigne konsensus - ili barem potreban broj glasova – urodila su nekim zaista specifičnim rješenjima, posebice u pogledu uređenja prava raspuštanja Zastupničkog doma.⁰ Neki od spomenutih kompromisa doveli su do, sa stajališta struke i komparativnog iskustva, problematičnih rješenja.

Dobar primer predstavlja odredba stavka 5. članka 109. Ustava, gdje se cijeli postupak nepotrebno komplicira i potpuno neumjesno uvodi supotpis pri donošenju rješenja o imenovanju predsjednika i članova Vlade. Navedena norma određuje kako, na temelju iskazanog povjerenja Vladi, rješenje o imenovanju predsjednika Vlade donosi predsjednik Republike, a rješenje o imenovanju članova Vlade donosi predsjednik Vlade, a za svako je potreban supotpis predsjednika Hrvatskog sabora.

No nije u pitanju samo nepotrebno kompliciranje, valjda radi simboličkog naglašavanja uloge pojedinih ustavnih čimbenika. Radi se o potpunom iskrivljavanju smisla institucije supotpisa (premapotpisa, kontrasignature) kako je razvijena u praksi parlamentarnih država i utvrđena još u klasičnoj ustavnopravnoj teoriji⁰. Zahtjev za supotpisom podrazumijeva pravnu ovlast da on može biti uskraćen⁰. Sa tim značenjem ova se institucija koristi na niz mjesta u novom ustavnom tekstu. Kod donošenja rješenja o imenovanju predsjednika i članova Vlade, međutim, takvom tumačenju ni u kojem slučaju nema mjesta. Na temelju odluke Zastupničkog doma o povjerenju Vladi rješenja imaju biti donesena i nikakvo drugo tumačenje ne dolazi u obzir. Time je uloga predsjednika Hrvatskog sabora, ovim zahtjevom svedena na ovjeru autentičnosti potpisa, što je posao primjeren javnom bilježniku, a ne predsjedniku zakonodavog tijela.

Dva temeljna ustavna uvjeta uspostavljanja parlamentarne vlade, odgovornost vlade pred parlamentom uz postojanje prava raspuštanja parlamenta, u osnovi su zadovoljena u

⁰ Objavljen u Narodnim novinama broj 101 od 13. listopada 2000.

⁰ Nemogućnost daljeg odgađanja ustavnih promjena i žurba pred javnošću koja je već gubila strpljenje, donijeli su i jedan izuzetno značajan propust ovog paketa ustavnih promjena. One nisu popraćene ustavnim zakonom za provedbu ustavnih promjena, što već izaziva dvojbe i nesnalaženja u praksi.

⁰ Usp., primjerice, klasike: u Velikoj Britaniji A.V. Dicey: *The Law of the Constitution*, 10th ed., London 1960. str.325-327; u Francuskoj A. Esmein: *Elements de droit constitutionnel*, 8e ed., tome I, Paris 1928. str. 166-168.; u Hrvatskoj Jovan Stefanović: *Ustavno pravo FNRJ i komparativno*, Zagreb 1956., tom II, str.23-25.

⁰ Politički cilj, dakako, nije izazivanje blokade odlučivanja, nego poticanje na dogovor i kompromis.

novom sustavu ustrojstva vlasti, ali jedan od njih, pravo raspuštanja riješeno je na vrlo specifičan način bez primjera u suvremenom svijetu.

V. ODGOVORNOST VLADE PRED HRVATSKIM SABOROM

Vlada je odgovorna Zastupničkom domu Hrvatskog sabora (čl.112.). Zastupnički dom uvodi Vladu u dužnost izglasavanjem povjerenja (čl. 109)⁰. Dom glasuje o povjerenju na prijedlog osobe kojoj predsjednik Republike povjeri mandat jer, na temelju raspodjele zastupničkih mjesta i obavljenih konzultacija, drži da uživa povjerenje većine svih zastupnika u Domu (čl.98.al.3), ali istodobno i ocjenjuje program Vlade. Mandatar je, naime, odmah po sastavljanju Vlade, a najkasnije u roku od 30 dana od dana prihvaćanja mandata, dužan program i sastav Vlade predložiti Zastupničkom domu i zatražiti glasovanje o povjerenju (čl. 109.st.3.).

Ako mandatar ne uspije sastaviti Vladu u roku od 30 dana, predsjednik Republike mu može produžiti mandat za najviše još 30 dana. Ako niti u tom roku mandatar ne uspije, predsjednik Republike obvezatno imenuje novog mandataru. Bezuspješnim istjecom rokova tom drugom mandataru, ili ako Zastupnički dom uskrati povjerenje Vladi koju je on predložio, predsjednik Republike imenuje privremenu nestranačku Vladu i istodobno raspisuje prijevremene izbore za Zastupnički dom (čl.109a). Umjesto rješenja primjerenog parlamentarnom sustavu, gdje se procjeni državnog poglavara ostavlja korištenje prava na raspuštanje parlamenta, ako taj nije u stanju iznjedriti svoju vladu, ovdje nalazimo scenario moguće krize Vlade u trajanju od više mjeseci. No, dok se ovakvo rješenje u pitanju *investiture* još može braniti, slučaj odbijanja Sabora da prihvati državni proračun riješen je *prima facie* na katastrofalan način⁰.

Politička odgovornost Vlade pred Saborom, kao najvažnija značajka sustava parlamentarne vlade riješena je dobro. Za realizaciju političke odgovornosti Vlade zastupnicima stoje na raspolaganju sva tradicionalna sredstva parlamentarnog sustava: zastupnička pitanja, vladina izvješća, istražna povjerenstva i interpelacija, uvedena člankom 27. st.2. Ustava kao nova ustavna institucija⁰. Posljednje sredstvo realizacije političke odgovornosti Vlade u cjelini, odnosno pojedinih njezinih članova, je izglasavanje nepovjerenja Vladi.

Prema članku 113. Ustava pitanje povjerenja Vladi u cjelini, predsjedniku Vlade ili pojedinom njezinom članu može postaviti najmanje jedna petina zastupnika u zastupničkom

⁰ U komparativnoj praksi ovakav se postupak imenovanja vlade naziva *investiturom*.

⁰ Iako je moguće pronaći izlaz u stavku 9. članka 113. (o čemu šire *infra*).

⁰ Iako interpelaciju sadrži Poslovnik Zastupničkog doma Hrvatskog državnog sabora (Narodne novine broj 71. od 19. srpnja 2000. članci 192. do 198.

domu⁰, a predsjednik Vlade također može zahtijevati glasovanje o povjerenju. Rasprava i glasovanje o povjerenju ima se obaviti u roku od osmog do tridesetog dana od dana dostave prijedloga Zastupničkom domu (arg. iz st.3. i 4. navedenog članka). Odluka o nepovjerenju donosena je ako u prilog takvog prijedloga glasuje većina svih zastupnika Zastupničkog doma. Ako Zastupnički dom odbije prijedlog za izglasavanje nepovjerenja Vladi, zastupnici koji su ga postavili⁰ ne mogu ponovno podnijeti isti prijedlog prije isteka roka od šest mjeseci od dana glasovanja.

Kad bude izglasano nepovjerenje predsjedniku Vlade ili Vladi u cjelini ona podnosi ostavku. Ali ovdje se ne predviđa mogućnost da, kao u teoretski čistom parlamentarnom sustavu koji su, po britanskom uzoru, preuzele brojne europske države, Vlada odmah zahtijeva od predsjednika Republike da raspusti parlament, već je uveden dodatni rok od 30 dana za pokušaj formiranja nove vlade iz postojećeg sastava Zastupničkog doma, kao jedna inačica tzv. konstruktivnog izglasavanja nepovjerenja ili, bolje reći, racionaliziranog parlamentarizma.

U tom roku može biti izglasano povjerenje novom mandataru i članovima Vlade koju on predloži, pa novi izbori ne će ni biti potrebni. Iz dikcije ove odredbe moglo bi se tumačiti kako u tom slučaju mandatar nije dužan podnijeti i program Vlade, premda smo mišljenja kako bi takvo tumačenje bilo pogrešno, te bi on to morao učiniti. Ako mandatar ne uspije obaviti svoju zadaću u roku od 30 dana, ili ako Zastupnički dom odbije njegov prijedlog sastava Vlade (i program) predsjednik Republike raspušta Zastupnički dom i raspisuje nove izbore (st.7.čl.113. Ustava).

VI . PRAVO RASPUŠTANJA ZASTUPNIČKOG DOMA

Problematično je što odredba stavka 7. članka 113. Ustava otvara, istina slabu ali ipak nedopustivu, mogućnost različitog tumačenja pitanja tko takvom mandataru povjerava mandat za sastav Vlade. Naime, prema drugoj rečenici istog stavka, tek ako u roku od 30 dana nije izglasovano povjerenje mandataru, predsjednik Hrvatskog sabora obavijestiti će o tome predsjednika Republike. Ova je odredba je nepotrebna, jer valja pretpostaviti kako je predsjednik Republike, slijedom cjeline svoje ustavne uloge, u tom trenutku potpuno uključen u napore za sastavljanjem nove Vlade i dobro informiran o njezinoj sudbini. Ako se pak

⁰ Držimo kako je tako velik broj zastupnika, jednak kao za predlaganje ustavnih promjena, pretjeran. Posebno, probleme će izazvati razlika prema broju zastupnika potrebnom za pokretanje interpelacije u članku 86. Ustava. Naime, bit pojma interpelacije, kako je utvrđen u klasičnoj ustavnopravnoj doktrini, je u tome što ona, nakon rasprave o odgovoru ministra ili vlade može voditi glasovanju o povjerenju vladi. Usp. The Lord Campion-D.W.S. Lidderdale: European Parliamentary Procedure, London 1953. str. 50; J. Barthelemy-P.Duez: Traite de droit constitutionnel, Paris 1933. str. 703.

⁰ Obzirom na veliki broj članova koji mogu podnijeti takav prijedlog, te s obzirom da Ustav u članku 104. govori o stranačkim klubovima, bolje je bilo propisati da političke stranke koje su sudjelovale u predlaganju ne mogu ponovno podnijeti prijedlog.

pretpostavlja da se on tek onda uključuje u taj proces, jer bi mandat u slučaju izglasavanja nepovjerenja Vladi, mogao povjeriti netko drugi, tada to predstavlja nedopustivo odstupanje od cjeline ustavnog koncepta ustrojstva vlasti.

Držimo da takvo tumačenje ne dolazi u obzir. U slučaju izglasavanja nepovjerenja Vladi, novi mandat povjerava predsjednik Republike, sukladno odredbama članka 98. Ustava, dakle na temelju procjene stranačkog rasporeda u zastupničkom domu u obavljenih konzultacija.

Predsjednik Republike, dakle, donosi odluku o raspuštanju Zastupničkog doma kad novi mandatar, imenovan nakon što je prethodna Vlada podnijela ostavku jer joj je izglasano nepovjerenje, ne uspije u roku od 30 dana sastaviti Vladu ili postići izglasavanje povjerenja za sastavljenu Vladu u Zastupničkom domu. Nikako se ne bi moglo, niti smjelo tumačiti kako on to ne bi mogao učiniti ako bi predsjednik Zastupničkog doma odlučio da mu uskrati obavijest o tome.⁰

Pravo raspuštanja Zastupničkog doma, osim u slučaju izglasavanja nepovjerenja Vladi, uređeno je na poseban način, kakav ne poznaje niti jedan postojeći ustav i koji predstavlja poremećaj ravnoteže u korist zakonodavne vlasti i zbog toga, potencijalno, prijeti sukobom Vlade i Zastupničkog doma oko pitanja izglasavanja državnog proračuna tijekom nezamislivo dugih rokova. Istina, ispravnom interpretacijom ustavnih normi i u takvom bi se slučaju mogao pronaći izlaz, ali bi bilo bolje da Ustav nije ostavio otvorenu mogućnost tako ozbiljnih dvojbi, posebno s obzirom na loša iskustva s postizanjem suglasnosti oko razboritih interpretacija ustavnog teksta u ranijim kriznim situacijama.⁰

Izmijenjeni članak 104. Ustava predviđa, naime, da predsjednik Republike može raspustiti Zastupnički dom, na prijedlog Vlade i uz supotpis predsjednika Vlade, te nakon savjetovanja s predstavnicima stranačkih klubova, samo u dva slučaja i to ako Dom: (1) na zahtjev Vlade, ne izglasa povjerenje Vladi ili (2) u roku od 120 dana od dana podnošenja prijedloga ne donese državni proračun.

