

Sonderdruck aus:

Polis und Kosmopolis

Festschrift für Daniel Thürer

Herausgegeben von

Giovanni Biaggini / Oliver Diggelmann / Christine Kaufmann

Bardo Fassbender

Prof. Dr. iur., Professor für Völkerrecht, Europarecht und Öffentliches Recht
an der Universität St. Gallen

Die Schweiz und Deutschland als »offene Bundesstaaten«: Zur schwindenden Bedeutung der Völkerrechtssubjektivität der Kantone und Länder



ISBN 978-3-03751-727-7