Rok od 120 dana, unesen je ovdje zaista kao rezultat nepotrebnog, a kazali bi i nedopustivog, ustupka onim zastupnicima koji ne razumiju temeljna načela funkcioniranja sustava vlasti, parlamentarnog ili nekog drugog. Nijedna država ne može funkcionirati bez odobrenih sredstava tijekom pola godine ili duže. Naime, članak 73. Ustava određuje da se izbori za zastupnike održavaju najkasnije 60 dana nakon isteka mandata ili raspuštanja

⁰ Na ovo je vrijedno upozoriti i s obzirom na naše nedavno iskustvo. Mi smo imali slučaj blokade odlučivanja u studenom 1999. godine, kada je predsjednik Vlade odbijao obavijestiti Ustavni sud o teškoj bolesti i nesposobnosti predsjednika Republike, iako je ona bila notorna.

⁰ Najozbiljnija takva kriza, koja je pokazala ozbiljne slabosti hrvatske pravne teorije pred izazovima jedne pragmatične i kreativnije interpretacije ustavnog teksta, bilo je pitanje zamjenjivanja Predsjednika Republike u slučaju trajne spriječenosti, tijekom studenog 1999. Te su slabosti došle do izražaja ponovno u osjetljivoj situaciji prilikom prijenosa vlasti u siječnju 2000. godine. Iako načelno smatramo kako je kreativna interpretacija ključ trajnosti ustavnih odredbi, svijesni smo potrebe velikog opreza pri očekivanjima, s obzirom na našu pravnu tradiciju gdje je opći, a nemoguć, zahtjev da sve bude unaprijed regulirano.

domova Sabora. Prvo zasjedanje domova održava se najkasnije 20 dana nakon provedenih izbora. Pribrajajući to k onih 120 dana, pridržanih za raspravu o državnom proračunu, dobivamo ukupno 180 dana (120+60+20), to jest pola godine. Ali ni to nije pravi rok, jer izbori se, u smislu ovog ustavnog članka smatraju održanim tek kada su poznati i objavljeni njihovi rezultati. Teško je zamisliti državu koja bi opstala šest i više mjeseci bez državnog proračuna, pa je takve odredbe nedopustivo upisivati u Ustav.⁰ Samim svojim postojanjem one unose zbrku oko samog pojma i namjene državnog proračuna, a istini za volju i veliku dozu zabrinutosti.

Ipak, kako smo već naveli, postoji premosnica. Izlaz iz ove situacije nudi stavak 9. članka 113. Ustava: u svim slučajevima kada predsjednik Vlade ili Vlada podnese ostavku postupak je jednak kao u slučaju izglasavanja nepovjerenja Vladi. Tako bi predsjednik Vlade mogao donošenje državnog proračuna odmah vezati uz pitanje povjerenja Vladi. U slučaju da zastupnici odbiju proračun, ali izglasaju povjerenje Vladi, predsjednik Vlade podnosi ostavku i pokreće opisani postupak. Druga je mogućnost da predsjednik Vlade zaprijeti ostavkom već pri prvim naznakama da bi prijedlog državnog proračuna mogao biti odbijen. S obzirom na predviđene dugačke rokove za pokušaj formiranja nove Vlade, za preporučiti je svakoj hrvatskoj Vladi da, kad se ovakav problem pojavi, ne oklijeva s donošenjem takve odluke.

VII. IZGLEDI NOVOG SUSTAVA USTROJSTVA VLASTI

Općenito se može kazati kako je ono što novi Ustav donosi u pogledu ustroja vlasti, jedna inačica sustava parlamentarne vlade s jakim, neposredno izabranim Predsjednikom Republike, uz unošenje nekih ustavnih elemenata skupštinske vlade i posebno detaljno reguliranje odnosa između triju najviših državnih tijela.

Mi ne vidimo neki bitan problem u samom hibridnom značaju uspostavljenog sustava ustrojstva vlasti. Svrha ustavnih rješenja nije postizanje teoretske čistoće pojedinih ustavnih sklopova. Zbog toga se čisti teoretski modeli doslovno nigdje ne mogu naći čim se prestupi granica čistog pravno-dogmatskog pristupa.⁰ Bitno pitanje je da li uspostavljeni sustav može odgovoriti zadaćama zbog kojih su pokrenute ustavne promjene, to jest omogućiti nužnu mjeru djelotvornosti vlasti, uz istodobnu njezinu odgovornost onima koje predstavlja. Odgovor je,

⁰ Prema pogrešnom mišljenju iz siječnja 2000. godine, čak onda kada su održani dopunski izbori u izbornim jedinicama u kojima su se izbori imali ponoviti. Jasno je da ovakvo tumačenje može dovesti do ozbiljne zbrke i odgađanja konstituiranja parlamenta *sine die*.

⁰ Usp. od ranih analiza ove vrste D.V. Verney: *Analysis of Political Systems*, u H.Eckstein-D.Apter (eds.): *Comparative Politics*, New York 1963., str.175-184. Od novijih David M.Olson-Michael L. Mezey: *Legislatures in the Policy Process: the Dilemmas of Economic Policy*, University of Cambridge, New York 1991. str.1-24.

možemo kazati: da, ali pod određenim uvjetima.

Prvi od njih je širenje svijesti o potrebi suradnje, dogovaranja i kompromisa da bi sustav utemeljen na provjerama i ravnotežama mogao funkcionirati. Ukoliko takve svijesti i spremnosti nema, svaki takav sustav prijete blokadama odlučivanja, dovođenjem u pitanje ustavnih rješenja i, najgore, mogućnošću okretanja izvaninstitucionalnim mogućnostima. Dioba vlasti je sustav racionalizacije političkog odlučivanja, s ciljem da spriječi destruktivne političke konflikte. Njezina primjena zahtijeva određeni stupanj političke kulture u rješavanju političkih sporova.

Drugi uvjet je dobro poznavanje usvojenog mehanizma i analiza značenja pojedinih pitanja djelovanja sustava *ex ante*, prije nego što izbije prva kriza. Novi sustav u dva ključna elementa, prilikom formiranja Vlade, te prilikom donošenja državnog proračuna, umjesto poznatih, provjerenih i djelotvornih rješenja, kao što je raspuštanje parlamenta i novi izbori, nudi scenario moguće krize u trajanju preko šest mjeseci. Dok je pri formiranju Vlade moguće zamisliti relativno djelotvorno djelovanje sustava s privremenom nestranačkom Vladom, kod donošenja državnog proračuna radi se o nerazboritom i nemogućem roku.

Prosudjujući mogućnosti ispunjenja tih uvjeta, držimo kako opisana rješenja ne jamče trajnost ustavnih odredbi duže od trajanja mandata postojeće vlasti. Prva ozbiljna kriza u odnosima Vlade i Hrvatskog sabora ponovno će na dnevni red staviti pitanje prilagodbe ustavnih rješenja. Koliko god bili nezadovoljni što su se naša pesimistična predviđanja naizgled ostvarila⁰, moramo toga biti svjesni i pripremati se za nprva iskušenja koja stoje pred nama.

⁰ Usp. Branko Smerdel: Konstitucionalizam i promjena vlasti, Zbornik PFZ, 50, 1-2, str. 24-29.

CONSTITUTIONALISM, MULTILEVEL GOVERNMENT AND FEDERALISM

von Prof. Dr. Evgeni Tančev*

I. A Theoretical Framework of Multilevel Governance Analysis

As a point of departure or starting point one should not ignore the vital G. Jellinek modern nation state definition as an association built on territory, a permanent population recognized as citizens and effective government by the states apparatus equipped with sovereignty.⁰ Though undermined by the transformation of the modern nation state at the turn of the 20th century,⁰ this definition, strongly criticized in the context of EU integration process,⁰ has not only survived, but has been solemnly restated as credo of euroscepticism by Prof. Paul Kirkhoff in the famous Brunning decision of the German Constitutional Court during the debate on the Ratification of Maastricht Treaty.

Within the context of territorial division, ethnic and national unification and vertical division of power one analysis should be structured on different interdependence of certain forms of states and alliances between the modern nation states.

In the contemporary constitutional democracies there are at least several simple forms of state according to the legally and de facto degree of independence of local authorities from the central government.

At the beginning of the 21 century the modern unitary nation state is represented by:

- centralized nation state with constitutionally recognized freedom of directly elected self government authorities;
- nation state with highly developed degree of devolution built on modern demands of decentralization and deconcentration of power;
- nation state where the vertical division of power between central and local government is supplemented with different degree of recognition of autonomy, based on ethnicity or cultural diversity.

* Professor of Constitutional Law and European Law at the Law Faculty, Kliment Okhridski University of Sofia; Legal counsellor of the President of Republic of Bulgaria.

⁰ G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1905, 179

⁰ D. Rosseau, Europe's Constitutional Heritage in Constitutional Heritage of Europe, Strassbourg, 1996.

⁰ See for different approaches the critiques of J. Habermas..., J.H.H. Weiler, The Constitution of Europe: Do the New Clothes have an Emperor ?, Cambridge Univ. Press, 1999, his " Demos, Telos, Ethos and the Maastricht Decision", European Law Journal, vol.1., N3, November 1995 repr. in P. Gowan and P. Anderson eds., The Question of Europe, London-New York, 1997, 265-296; N. MacCormick, Beyond the Sovereign State, Modern Law Review, v.56, 1-18 and his Questioning Sovereignty, 1999...

The modern complex states consisting of a federal union and member states, uniting multilevel governance where two state entities take part and federalism prevails over intergovernmentalism encompass:

- traditional federal states based on territorial or national principle like USA, Germany, Austria etc.;
- classical federal states founded on ethnicity or right of multinational – Switzerland, Canada, Belgium, India etc;
- devolutionary federalism – represented by Spain, Bosnia and Herzegovina, UK in the making etc.;
- federations - asymmetric or symmetric differentiated on the principle of equality or non-equality between member states prevails.⁰

Modern unions between the sovereign states differ according to the degree of separation or pooling of their sovereignties together consist of:

- Confederations or confederacies;⁰
- European Union which is more than an international organization but not a state entity, having distinct territory, citizenship, but not a common people united on a nationality basis in which the member states and the Union pool their sovereignties together;
- Customs unions between the states;
- International Organizations where the interaction and governance between the sovereign states is built on intergovernmentalism.

The future full EU membership of the Balkan countries and the prospects of multilevel government emphasize the need of some further speculation on the nature of EU as a supranational entity. Defining the integration process and EU provoked a vigorous debate among scholars and politicians and has been a challenge to legal and political science authorities.

European integration before Maastricht was a undisputed triumph of functionalism, while all attempts at building of federal union in Europe starting from ancient Greek Amphictionia were either transitory or a chain of failures.

Maastricht Treaty triggered new trends reaching far beyond the functional integration process a marked a return to genuine ideas of the J. Monnet and the founding fathers.

Of course from the prospective of legal positivism the EU is even less than EC is for formally it still lacks the legal personality. And though all of the constructs describing the EU in terms of international organization seem obsolete in the terms of economic unity and integration through law. The lack of statehood is challenged not from Jellinek's definition only, but from Weberian

⁰ See for extensive treatment R. Watts, Federal Systems and Accommodation of Distinct Groups, Working Paper, Queens University, Kingston, Ontario, 1998, 3; D. Elazar, Exploring Federalism, Tuscaloosa, Univ. of Alabama Press, 1997.

⁰ G. Malinverni, The Modern Concept of Confederation, Strassbourg, 1995.

concept of state as well, being persuasively proven by the dragging efforts of politicians reaching compromise at the lowest common denominator and thriving euroscepticism on the hurdles in the way of the political union. So far the second and the third pillar intergovernmentalism does not certainly meet the identification of the state with the legitimate monopoly on violence, as Weber used to define the state.⁰

Both constitutional drafts of A.Spinnelli in 1984 and of F.Hermann ten years later were strongly refuted as was the effort to codify the Founding treaties – a failure successfully conducted by the brilliant scholars in the EUI in Florence.

Scholarly authorities in Europe have coined different constructs for looking at the EU from federal prospective.

Among the most successful concepts one should not forget to mention Bogdandy's⁰ supranational federation, Weiler's federation built on the principle of tolerance⁰ and Pernice multilevel governance and constitutionalism in the EU.⁰

The concept of multilevel governance uniting in one construct the nation state government with the government in the EU as a stateless entity is of a special interest to the 7th Rigas Workshop.

Enlargement will pose new obstacles to the EU governance the institutional framework of which was built for 6 member states and is already ineffective for a EU having 15 members. Enlargement will double the membership in the EU and it seems that in the near future will lead to a constitutional IGC prepared for the first time by the method of convention or will at least bring to a constitutional treaty commutating the EU pillar structure. If the Schroeder and Fischer ideas prevail it seems EU will reach finalite as a federation of a new type having a presidential or as it is in the French proposal a parliamentary type of government. If on the other hand, these goals would not be achieved at the next IGC – after the enlargement further success of the integration process will require gradual but definite transformation of functionalism into federalism with EU providing a typical example of integrative federalism.⁰

Within this conceptual framework we can analyze multilevel government in Europe and outline from three to four levels of government in the unitary nation states :

- municipal;
- regional;

⁰ M. Weber, *Economy and Society*, Univ. of California Press, 1979; See also G.F. Poggi, *The State, Its Nature, Development and Prospects*, 1990, 4.

⁰ A. von Bogdandy, *The European Union as a Supranational Federation: A Conceptual Attempt in The Light of The Amsterdam Treaty*, *Columbia Journal of European Law*, vol. 6, 27-54.

⁰ J.H.H. Weiler, *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, in K.Nicoladis and R.Howse, eds, *Federal Vision Legitimacy and Levels of Governance in the US and EU*, Oxford, Oxford.Univ. Press, 2001.

⁰ I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revisited?*, *Common Market Law Review*, 1999, 703-705.

⁰ See K. Lenaerts, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, *The American Journal of Comparative Law*, vol.38, 204-263.

- central;
- EU government.

In Germany, Austria, Belgium and Spain with its federalism in the making one should not simply add one more level of governance but distribute powers and arrange institutional framework within the federal states in a federal Europe.⁰

Within the federal EU member states levels of government include:

- municipal;
- regional;
- member state or lender government;
- federal government;
- government within EU framework.

In fact the interaction EU level of government with national levels of governance, based on the principles of flexibility and subsidiarity is much more complicated for the time being at least three methods have evolved – supranationalism, intergovernmentalism, and infranationalism.

To this scheme the plans for regionalization and building of Europe of regions should be added.

II. Constitutional Aspects of Multilevel Government in Bulgaria

The 1991 Constitution of Republic of Bulgaria has been the fourth fundamental law enacted in the country's history since the liberation from Ottoman Empire in 1878, ending the five centuries period of dependent existence of the Bulgarian nation, when the modern nation state emerged.

Situated on the Balkans, being a crossroad of ancient and modern civilizations, where state borders shifted throughout the history, since 681 the First Bulgarian kingdom united Slavs and Protobulgars emerging on the remnants of Thracian and Ggreek civillizations. The Second Bulgarian kingdom was founded after liberation from the Byzantine empire in the beginning of the 13 century and fell apart with the Ottoman invasion during the second half of the 15 century. After the victory in Russian - Turkish war the independence of the hole national territory of Bulgaria was restored but fearing the emergence of a strong state under the Russian influence the Great Powers at 1879 Berlin Conference divided the territory into three parts and restored the Ottoman rule over Macedonia, remaining dependent for 40 more years.

The 1879 Tirnovo Constitution of the Third Bulgarian kingdom adopted by the Grand constituent assembly has not been a constitution octroiee. Strangely enough, the draft introduced by the Russian emperor's representative⁰ did not follow the governmental model of

⁰ See F. Delperee, *Etats federal in Europe federal*, PUF, 1999.

⁰ On the elaboration of the Rimski Korsakov's draft and the proceedings of the Grand National Assembly in

Tzarist Russia but was influenced by the 1831 Constitution of the Kingdom of Belgium, which by the standards at that time was one of the best pieces of classical liberal constitutionmaking.⁰ In proclaiming democratic principles Tirnovo constitution went beyond its analogue, especially securing extensive catalogue of human rights, and there has been common accord between the Bulgarian constitutionalists and historians that the constitution has been a progressive and a far reaching democratic document for its time. Bulgarians were majority of the population but they did n't enjoy special constitutional status and were equal with other minorities under the rule of law within the new unitary nation state on the Balkans. Analysis of the multilevel government and the political status of the municipalities and regions will certainly include – the problems of the different forms and trends of their dependence by the central government.

Throughout the Bulgarian history the sources and the structures shifted with the prevalence of replacement of more primitive to more refined forms of safeguarding dependence of central authorities over the municipal selfgovernment and the government in the regions.

The most primitive limitations of the municipal and regional government are based on administrative prevalence of central government explicitly prescribed by the parliamentary statutes and limiting direct citizen participation in the formation of the local authorities.

During the first decades of the modern nation state in Bulgaria the basic forms of legal dependence of municipal self - government included limitations of electoral rights on the ground of sex – with the male voters electing and running for different places in the local government. A well known fact in the Bulgarian history is that even that restricted procedural democracy was limited by the introduction of local government officials appointed by the central authority. But even that was considered sometimes insufficient by the Bulgarian king and political elites that used martial law and 3 coup d'etats which drastically diminished individual freedom and circumscribed the powers of elected local government authorities.

After the communist takeover, although the women were enfranchised and took part in the all elections and were able to run for all the elective offices, a limitation of a different kind was imposed on local government and municipal self government.

Under the 1947 and 1971 Constitutions the so constitutional principles of Communist party leading role, unity of power and democratic centralism safeguarded the total dependence of the

Tirnovo see S. Balamezov's *Droit constitutionnel compare et bulgaire*, 1935, Sofia, vol. I, 114 -176 ; L. Vladikin, *Tirnovo Constitution*, Sofia, 1995; I. Markov, *On the Foreign Influence during the Creation of Tirnovo Constitution*, 1956 (in Bulgarian).

⁰ In tracing the influence of liberal democratic constitutionalism during the first and second generation constitutional instruments one should mention the connecting line between Belgian 1831 constitution, influenced by 1812 Spain's I constitution of Cadiz , which bare the imprint of 1791 I French Constitution which in its own way reflected the spirit of 1787 US constitution, see A.E. Dick Howard, *How Ideas Travel, Constitutionmaking in Eastern Europe*.

local government authorities on the Communist party local bodies.

Governmental power was united not at the level of the representative bodies and municipal councils, elected in non competitive one party elections but at their executive committees while their policies have been subjected to the Central and local communist party committees.

Emerging democratic regime after 1989 brought to development of local self government based on procedural legitimacy of direct elections in multiparty, pluralist and competitive elections. However under the 1991 Constitutions the powers of local self government and regional authorities are counterbalanced by appointed local governors as representatives of central government.

Bulgarian territory is divided into municipalities and regions and the local self government is exercised on the municipality territory. The citizens participate in the municipal through municipal councils, directly elected for four year term or by referenda.⁰ The local executive power is vested in the mayor, directly elected by the population of the municipality.

The territory of the Republic of Bulgaria is divided into 30 regions, being territorial units for carrying the state government and securing the harmony and synthesis of the national interests and local interests. The government of the regions is exercised by regional governors, appointed by the Council of Ministers. He takes care for the implementation of regional policy of the central government, exercises administrative control and takes the necessary measures for law enforcement and preservation of the public order.

The fundamental dependence of municipal and regional selfgovernment is achieved through their scarce financial resources. The largest portion of the local taxes levied

by the municipalities goes to the republican budget and only a small part is later returned to them in the form of central government subsidies for the local authorities.

III. A Glimpse of Federalism from Bulgarian Constitutionalism

Within the instrumental function both phenomena perform distribution and limitation of political power, securing integration of society while preserving diversity which is the common denominator of the liberal constructs of constitutionalism and federalism.⁰

They reflect civil society pluralism, based on structural, ethnic and territorial divisions.

The history of civilization since antiquity molded many different forms of federalization,

⁰ According to the parliamentary statute on the local selfgovernment and administration the municipal councils exercise the management of the municipal property, finances, taxes, education, healthcare, medicare, environmental protection, architecture and preservation of cultural and historical heritage and monuments etc.

⁰ See K. Loewenstein interpretation of federalism as a vertical control of political power which is a contemporary adaptation of J. Madison's view of federalism as a vertical division of political power, *Political Power and Governmental Process*, Chicago, 1965, 285-314.

federations and confederations⁰ and in my opinion not even one of them provides a ready solution to the current situation and future problems of the European Union. Indulging in the complicated theoretical issues on concurrent sovereignties of the central government and the member states instead of coining new apparatus and vocabulary of subsidiarity, flexibility and proportionality has proven to be a tricky ground for building of common European identity. At some point of the European integration process after the Treaty of Amsterdam in the concept of the multilevel constitutionalism an interesting symbiosis between federalism and constitutionalism emerges, building the constitutional identity of union between nation states in the age of their transformation and E U which is non statal entity. In the gradual evolution of the integration process through series of institutional reforms the political union will emerge to affirm the transformation from functionalism to federalism.

Throughout the Bulgarian history dating more than 13 centuries - constitutionalism has 130 years of history and federalism was never experienced. At different stages federalism was a doctrinal, ideological partisan concept and only in the late 1940es was practically discussed under the pressure from the Soviets to form a Balkan federation with Yugoslavia.⁰ What is more important federalism was never conceived as a solution to the ethnic problems in Bulgaria and has been rarely considered in the context of Bulgaria being a member state of a federation. All of the constitutions in Bulgaria have provided for unitary nation state so far.⁰ However, the problems of federalism will reemerge soon in the Bulgarian public sphere within the context of the federalized European Union to which Bulgaria will be, sooner or later, a full member. Federal issues never emerged as a solution in the discourse of ethnicity problems, devolution or administrative decentralization reform.

In no Bulgarian constitutional document an element of federalism was to appear in the

⁰ On the history and forms of federalism see G. Burdeau, *Traite de science politique*, Paris, 1949, vol. I, 391; W. Riker, *Federalism: Origin, Operation Significance*, Boston, 1964, 12-50; C. Friedrich, *Limited Government*, New Jersey, 1974, 50-63; J. Blondel, *Comparative Government*, London, 1995,238-241.

The idea of Balkan Federation was to appear for the first time at the turn of the 18 century. Under the influence of the French Revolution the Greek patriot Rigas Velestinlis Fereos proposed a constitutional draft for a federal union between all of the Christian countries dominated by the Ottoman Empire. There were different projects throughout 19 and 20 centuries and so far only in Yugoslavia the ideas of federation were enforced in practice.

⁰ In this sense no debate within the academia or general public has considered the possibility of Bulgaria becoming a multinational, multiethnic or a federal state. Under the art. 2 of the 1991 Constitution Bulgaria is a unitary state and autonomy is prohibited. Multiculturalism has received some attention when defining constitutional liberties and minority rights. The current 1991 Constitution contains a prohibition against establishing autonomous regions within the Republic of Bulgaria., For the content of multinational and multiethnic States see W.Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1996, 10-26

institutional frame work or system of the fundamental rights of Bulgarian citizens⁰.

⁰ For the brief list of federal arrangements including division of decision making in foreign affairs, currency, customs, commercial matters, two levels of government independent in appointment of its decision- makers, organized on one authority and not functional ad hoc authorities covering specific fields of government, with entirely distinct administrative agencies and mixed constituent power to decide how powers are to be allocated between the two levels of authorities see J.Blondel, *Comparative Government*, London, 1995, 235.

Probleme der Verfassungserneuerung in Mittel- und Osteuropa

von Prof. Dr. Herwig Roggemann*

I. Postsozialistische Verfassungserneuerung

1. Der Verfassungsstaat als Transformationsziel

Die neunziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts sind das Jahrzehnt der großen postsozialistischen Verfassungserneuerung in Osteuropa. In den wenigen Jahren von 1990 bis 1994 haben sich die meisten ehemals staatssozialistisch verfaßten Staaten neue oder jedenfalls erneuerte Verfassungen gegeben. Polen folgte 1997 und Albanien 1998⁰.

Die Herstellung und Sicherung demokratischer Rechtsetzung und Rechtssicherheit⁰, plurali-

* Rechtsvergl., Recht der mittel- und osteuropäischen Staaten, StrafR und VerfahrensR. Der Text gibt einzelne Einleitungsabschnitte aus dem vom Verfasser herausgegebenen Sammelband „Die Verfassungen Mittel- und Osteuropas“, Berlin 1999, wieder und diente als Diskussionsgrundlage im Seminar „Einführung in das deutsche Recht und die Rechtsvergleichung“ an der Juristischen Fakultät Split im Jahr 2001.

⁰ Vgl. dazu G. Brunner, Neue Verfassungen in Osteuropa, in: Aufbruch im Osten Europas (hrsg. vom Bundesinstitut für ostwissenschaftliche und internationale Studien), Jahrbuch 1992/93, München 1993; Fröhlich, Verfassungsreformprozesse in Mittel- und Osteuropa: Typologien des modernen Verfassungsstaats, Internationale Politik 1997, Heft 5, S. 25 ff.; W. Kahl, Das Grundrechtsverständnis der postsozialistischen Verfassungen Osteuropas. Eine Studie am Beispiel Polen, Ungarn, Tschechien, Slowakei und Rußland, Berlin 1994; M. Lesage, Constitutions d' Europe centrale, orientale et balte, Paris 1995; O. Luchterhandt (Hrsg.), Neue Regierungssysteme in Osteuropa und der GUS, Probleme der Ausbildung stabiler Machtinstitutionen, Berlin 1996; D. Nohlen, Wahlsysteme in Osteuropa: Geschichte, Kritik, Reform, Zeitschrift für Parlamentsfragen 1996, S. 447 ff.; D. Nohlen/M. Kasparović, Wahlsystem und Systemwechsel in Osteuropa, Opladen 1996; H. Roggemann, Verfassungsentwicklung und Verfassungsrecht in Osteuropa, ROW 1996, S. 177 ff.; D. Tsatsos/Z. Kedzia (Hrsg.), Parteienrecht in mittel- und osteuropäischen Staaten. Entstehungsmomente des Parteienrechts in Bulgarien, Litauen, Polen, Rußland, der Slowakei, Tschechien und Ungarn, Baden-Baden 1994. Zu einzelnen Ländern vgl. F. J. M. Feldbrugge, The New Constitution of Georgia, RCEEEL 1996, Band 22, S. 9 ff. (Georgien); M. H. Wiegandt, Grundzüge der estnischen Verfassung von 1992, JöR 1997, Heft 45, S. 151 ff. (Estland); M. Cossutto, La Costituzione della Repubblica di Moldova del 29 luglio 1994, Quaderni costituzionali 1995, S. 303 ff. (Moldau); I. Deleanu, Drept constituțional și instituții politice, zwei Bände, București 1996 (Rumänien); S. S. Alekseev/A. A. Sobčak, Die Verfassung Rußlands: Konzeption und Perspektiven, OER 1994, S. 374 ff.; Th. Schweisfurth, Die Verfassung Rußlands vom 12. Dezember 1993, EuGRZ 1994, S. 473 ff.; K. Westen, Die Verfassung der Russischen Föderation, OE 1994, S. 809 ff. (Rußland); F. Evers, Verfassungsentwicklung und Rechtssicherheit in der Ukraine, ROW 1998, S. 41 ff. (Ukraine); R. Gabor, Annuals of a Quiet Revolution: Developments in Hungarian Constitutionalism and Constitutional Review, Parker School Journal of East European Law 1998, vol. 4, no. 2, S. 151 ff. (Ungarn); G. Freytag, Die Verfassung der Republik Polen vom 2. April 1997 im Spiegel des gesamteuropäischen Verfassungsstandards, ROW 1998, S. 1 ff.

⁰ Zu den gleichwohl zahlreichen Ausnahmen derzeitiger osteuropäischer Verfassungspraxis: Der gewaltsam ausgetragene Verfassungskonflikt zwischen dem Präsidenten der Russischen Föderation, Jelzin, und dem gewählten Parlament, der am 4. Oktober 1993 mit der Beschießung und Erstürmung des "Weißen Hauses" in Moskau endete (dazu D. Frenzke, Die russischen Verfassungen von 1978 und 1993, Berlin 1995, S. 27 ff.); der Tschetschenien-Konflikt 1995/96, in dem die russische Regierung ebenfalls mit militärischer Gewalt gegen die Autonomie-Bestrebungen Tschetscheniens vorging; sowie der Balkankrieg, in dem der Präsident der Republik Serbien, Milošević, und die serbische Militärführung von 1991 bis zum Dayton-Abkommen von 1995 zunächst die Auflösung des bisherigen jugoslawischen Bundesstaates mit Waffengewalt zu verhindern und sodann großserbische Territorialansprüche ebenso gewaltsam durchzusetzen versuchten. Positive Gegenbeispiele: Die Verfassungskonflikte zwischen dem polnischen Staatspräsidenten Wałęsa und dem Parlament (um Haushaltsgesetze und Parlamentsauflösung), die schließlich mit der demokratischen Abwahl des Präsidenten (und Bestätigung der Rechtmäßigkeit der Neuwahl

stischer Entfaltungschancen und Grundrechtsschutz, Privateigentumsordnung⁰ und sozialstaatlich gebundener marktwirtschaftlicher Wirtschaftsverfassung bilden wesentliche Rechtsziele des demokratischen Verfassungsstaats. In den neuen Verfassungsurkunden der osteuropäischen Staaten werden diese Wertentscheidungen, Grundstrukturen und Verfahren zu Programmen der postsozialistischen Reform zusammengefaßt. Insoweit stimmen die neuen Verfassungen in der Formulierung der grundlegenden politischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Transformationsziele überein. In dieser normativen Zielvorgabe - und deren beginnender Umsetzung - können erste Schritte auf dem langen Weg zu einem *gesamteuropäischen Verfassungsrecht* gesehen werden. Die institutionelle Unterstützung dieses Langzeitprozesses geschieht - ungeachtet nach wie vor erheblicher Differenzen - durch Aufnahme zahlreicher mittel- und osteuropäischer Staaten in den Europarat⁰ und durch Abschluß von Assoziierungsverträgen mit der Europäischen Union mit dem Ziel späterer Vollmitgliedschaft⁰. Die Beitrittsverhandlungen mit den fünf mitteleuropäischen Assoziierungsländern der ersten Runde sind am 10. November 1998 aufgenommen worden.

2. Methodenprobleme

Die Untersuchung dieses in seinen Dimensionen singulären Vorgangs der *Verfassungserneuerung als Grundstein der Systemtransformation* wirft eine Vielzahl von Problemen und Fragen insbesondere methodischer Art auf. Soweit sie die *Relevanz von Verfassungsreform* im Zusammenhang des politischen und gesellschaftlichen Systems betreffen, entziehen sie sich einer nur juristischen Beantwortung. Eine Schlußfolgerung des Inhalts, mit Erlaß einer neuen oder novellierten Verfassung sei der Übergang zum Rechtsstaat als Verfassungsstaat bereits geschafft, wäre bloßer *Verfassungsidealismus* und würde die widersprüchlichen politischen und ökonomischen Wirklichkeiten Mittel- und Osteuropas verfehlen. Ähnliches gilt für eine nur normativ typologisierende oder sich auf abstrakte Textver-

seines Nachfolgers *Kwaśniewski* durch das Oberste Gericht) endeten; ferner der Konflikt zwischen der ungarischen Regierung und dem Verfassungsgericht um die Reprivatisierung und die friedliche Auflösung der Tschechoslowakischen Republik.

⁰ Vgl. dazu u. a. *G. Heinsohn/O. Stelger*, Eigentum und Systemtransformation, in: *J. Hölscher/A. Jacobsen/H. Tomann/H. Weisfeld*, Bedingungen ökonomischer Entwicklung in Zentralosteuropa, Band 2, Marburg 1994, S. 337 ff.; *H. Roggemann*, Eigentum in Osteuropa, Berlin 1996; *ders.*, Zum Verhältnis von Eigentum und Privatisierung in den postsozialistischen Ländern, ROW 1996, S. 89 ff.; *ders.*, Funktionswandel des Eigentums in Ost und West - vergleichende Anmerkungen zur postsozialistischen Transformation in Ost- und Westeuropa, ROW 1997, S. 189 ff., S. 225 ff.; zum Verhältnis von Demokratie und sozialer Marktwirtschaft im Sinne einer "Verfassungstheorie des Marktes" vgl. *P. Häberle*, Dokumentation von Verfassungsentwürfen und Verfassungen ehemals sozialistischer Staaten in (Süd)Osteuropa und Asien, JöR Bd. 43 (1995), S. 106 ff., S. 143 ff.

⁰ Derzeit sind Albanien, Bulgarien, Estland, Kroatien, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien, Rußland, Slowakei, Slowenien, Tschechische Republik, die Ukraine, Ungarn Mitglieder des Europarates; vgl. dazu die Übersicht in *Tabelle 5*.

⁰ Osteuropäische Assoziierungsstaaten sind derzeit: Bulgarien, Estland, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Tschechische Republik, Ungarn; vgl. die Übersicht in *Tabelle 5*. Zum Verfahren der Osterweiterung der Europäischen Union vgl. unten X.

gleiche beschränkende Betrachtungsweise. Die folgenden Ausführungen zur postsozialistischen Verfassungsentwicklung bedürfen daher der Einbeziehung politischer und sozio-ökonomischer Daten und damit über den rechtswissenschaftlichen Ansatz hinausgehender, multidisziplinärer Zusammenarbeit⁰.

II. Verfassung und Gesellschaft in Osteuropa

1. Rechtsstaat und zivile Gesellschaft in Osteuropa

a) Macht und Recht

Die Bewältigung des permanenten Spannungsverhältnisses zwischen Macht und Recht ist jedem politischen System aufgegeben. Allgemeingültige und dauerhaft gesicherte Lösungen scheinen kaum möglich, vielmehr bedürfen sie ständiger Erarbeitung und Bewährung im politischen Prozeß - Rahmen und Instrumentarium hierfür liefert die Verfassung des demokratischen Rechts- und Sozialstaats. Ausgehend von der skeptischen Erkenntnis, daß wirtschaftliche, politische und staatliche Macht tendenziell zu Machtmißbrauch zu Lasten einzelner Bürger, ganzer Bevölkerungsgruppen (ethnischer und nationaler Volksgruppen, sozialer Schichten, "Klassen") aber auch sozialer Organisationen führt, ist ein System rechtlicher Einbindung von wirtschaftlicher, vor allem staatlicher Macht entwickelt worden, das Machterwerb, Machtwechsel und Machtausübung von der Einhaltung rechtlicher Voraussetzungen und Verfahren abhängig macht, jedenfalls machen soll. Gewaltenteilung, pluralistisch offenes Wahlrecht, demokratischer Mindeststandard der politischen Parteiorganisationen, Grundrechtsschutz, unabhängige Justiz, die Rechtsschutz auch gegenüber dem Staat und seinen Funktionsträgern sichert, und eine Verfassungsgerichtsbarkeit, die die Einhaltung der Verfassung gegenüber den anderen Verfassungsorganen, insbesondere dem Gesetzgeber kontrollieren kann, bilden wesentliche Bestandteile dieses Verfassungsrechtsrahmens, in dem der politische Prozeß sich vollzieht. Dieser Zusammenhang ist auf die - stark vereinfachende - Formel vom "Primat des Rechts gegenüber der Politik" gebracht worden.

b) Rechtsdefizite des staatssozialistischen Systems

Im Systemgegensatz - und damit auch lange Zeit beim legitimen, ja notwendigen "Systemvergleich" - zwischen diesem vorstehend skizzierten System des pluralistischen, demokratischen

⁰ Zu den Rechtsgrundlagen vgl. ferner G. Brunner (Hrsg.), Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Staaten Osteuropas, Loseblattausgabe, Berlin 1995; P. Häberle, Dokumentation von Verfassungsentwürfen, aaO. (Anm. 3), S. 106 ff.

und sozialen Rechtsstaats einerseits und des marxistisch-leninistischen Staatssozialismus andererseits ging es letztlich um diese Funktion des Rechts als Legitimation und Grenze von Staatsgewalt (und Wirtschaftsmacht). Die Sicht einer offenen, antinomischen, von unaufhebbaren Interessengegensätzen, Machtmißbräuchen sowie entsprechenden Rechtsschutzmechanismen gekennzeichneten Gesellschaft lehnte die marxistisch-leninistische Auffassung ab. Recht und Verfassung kamen nicht in erster Linie Individualschutzfunktion durch gewaltenteilende Kontrolle staatlicher Macht, sondern Instrumentalfunktion im Dienste staatlicher Machtausübung bei Aufbau und Ausgestaltung der sozialistischen Staats- und Wirtschaftsordnung sowie der Herrschaftsinteressen der Staatspartei zu.

Diese hier verkürzte, idealtypisierende Entgegensetzung bedarf für Zwecke retrospektiver Systembewertung der genaueren Ausarbeitung⁰. Sie läßt jedoch die dem Staatssozialismus jahrzehntelang immanenten Rechtsschutz- und Machtkontrolldefizite deutlich werden. Bestimmte Bereiche politischer und staatlicher Machtausübung waren zudem diesem instrumentalisierten Recht weitgehend oder völlig entzogen. Beispiele: Sozialistische bzw. kommunistische Führungspartei, Militär, Staatssicherheit - MfS, KGB, Polizei unterlagen keinerlei oder nur rudimentärer rechtsnormativer Regelung und gerichtlicher Kontrolle.

c) Vorrechtsstaatliche Gesellschaftsordnung und Verfassungsstaat

Legt man die Annahme zugrunde, daß eine moderne *zivile Gesellschaft* durch das demokratisch kontrollierte, rechtlich gebundene, staatliche Monopol der Machtausübung gekennzeichnet, gewaltsame Interessendurchsetzung durch individuelle wie kollektive private Selbsthilfe einerseits sowie organisierte Staatsgewalt andererseits in (partiell) rechtsfreien Räumen daher ausgeschlossen und Konfliktlösung im Kompromiß, damit letztlich auf dem Rechtsweg zu suchen ist, so lassen sich entsprechende Entwicklungsdefizite der Zivilgesellschaft auch als solche des Staatssozialismus beschreiben. Der Schritt in den materialen Verfassungsstaat ist von daher besonders groß.

⁰⁷ Näher dazu *H. Roggemann*, Das Recht als Instrument im Kampf um die Machterhaltung - die letzten Jahre der DDR, in: Gutachten für die Enquête-Kommission des Deutschen Bundestages "Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland", Baden-Baden und Frankfurt am Main 1995, S. 761 ff.

2. Grundlagen und Grenzen des Verfassungsstaats in Osteuropa

a) Verfassungsfunktionen

Mit dem Ende des vorverfassungsrechtlichen Machtmonopols der sozialistischen Staatspartei und der Instrumentalisierung und Reduzierung des Rechts und insbesondere des Verfassungsrechts als Mittel zur Herrschaftssicherung haben die postsozialistischen Verfassungen die Vielzahl ihrer überkommenen und neuen programmatischen, Organisations-, Rechtsschutz- und Integrationsfunktionen zurückgewonnen:

- (1) Jede Verfassung hat explizit oder implizit programmatische Funktion als sich verbindlich setzende *Verfassungswertordnung* und zugleich prospektiver Entwurf;
- (2) als Staatsorganisationsgesetz schreibt sie die grundlegenden *Staatsstrukturen* fest und sichert damit den status quo einer gegebenen (z. B. nachrevolutionären) *Machtordnung*;
- (3) als Kompetenz- und *Verfahrensordnung* reguliert sie Bedingungen und Ablauf des demokratischen politischen Prozesses;
- (4) als *Rechtsschutz- und Grundrechtsordnung* schafft sie individuelle und kollektive Entfaltungsfreiheit und Rechtssicherheit;
- (5) als *Sozial-, Eigentums- und Wirtschaftsverfassung* erfüllt sie unverzichtbare soziale und ökonomische Sicherungs-, Interventions- und Ausgleichsfunktionen angesichts sonst dysfunktionaler Interessengegensätze der Markt- und Wirtschaftsgesellschaft;
- (6) als *ökologische und Naturschutzverfassung* sollte sie der Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen der jetzigen und künftiger Generationen dienen.

Auf allen unter (1) bis (6) genannten Ebenen haben die Neufassungen der postsozialistischen Verfassungen eine Vielzahl von Veränderungen, Ergänzungen, teils auch weitgehend neuen Ansätzen gebracht⁹, die weiterer vergleichender Einzelanalyse bedürfen.

⁹ Die Frage nach der Relevanz staatssozialistischer Verfassungen in der damaligen Rechtswirklichkeit wird unterschiedlich beantwortet. Sie ist von Bedeutung in Zusammenhang mit der Vergangenheitsverarbeitung in Deutschland und Osteuropa in justizieller Form, insbesondere durch retrospektive Strafrechtsanwendung. Aus der Sicht des *Verf.* wäre es zu kurz gegriffen, den ehemals staatssozialistischen Verfassungen generell keinerlei reale Bedeutung, sondern nur Propagandafunktion im Rahmen eines diktatorischen Systems zuzuschreiben. Rechtsentwicklung und Verfassungsvorverständnis führten in den verschiedenen Staaten des politischen Systems des Sozialismus zu durchaus unterschiedlichen Ergebnissen. Das oben genannte Gutachten für die Enquête-Kommission gab dem *Verf.* Gelegenheit zur selbstkritischen Überprüfung - und auch Nachkorrektur - nicht haltbarer Einschätzungen.

b) Normativer Regelungsanspruch und Rechtswirklichkeit

Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit weisen in allen Rechtssystemen mehr oder weniger weitgehende Diskrepanzen auf. Die Sollensordnung des rechtlichen Normensystems und die Seinsordnung des gesellschaftlichen und politischen Lebens befinden sich nicht im Zustand der Kongruenz, sondern sind in einem offenen, rechtsförmigen politischen Prozeß ständig erneut in Einklang zu bringen. Dies gilt für konsolidierte demokratische Rechtsstaaten, deren Rechtspraxis jederzeit hinter selbstgesetzte Rechtsstandards zurückfallen oder sie verfehlen kann¹¹. Exemplarischen Ausdruck findet diese latente, unaufhebbare Dichotomie in der Existenz des Straftatbestandes der Rechtsbeugung durch Richter und Staatsanwälte¹¹.

Besondere Aktualität gewinnt die Frage nach dem Verhältnis von Verfassungsnorm und Verfassungswirklichkeit in Übergangszeiten intensiven Verfassungswandels, wie er im Verlauf der Systemtransformation in Osteuropa stattfindet. Schwach ausgebildete vorsozialistische Traditionen von Rechtsgeltung treffen hier auf Phasen langzeitiger Entwertung oder zumindest Abwertung von Recht als eigenständiger Regelungskapazität zur Lösung gesellschaftlicher Konflikte ("revolutionärer Rechtsnihilismus" und vorrechtliche Ermächtigungsnorm der "Diktatur des Proletariats"). Hinzu kommen neue Regelungsdefizite, nachdem zahlreiche Rechtsnormen der sozialistischen Zeit im Postsozialismus ganz oder teilweise obsolet geworden sind, aber noch nicht durch neues Recht ersetzt werden konnten, zumal die Erarbeitung und Verabschiedung der großen Kodifikationen des Straf-, Zivil- und Wirtschaftsrechts aber auch die Neuordnung der Gerichtsverfassung erfahrungsgemäß lange Jahre in Anspruch nehmen kann.

Unter derartigen Umständen und bei kumulativ negativen Entwicklungsbedingungen fallen in einer Reihe von Ländern die realen Erfolge der Verfassungsreformen gering, die *Diskrepanz zwischen Verfassungsnorm und Verfassungswirklichkeit besonders groß* aus. Dies gilt jedenfalls für die erste Phase der Transformation und ist als Teil der historischen Transformationsvoraussetzungen letztlich wohl unabänderlich.

c) Entwicklungsprobleme und Defizite in der Rechtswirklichkeit

An Beispielen für *in der politischen und sozialen Realität uneingelöste Verfassungsgarantien* herrscht kein Mangel. Genannt seien nur:

- Autonomie- und Separationsbestrebungen nationaler und ethnischer Minderheiten, die

¹⁰ An Beispielen herrscht für die Bundesrepublik Deutschland kein Mangel, wie angesichts zunehmender Arbeitslosigkeit von weit über vier Millionen Betroffenen die sich verschärfenden Auseinandersetzungen über Inhalte und Grenzen des Verfassungsprinzips Sozialstaat zeigen. Auch die im Einigungsvertrag vorgegebenen Zielsetzungen konnten weder zeitlich noch inhaltlich ausnahmslos realisiert werden. Und daß europäische Menschenrechtsauffassung nicht durchgängig mit deutscher Staats- und Verfassungsschutzpraxis in Einklang steht, zeigte 1996 die Verurteilung der jahrelangen Radikalenerlaßhandhabung in Deutschland durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ("*Fall Vogt*"); vgl. *H. Roggemann*, Europäische Grenzen für den deutschen Staatsschutz?, NJ 1996, S. 338 ff.

¹¹ Vgl. § 339 des deutschen StGB.

- an die Grenzen geltender Verfassungsordnungen oder darüber hinaus gehen (Rußland¹¹, Moldau, Ukraine, Bosnien, Georgien, Serbien);
- die Konfliktpotentiale nationaler und ethnischer Minderheiten, die nach wie vor in verschiedenen Ländern Diskriminierungen ausgesetzt sind¹¹. Derartige Minderheitenprobleme unterschiedlicher Qualität betreffen Serbien (Kosovo und Vojvodina), Bosnien¹¹, Lettland¹¹, Estland¹¹, Russische Föderation, die Ukraine, Rumänien, Slowakei.
- hohes Maß an Gewaltbereitschaft bis hin zum Einsatz militärischer Machtmittel anstelle demokratischer Verfassungskompromisse bei der Lösung derartiger Konflikte¹¹;
- die (Un)Abhängigkeit von Richtern und Gerichten, insbesondere in Staatsrichtung¹¹;
- fehlende Effizienz von Rechtsschutz und allgemeine Rechtsunsicherheit²²;
- ungelöste Konflikte zwischen präsidialer Machtausübung und parlamentarischer (Mit) Entscheidungskompetenz;
- Diskriminierung politischer Opposition²²;

¹² Vgl. zum Tschetschenien-Konflikt: S. Babst, Krieg in Tschetschenien. Rußland vor dem Zerfall?, Beiträge zur Lehre und Forschung der Forschungsakademie der Bundeswehr 1995, Nr. 3; Der Tschetschenien-Konflikt und das Sezessionsrecht, Berichte des Forschungsinstituts der internationalen wirtschaftlichen Vereinigung Weltwirtschaft und Weltpolitik 1995, Nr. 5 (Februar 1995), S. 45 ff.; S. Smith, Allah's Mountains, Politics and War in the Russian Caucasus, London/New York 1998; M. Tutuncu (Hrsg.), Caucasus: War and Peace, New World Disorder in Caucasia, Haarlem 1998; Ch. Zürcher, Krieg und Frieden in Tschetschenien: Ursachen, Symbole, Interessen, Arbeitspapiere des Arbeitsbereichs Politik und Gesellschaft des Osteuropa-Instituts der Freien Universität Berlin 1997, Nr. 2.

¹³ Vgl. zu Minderheitenproblemen in Osteuropa R. Brubaker, National minorities, nationalizing states and external national homelands in the New Europe, Daedalus 1995, vol. 124, Spring, S. 107 ff.; G. Brunner, Nationalitätenprobleme und Minderheitenkonflikte in Osteuropa, 2. Auflage, Gütersloh 1996; B. Koplín, Nationale und ethnische Minderheiten im Verfassungsrecht der osteuropäischen Staaten, Berlin 1995; O. Luchterhandt, Nationale Minderheiten und Loyalität, Köln 1997.

¹⁴ Vgl. dazu Müller, Menschenrechte in Bosnien-Herzegowina. Die Situation der Republik Srpska und das Verhalten der internationalen Staatengemeinschaft, Südosteuropa 1997, Heft 5-6, S. 251 ff.; E. Šarčević, Ustav i Politika - Kritika etničkih ustava i postrepubličkog ustavotvorstva u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 1997.

¹⁵ Vgl. dazu OSCE warns Latvia of isolation, Baltic Times 1998, vol. 3, #103, S. 5; Speak Latvian or risk unemployment, Baltic Times 1998, vol. 3, #96, S. 3; G. Hanne, Ethnische Konfliktkonstellationen in Lettland seit der Perestroika: eine Bestandsaufnahme der Auseinandersetzungen bei der Wiederherstellung des lettischen Nationalstaates, BIAB-Berichte 1996, Nr. 3; K. Behlke, Das Minderheitenrecht der Republik Lettland, Acta Baltica 1995 (XXXIII), S. 9 ff.

¹⁶ Vgl. dazu T. Ansbach, Der Rechtsstatus der nicht-estnischen Bevölkerung in Estland, ROW 1996, S. 217 ff.; ders., Ein Dialog ist notwendig. Zur Minderheitenpolitik in Estland, OE 1994, S. 149 ff.

¹⁸ Vgl. zum Tschetschenien-Konflikt: Rußlands Tschetschenien-Krieg. Rechtsverletzungen, Massaker, Lager, OE 1996, S. 553 ff.; I. Bunič, Chronika čečenskoj vojny. Desjat' dnej v Budënnovske, Sankt Petersburg 1995; ferner die Nachweise in Anm. 12.

¹⁹ Vgl. dazu W. Stoppel, Machkampf um die Justiz in Albanien, WiRO 1998, S. 238 f. (Albanien); E. Jansson, New year's bad tidings for the judiciary, Baltic Times 1998, vol. 2, #90, S. 2 (Abhängigkeit der Richter vom Justizministerium in Lettland).

²⁰ Zum Problem der unterbleibenden Inanspruchnahme der Gerichte und zur außergerichtlichen Konfliktschlichtung in Rußland P. Skoblikov, "Tenevaja justicija": formy projavlenija i realizacii, Rossijskaja Justicija 1998, Nr. 10, S. 21 ff., dort insbesondere zur Konfliktschlichtung und Forderungsbeitreibung durch organisierte kriminelle Vereinigungen.

²¹ Vgl. dazu Lindner, Präsidialdiktatur in Weißrußland. Wirtschaft, Politik, und Gesellschaft unter Lukašenka, OE 1997, Heft 10-11, S. 1038 ff. (Weißrußland). Zur Diskriminierung von Oppositionskandidaten - angefangen von der Ablehnung der Registrierung und erschwerem Zugang zu den Massenmedien bis hin zu Drohungen, Tötlichkeiten und Wahlbetrug - bei Regionalwahlen in Rußland vgl. A. Koslatschkow, Der Präsident Baschkortostans wählt sich selbst, Wostok 1998, Nr. 4, S. 18 ff. M. V. Emel'janenko, Za čto ubili Larisu Judinoj, Moskovskie novosti 1998, Nr. 41 (18.-25. Oktober 1998), S. 7 (zu den Wahlen zum Volkshural Kalmückiens am 18. Oktober 1998); V.

- Organisationsschwäche, Demokratiedefizite und insbesondere undurchsichtige Strukturen und Finanzquellen politischer Parteien;
- Einschränkungen der Meinungs- und Pressefreiheit²² bzw. umgekehrt Instrumentalisierung von Funk- und Fernsehmedien für politische, insbesondere präsidentiale Machtinteressen²²;
- mangelhafte oder fehlende Rechtsbindung und justizförmige Kontrollmöglichkeit gegenüber Polizei, Armee, Geheimdiensten mit der Folge sich häufender Rechtsverletzungen und Willkürmaßnahmen sowie wachsender Einflüsse mafiotischer Substrukturen²²;
- außerordentliche Ungleichbehandlung bei sozialen Versorgungsleistungen und lückenhafte "soziale Netze" mit der Folge vielfach möglichen Absturzes unter das Existenzminimum;
- dramatisches Absinken des Lebensstandards bis in die Nähe der Armutsgrenze für größere Gruppen der Bevölkerung infolge Zusammenbruchs bisheriger Staatswirtschaft verbunden mit Folgen (in einigen Ländern) stagnierender Privatisierung;
- unkontrollierbare Manipulationen und Machtmißbrauch bei Privatisierungsverfahren im Dienste politischer und persönlicher Interessen²²;
- Ausnutzung wirtschaftlicher Entscheidungspositionen im Bereich der (noch) nicht privatisierten Wirtschaft zum persönlichen Vorteil durch staatliche und neue (alte) politische Funktionsträger;
- Diskriminierung und Rechtsunsicherheit von Privateigentum insbesondere in Ver-

Vološina, Smertel'nyj vybor, Moskovskie novosti 1998, Nr. 46 (22.-29. November 1998), S. 2 (zu den Wahlen zur Gesetzgebenden Versammlung von St. Petersburg am 6. Dezember 1998).

²² Vgl. dazu *P. Hübner*, Medienpolitik in Rußland nach dem Oktober 1993, Teil I: Pressepolitik, Berichte des BIOst 1994, Nr. 41 (zu Verletzungen der Pressefreiheit durch föderale Ministerien in Rußland); *ders.*, Der Zerfall des einheitlichen Informationsraums in Rußland und der ehemaligen Sowjetunion, Berichte des BIOst 1995, Nr. 49 (zu Verletzungen der Pressefreiheit durch regionale Administrationen in Rußland). In diesem Kontext sind auch die (nicht aufgeklärten) Auftragsmorde an den russischen Journalisten *Dmitrij Cholodov* (Militärberichterstatteur der Zeitung "Moskovskij komsomolec") im Oktober 1994 und *Larisa Judina* (Redakteurin der Zeitung "Sovetskaja Kalmykija segodnja") und Ko-Vorsitzende der Regionalgruppe der Partei "Jabloko") im Juni 1998 zu sehen. Zu Weißrußland vgl. *U. S. Department of State*, Belarus Country Report on Human Rights Practices for 1997, Released by the Bureau of Democracy, Human Rights and Labour, January 30, 1998, http://www.state.gov/www/global/h...ghts/1997_hrp_report/belarus.html, S. 2, 5, 10, Login: 26. August 1998 (zur Verhaftung von Journalisten der russischen Fernsehanstalt ORT im Juli/Oktober 1997 und anschließendes Strafverfahren im Dezember 1997/Januar 1998).

²³ Vgl. dazu *A. Nivat*, Russian Politicians Have Mixed Success With Television Campaigning, Transition (19. April 1996), S. 36 ff. (Rußland); *D. Sager*, Die unerfüllte Hoffnung - Anmerkung zur Lage der Medien, Internationale Politik 1997, Heft 1 (Rußland).

²⁴ So beschuldigten fünf Offiziere des Föderalen Sicherheitsdienstes der Russischen Föderation FSB am 17. November 1998 auf einer eigens einberufenen Pressekonferenz ihre Führung der Organisation eines Attentats auf den Finanzmagnaten und Generalsekretär des Exekutivkomitees der GUS, *B. Berezovskij*, und den Chef der Moskauer Steuerfahndung, *M. Trepaškin*, sowie der Entführung des Bruders des einflußreichen Moskauer Unternehmers *U. Džabrailov*; vgl. Literaturnaja gazeta 1998, Nr. 47 (25. November 1998), S. 1, S. 7.

²⁵ Vgl. dazu *I. Mikloš*, Corruption risks in the privatisation process, Bratislava May 1995 (zur Privatisierung in der Slowakei); Russia Seeks Recourse on Failed STET Deal, Moscow Times vom 12. Januar 1996; Court Says Firm's Sale Not Legal, Moscow Times vom 26. April 1996; *A. Kokh*, The Selling of the Soviet Empire, Politics & Economics of Russia's Privatization, Revelations of the Principal Insider, New York 1998 (Rußland).

- bindung mit neuem privatem Unternehmertum;
- allgemeine und hochgradige Korruptionsanfälligkeit von Verwaltungen und auch Regierungsorganen²²;
- hohe Kriminalitätsbelastung insbesondere durch Zunahme organisierter Kriminalität²².

d) Verfassung als politische Wirklichkeit

Diese und andere Defizite und Fehlentwicklungen teils unvermeidbar transitorischer, teils struktureller Natur gilt es, der Folie rechtsstaatlich erneuerter Verfassungstexte unterzulegen, um zu einem *kritischen Gesamtbild aus Verfassungsnorm und Verfassungswirklichkeit in Ost-europa* zu gelangen²².

Auch angesichts dieses Vorbehalts bleibt aber festzuhalten, daß bereits die Verfassungstexte selbst als normative Ordnungskonzepte zugleich Verfassungswirklichkeit darstellen, soweit sie autoritativer, mit höchstem Geltungsanspruch versehener, *aktueller Ausdruck des Gestaltungswillens der Gesetzgebungsgremien eines Staates* sind, in dem vielfältige politische und wissenschaftliche Vorarbeiten und historische Einflüsse zusammengefaßt und verarbeitet sind. Darüber hinaus enthalten sie das maßgebende und zukunftsweisende normative Entwicklungspotential des verfaßten Staatswesens. Die zentrale Bedeutung der Verfassungserneuerung und ihrer kontinuierlichen Umsetzung bleibt als Grundstein der Transformation außer Zweifel²².

²⁶ Vgl. hierzu K. Mildner, Korruption in Rußland: Wurzeln, Effekte und Strategien, in: H. Wollmann/H. Wiesenthal/F. Bönker (Hrsg.), Transformation sozialistischer Gesellschaften: Am Ende des Anfangs, Leviathan Sonderheft 15/1995, S. 346 ff.

²⁷ Nach Angaben des russischen Innenministeriums werden 1.500 Betriebe, 500 Joint-ventures, 550 Banken, 700 Warenmärkte von der Mafia kontrolliert. Der Jahresumsatz der Schattenwirtschaft beträgt 40 % des Bruttoinlandsprodukts. Nach Angaben der Zeitschrift The Economist beträgt der Jahresumsatz der Schattenwirtschaft in Rußland 50 % des Bruttoinlandsprodukts (vgl. V. Golovačëv, Kontrol' nam tol'ko snitsja, Ékonomika i žizn' 1998, Nr. 23, S. 1). Zum Einfluß der organisierten Kriminalität auf die russische Wirtschaft vgl. ferner S. Glinkina, Kriminelle Komponenten der russischen Wirtschaft, Berichte des BIOst 1997, Nr. 29.

²⁸ Das der - im rechtsvergleichenden Kontext durchaus folgerichtige - normative Ansatz der "Textstufenanalyse" von P. Häberle, aaO., S. 113 ff., auch erweitert um einen "kulturwissenschaftlichen Ansatz", nicht voll erfaßt.

²⁹ Dazu auch U. K. Preuß, Die Rolle des Rechtsstaates in der Transformation, Rechtstheorie, Band 24 (1993), S. 181 ff.

e) Verfassungsprogrammatische und Rechtspolitik - die Präambeln

Zu den auffälligen Besonderheiten einer Reihe neuer osteuropäischer Verfassungen gehören deren Präambeln³⁰. Einige enthalten in prononcierter Form zukunftsgerichtete *Entwicklungsaussagen*, die nicht eigentlich den Charakter von Rechtsnormen, sondern von *allgemeinen Programmsätzen* haben. Teils sprechen die Formulierungen dabei die gesamtstaatliche Entwicklung an (Beispiel: Kroatien³¹), teils beschränken sie sich in der Formulierung auf die allgemeinen Grundlagen des Staates (Beispiel: Rußland³²).

Einzelne der Neustaaten, die nach dem Zerfall der bisherigen osteuropäischen Bundesstaaten erstmalig (Beispiel: Staaten des ehemaligen Jugoslawien) oder nach langer Unterbrechung (Beispiele: Kaukasische Staaten, Baltische Staaten) wieder als Völkerrechtssubjekte in Erscheinung getreten sind, haben ihre Verfassungspräambeln in doppelter Weise als *Legitimationsinstrumente* genutzt: Um ihre Geschichte als eigenstaatliche Verfassungsgeschichte zu rekonstruieren und um ihre eigenständige Existenz als Neustaaten zu begründen und zu rechtfertigen.

Ein besonders auffälliges Beispiel bildet die längste Präambel in der kroatischen Verfassung. Wesentlich kürzer gefaßt sind die historischen Aussagen der serbischen Verfassungspräambel von 1990. Daß den in diesen Texten niedergelegten Geschichtsbildern keine Rechtsnormqualität zugesprochen werden kann, erscheint offensichtlich.

Möglicherweise läßt mit zunehmender Konsolidierung als Verfassungsstaaten und entsprechender demokratischer Verfassungspraxis der Rechtfertigungsdruck nach, dem sich diese Neustaaten gegenwärtig noch ausgesetzt sehen. Ein Indiz hierfür könnte eines Tages die Befreiung der Präambeln von historischem Ballast und ihre Reduzierung auf eine "normale" Länge sein.

III. Rechtsvergleichung und Verfassungsvergleichung im Verhältnis zu Osteuropa

1. Rechtswissenschaft und postsozialistische Verfassungsentwicklung

³⁰ Dazu grundsätzlich *P. Häberle*, Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen, in: *J. Listl/H. Schambeck* (Hrsg.), *Demokratie in Anfechtung und Bewährung*, Festschrift für *Johannes Broermann*, Berlin 1982, S. 211 ff.

³¹ "In der Achtung des bei den freien Wahlen entschlossen ausgedrückten Willens des kroatischen Volkes und aller Bürger gestaltet und entwickelt sich die Republik Kroatien"; Verfassung 1990, Präambel Abs. 4.

³² "Zum Zwecke der Verbesserung der Tätigkeit der obersten Staatsorgane bis zur Verabschiedung einer neuen Verfassung"; Verfassungsgesetz 1992.

Die Rechtsräume und Rechtsentwicklungen in Osteuropa sind nicht erst seit den Zeiten des Systemgegensatzes während des Ost-West-Konflikts mit der "sozialistischen Staatengemeinschaft" Gegenstand intensiver begleitender und kritisch vergleichender Untersuchung⁴⁴. Die Gründe hierfür sind offensichtlich: Osteuropa insgesamt bildet für Deutschland in Geschichte und Gegenwart einen Bereich wechselseitiger politischer, wirtschaftlicher, wissenschaftlicher und persönlicher Beziehungen, Kooperationen aber auch Konflikte von spezifischer Intensität. Dies gilt nicht erst, aber erst recht seit dem Ende des Staatssozialismus und der Gewinnung der deutschen Einheit und der seither auf dem politischen Programm Deutschlands und Europas stehenden *Osterweiterung der Europäischen Union*.

Grundlegende Fragen komparativer und retrospektiver Untersuchung politischer Systeme und deren Rechtsordnungen stellen sich gemeinsam für Deutschland und Osteuropa ferner in der *Sozialismusfolgenforschung*, wo es ebenso wie in der Faschismusforschung um die rechtliche Aufarbeitung von Systemunrecht geht⁴⁴.

2. Aufgaben und Methoden der Verfassungsvergleichung

Wissenschaftlicher Forschung liegt vergleichendes Fragen zugrunde. Die Rechtsvergleichung gehört daher - zumal im Zeitalter zunehmender Internationalisierung und supranationaler Kooperation - zu den Grundlagen der Rechtswissenschaft. Auch die Ostrechtswissenschaft ist Teil der allgemeinen Rechtsvergleichung und Verfassungsvergleichung, soweit sie das osteuropäische Verfassungsrecht betrifft, und folgt als Ostrechtsvergleichung deren Zwecken und Methoden:

- (1) *Auslandsrechtskunde* als möglichst textgenaue Ermittlung, Übersetzung und Darstellung des geltenden (Verfassungs)Rechts der einzelnen ost-, ostmittel- und süd-osteuropäischen Staaten bildet die unverzichtbare Vorstufe aller weiteren Komparatistik und darüber hinaus Grundlage der internationalen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenarbeit.
- (2) *Kontrastierende Vergleichung* stellt einzelne Verfassungen textkritisch *deskriptiv*

⁴⁰ Vgl. dazu die 1971 begründete Gesetzessammlung in Loseblattform: *H. Roggemann* (Hrsg.), Die Gesetzgebung der Sozialistischen Staaten; seit 1991 fortgeführt von *D. Frenzke* (Hrsg.), Die Gesetzgebung der Staaten Osteuropas, Berlin 1991 ff.; seit 1995 erschien eine von *G. Brunner* herausgegebene Sammlung Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Staaten Osteuropas (VSO), aaO., die 1999 ihr Erscheinen einstellte. Vgl. ferner die von *H. Roggemann* seit 1971 herausgegebene Schriftenreihe Quellen zur Rechtsvergleichung aus dem Osteuropa-Institut der Freien Universität Berlin.

⁴² Dazu *G. Brunner* (Hrsg.), Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland, Berlin 1995; *H. Roggemann*, Systemunrecht und Strafrecht, Berlin 1993.

einander gegenüber, wobei diese Gegenüberstellung, um Ähnlichkeiten oder Unterschiede der Verfassungsurkunden in Umrissen sichtbar werden zu lassen, sowohl verschiedene Transformationsstaaten Osteuropas als auch osteuropäische und einzelne westeuropäische oder andere, *nicht* postsozialistische Länder einbeziehen kann.

- (3) Die *historische Vergleichung* ergänzt die beschreibende Gegenüberstellung um verfassungsgeschichtliche Aspekte sowie solche der Gesetzgebungsentwicklung und ihrer authentischen Begründungen ("Motive") und liefert Informationen über Vorgeschichte, früher geltende Verfassungen sowie Entwurfsfassungen, deren Begründungen ebenso wie deren Scheitern zum Verständnis geltender Verfassungsregelungen beitragen können. Sie ist ohne multidisziplinäre Kooperation mit Osteuropa-Historikern kaum zu leisten.
- (4) Die *systematische Vergleichung* zielt darauf ab, den einer jeden einzelnen Verfassung immanenten systematischen Zusammenhang sichtbar zu machen und auf dieser Grundlage die Bauprinzipien, Schwerpunkte, auch Unklarheiten und Ungereimtheiten im Aufbau sowie andererseits modellhafte Verfassungskonzepte darzulegen. Sie ermöglicht die genauere Gegenüberstellung einzelner, systematisch korrespondierender Teile der Verfassungen.
- (5) Die *funktionale Vergleichung* stellt sich die schwierige Aufgabe, ausgehend von den zunächst definierten politischen oder sozialen (Konflikt)Sachverhalten und den daraus resultierenden Regelungsbedürfnissen nach den Lösungen in den einzelnen Verfassungsvorschriften und verglichenen Verfassungen zu fragen, deren Funktionsfähigkeit, gegebenenfalls Widersprüche, Mängel, Anwendungsprobleme, Regelungslücken oder umgekehrt überzeugendere Lösungsmöglichkeiten in Vergleichsverfassungen herauszuarbeiten. Spätestens auf dieser Vergleichsebene sind (Verfassungs)Rechtsprechung, Rechtstatsachen, d. h. die Verfassungswirklichkeit in die Untersuchung einzuführen. Dies verlangt die Kooperation mit Osteuropa-Politikwissenschaftlern, Soziologen und Ökonomen.
- (6) Die *rechtspolitische Vergleichung* markiert den Übergang von der vergleichenden Analyse zur rechtspolitischen Beratung insofern, als es hier um den Versuch geht, aus Vergleichsbefunden Schlußfolgerungen für Stellungnahmen und Vorschläge im laufenden Gesetzgebungsprozeß zu formulieren. Im Lauf der postsozialistischen Rechtsenerneuerung hat diese Form der rechtspolitischen Zusammenarbeit mit den osteuropäischen Staaten nicht nur im Verfassungsrecht⁴⁴, sondern auch in allen anderen wichtigen

⁴⁶ Hierfür gibt P. Häberle, aaO., S. 147 ff.; S. 170 ff., selbst beachtliche Beispiele.

Rechtsbereichen erhebliche Bedeutung erlangt.

Die (unter 1. bis 6.) dargelegten methodischen Vergleichsschritte werden selten getrennt, sondern zumeist dem jeweiligen Erkenntnisinteresse der Bearbeiter entsprechend in unterschiedlicher Weise miteinander verbunden. Eine neue Qualität hat die Osteuropa-Komparatistik nicht nur durch regionalwissenschaftliche Multidisziplinarität sondern auch durch die intensive Mitwirkung von Rechts- und Sozialwissenschaftlern sowie Historikern aus Mittel- und Südosteuropa selbst gewonnen⁴⁴.

IV. Systemtransformation und Verfassungswandel

1. Verfassungsziele und der Weg dorthin

Ausnahmslos alle osteuropäischen Reformverfassungen haben über die Präambeltexte hinaus in Einleitungsartikeln Demokratie, Rechtsstaat, bisweilen deutschem Vorbild folgend verbunden mit dem Sozialstaat oder als sozialer Rechtsstaat zu Verfassungsleitsätzen erklärt. Dies in betonter Form nicht nur als Programm, sondern indikative Aussage.

Beispiele: Art. 1 Verf. Litauen: "Der litauische Staat ist eine demokratische Republik". Art. 1 Verf. Serbien: "Die Republik Serbien ist der demokratische Staat aller in ihm lebenden Bürger". Art. 1 Abs. 3 Verf. Rumänien: "Rumänien ist ein demokratischer und sozialer Rechtsstaat, in dem die Würde des Menschen, die Rechte und Freiheiten der Bürger, die freie Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit, die Gerechtigkeit und der politische Pluralismus höchste Werte darstellen und gewährleistet sind". Art. 1 Abs. 1 Verf. Rußland: "Die Russische Föderation (Rußland) ist ein föderativer Rechtsstaat mit republikanischer Regierungsform".

Mit diesen Aussagen nehmen die osteuropäischen Verfassungsgeber vor- und nicht-

⁴⁷ Dafür sind die Beiträge der Autoren *Andorka* (Ungarn), *Banaszak, Janicki, Łętowska* (Polen), *Lukšić* (Kroatien), *Selge* (Estland) und *Stalev* (Bulgarien) zum Thema der Transformation im Sammelband "Ost- und Südosteuropa zwischen Tradition und Aufbruch", hrsg. von *H. Roggemann und H. Sundhaussen*, Berlin 1996, beispielhaft.

sozialistische Traditionen des liberalen Rechtsstaats in modernisierter Form wieder auf. Deren Konkretisierung z. B. in den Grundrechtsaussagen bezieht sich über "gemeineuropäisches Verfassungsrecht"⁵⁰ hinausgehend auf universelle Menschenrechtsstandards in der Europäischen Menschenrechtskonvention⁵¹, der Charta der Vereinten Nationen, den UN-Menschenrechtskonventionen von 1966 und den Protokollen der KSZE. Damit unterwerfen die postsozialistischen Staaten sich als Mitgliedsstaaten des Europarates schon jetzt den entsprechenden Kontrollverfahren, insbesondere auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg. Als 40. Mitglied ist Kroatien dem Europarat 1996 beigetreten.

2. Postsozialistische Gegenverfassungen

Diese positive Zielsetzung der neuen osteuropäischen Verfassungen enthält zugleich eine negative Abgrenzung gegenüber dem vorangegangenen staatssozialistischen Verfassungsmodell. Ähnlich wie das Bonner Grundgesetz von 1949 (gegen Nationalsozialismus und gegen das gescheiterte Weimarer Verfassungsmodell) sind auch *die geltenden osteuropäischen Verfassungen als postsozialistische Gegenverfassungen* zu verstehen. Diese Abkehr von Grundsätzen der Gewalteneinheit, Einparteiherrschaft und fehlender Staatskontrolle durch die Justiz wird in einzelnen Verfassungstexten deutlich betont.

Beispiele: Art. 5 Abs. 2 Verf. Litauen: "Die Rechte der Staatsgewalt sind durch die Verfassung begrenzt". Noch deutlicher gegen Machtusurpation durch eine allein herrschende Partei: "Die gewaltsame Inbesitznahme der Staatsgewalt oder einer ihrer Institutionen ist als verfassungswidrige Handlung anzusehen, sie ist rechtswidrig und ungültig". Ähnlich und noch weiter in den politischen Raum hineinreichend formuliert Art. 1 Abs. 3 der Verf. Bulgarien: "Kein Teil des Volkes, keine politische Partei oder andere Organisation, keine staatliche Einrichtung oder Einzelperson darf die Ausübung der Volkssouveränität an sich reißen". Ein ausdrückliches Verbot jeder "Staatspartei" oder Herrschaftsideologie in der Verfassungspraxis spricht Art. 11 Abs. 2 der Bulg. Verf. aus: "Keine politische Partei oder Ideologie darf zur Staatspartei oder -ideologie erklärt oder als solche bestätigt werden". Art. 2 Abs. 3 Verf. Ungarn erklärt: "Die Tätigkeit keiner Organi-

⁵⁰ Vgl. dazu treffend P. Häberle, aaO., S. 137, S. 141.

⁵¹ Zuletzt wurde die EMRK von der Russischen Föderation ratifiziert. Der Föderationsrat stimmte dem von der Staatsduma am 30. März 1998 verabschiedeten Gesetz (SZ RF 1998, Nr. 14, Pos. 1514) zu. Damit traten die Konvention sowie die Protokolle Nr. 2 und Nr. 1 für die Russische Föderation zum 5. Mai 1998 in Kraft (SZ RF 1998, Nr. 20, Pos. 2143).

sation der Gesellschaft, keines staatlichen Organs oder Staatsbürgers darf sich auf die gewaltsame Erlangung oder Ausübung der Macht bzw. deren ausschließlichen Besitz richten".

Gegen derartige Rückfälle in die vorzivile, vor-rechtsstaatliche Gesellschaft sieht die ungarische Verfassung sogar ein Widerstandsrecht - freilich nur in zivilen Formen vor: "Gegen solche Bestrebungen ist jedermann berechtigt und verpflichtet, auf gesetzlichem Wege aufzutreten". Art. 3 Abs. 4 Verf. Rußland lautet demgegenüber weniger weitgehend: "Niemand darf Gewalt in der Russischen Föderation an sich ziehen. Die Ergreifung der Gewalt und das Ansziehen von hoheitlichen Befugnissen werden gemäß dem Bundesgesetz verfolgt".

3. Textstrukturen und Verfassungsaufbau

Der Aufbau der Verfassungstexte und die inhaltliche sowie sprachliche Strukturierung ihrer einzelnen Teile gibt Auskunft über:

- den Stand der Gesetzgebungstechnik, die Gesetzgebungssprache eingeschlossen;
- über den politischen Willen der Verfassungsgeber, durch sprachliche Präzisierung der Verfassung ein bestimmtes, zumindest interpretatorisch bestimmbares Maß von verbindlicher, über bloße Programmaussagen hinausgehender Rechtsgeltungskraft zu verleihen;
- ferner über die inhaltliche Prioritätensetzung und die intendierte systematische Zuordnung einzelner Regelungen und den Einfluß von Vorbildern;
- schließlich auch über etwaige rezipierte Modelle, d. h. über die Rezeptiongeschichte der jeweiligen Verfassungsurkunde.

Besonders die Grundrechtsgarantien der neuen Verfassungen haben eine deutliche Auswertung und Präzisierung in sprachlicher Hinsicht erfahren. Am Beispiel der in staatssozialistischer Zeit umstrittenen und immer wieder durch repressives Staatsstrafrecht tangierten, in Frage gestellten oder entzogenen Grundrechte der intellektuellen, künstlerischen und Gewissensfreiheiten (Meinungsfreiheit, Kunstfreiheit, Wissenschaftsfreiheit, Religionsfreiheit) ist dieser Formulierungsfortschritt ablesbar (vgl. z. B. Art. 37, 38, 39, 40, 41, 54 Verf. Bul; Art. 38, 39, 40, 41, 67, 68 Verf. Kro).

In fast allen erneuerten Verfassungen wird eine Rangverschiebung im Verhältnis

zwischen den einzelnen Verfassungsfunktionen erkennbar. In den staatssozialistischen Verfassungen stand infolge der Instrumentalisierung des Rechts zum Schutz, der Durchsetzung und weiteren Entfaltung sozialistischer Staats- und Gesellschaftsordnung die Verfassungsfunktion im Sinne des damaligen Marxismus-Leninismus revolutionären Machtordnung, d. h. als Staatsorganisationsgesetz des Sozialismus im Vordergrund. Die Einleitungsabschnitte dienten daher zumeist der verfassungsrechtlichen Umschreibung dieser Herrschaftsordnung und ihrer Organisationsprinzipien⁸⁸. Nunmehr sind demonstrativ an die erste Stelle die Verfassungsabschnitte über Grundrechte und Grundrechtsschutz oder Souveränitätsbekundungen gerückt. Verfassungsgeber⁸⁹ haben die Grundrechtsgarantien in einem der ersten Abschnitte, meist sogleich nach einleitenden Grundprinzipien freiheitlich-demokratische Verfassungsordnung niedergelegt. Diese verfassungsprogrammatische Textfassung, so ernst zu nehmen sie auch sein mag, sagt allerdings wenig über die recht unterschiedliche Verfassungsrealität in diesem Punkt in den verschiedenen Ländern aus.

Einen hohen Stellenwert räumen zahlreiche neue Verfassungen auch den Grundlagen und Rahmenbedingungen privatwirtschaftlicher Wirtschafts- und Eigentumsordnung ein. Anders als manche älteren demokratischen Verfassungen und z. B. auch das als wirtschaftspolitisch "neutral" angesehene Bonner Grundgesetz weist bereits der Textaufbau eine Reihe postsozialistischer Verfassungen als "*demonstrative Markt- und Privateigentumswirtschaften*" aus⁹⁰. Hierbei werden unterschiedliche Ansätze gewählt. Während zumeist, dem traditionellen liberalen Verständnis folgend, wirtschaftliche Freiheiten und Eigentumsгарantien als Teil der Grundrechtsordnung primär individualrechtlich zugeordnet werden, formulieren einzelne Verfassungsgeber (Beispiele: Kroatien, Litauen) einen modernen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Ansatz.

Neu sind, den postsozialistischen Ordnungsprinzipien folgend, eigene Abschnitte über die von ausnahmslos allen Staaten eingeführte Verfassungsgerichtsbarkeit.

⁸⁹ Vgl. dazu im einzelnen H. Roggemann, Die Staatsordnung der Sowjetunion, 2. Auflage, Berlin (West) 1973; ders., Die Staatsordnung der Volksrepublik Polen, Berlin (West) 1974; ders., Die Staatsordnung der DDR, Berlin (West) 1973.

⁹⁰ Auch Albanien hat sich nunmehr mit der Verfassung vom 22. November 1998 diesem menschenrechtlich begründeten Verfassungsaufbau angeschlossen. Lettland hat infolge des Rückgriffs auf die vorsozialistische Verfassung auch nach der Aufnahme eines Grundrechtsteils durch die Verfassungsnovelle vom 23. Oktober 1998 den andersartigen Aufbau beibehalten. Der alten Gliederung folgt auch Ungarn, dessen Verfassung insoweit noch dem Textaufbau mancher früheren, sozialistischen Verfassungen folgt; vgl. Kapitel XII. Verf. Ung von 1990. Zur Reformdiskussion vgl. K. Hiller, Eine neue Verfassung für Ungarn?, ROW 1998, S. 74 ff. Tschechien hat die Grundrechte in einer speziellen Charta der Grundrechte und -freiheiten geregelt, auf die in der Verfassungsurkunde verwiesen wird (vgl. Art. 3 Verf. ČR).

⁹¹ Vgl. Abschnitt III. 3, Art. 48 ff. Verf. Kro ("Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte"); Abschnitt IV Verf. Lit ("Volkswirtschaft und Arbeit"); Zweiter Teil, 3. Abschnitt Verf. Mont ("Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Freiheiten und Rechte"); Abschnitt II, Unterabschnitt 4 Verf. Pol ("Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Freiheiten"); Abschnitt III Verf. Serb ("Die Wirtschafts- und Sozialordnung"); Zweites Hauptstück, Fünfter Abschnitt Verf. Slowak ("Wirtschaftspolitische, soziale und kulturelle Rechte"); II. Abschnitt Verf. Slowe ("Wirtschaftliche und soziale Verhältnisse").

V. Verfassung und politisches System

Die Verfassungen Osteuropas als Verfassungen offener Gesellschaften

Für die vorliegende neue Generation mittel- und südosteuropäischer Verfassungen ergeben sich aus dieser historischen Konstellation besondere und besonders weitgehende Anforderungen und Erwartungen an Funktionalität und Wirkungsmacht einer neuen Verfassung für eine offene Gesellschaft. Die Grenzen solcher Offenheit werden markiert einerseits durch ökonomische Zwänge und Zerreißproben der Postplanwirtschaften auf dem Wege in den Weltmarkt, andererseits durch alte und neue Werthaltungen eines spezifischen Verfassungsverständnisses. Darin verbinden sich tradierte Formen zentraler Staatsmacht, nun in der neuen Form von *Präsidialmacht*, mit Einschränkungen für den offenen politischen Prozeß durch das *Prinzip der wehrhaften Demokratie*, zu dem sich, sei es in Formulierungen, die als *postsozialistische Gegenverfassungen* zu verstehen sind, sei es in anderen Formen⁹⁹, die meisten dieser Verfassungen bekennen. Als drittes Element postsozialistischer Verfassungswertordnung, das Machtwechsel und Systemwandel offenbar überdauert hat, finden sich Ansätze sozial gebundener Wirtschaftsverfassung. Angesichts der defizitären bis desolaten Sozialversicherungssysteme, ungeachtet hoher Arbeitslosigkeit und allgemeiner Finanzschwäche, erweisen sich derartige Ansätze zwar als derart kaum einlösbar. Sie führen jedoch im Verfassungsrecht (Beispiel: soziale Grundrechte⁹⁹) und im Wirtschaftsrecht (Beispiele: Privatisierungsverfahren in Formen sozialer und Massenprivatisierung⁹⁹ sowie Belegschaftsbeteiligung¹⁰¹) zu Regelungen, die für das *Verhältnis von Wirtschaft und Verfassung* andere Prämissen sozialer Gerechtigkeit suchen, als die meisten älteren Demokratien auf marktwirtschaftlicher Grundlage.

⁹⁷ Beispiel: Verbotprinzip gegenüber verfassungswidrigen politischen Organisationen.

⁹⁸ Zu solchen bekennen sich signifikanterweise fast alle postsozialistischen Verfassungen und zwar ohne Rücksicht auf den in der westlichen und insbesondere in der deutschen Rechtsliteratur geführten Streit um Rechtswirksamkeit und Relevanz derartiger Grundrechtsansprüche.

⁹⁹ Dazu näher am Beispiel Polens J. Lowitzsch, Sektor- und Massenprivatisierung in Polen, in: H. Roggemann/K.-J. Kuss (Hrsg.), *Wirtschaften und Investieren in Osteuropa*, Berlin/Wien 1994, S. 244 ff.

¹⁰⁰ Zur Privatisierung in Osteuropa vgl. den Überblick bei H. Roggemann/K.-J. Kuss, *Unternehmensumwandlung und Privatisierung in Osteuropa*, Berlin 1993.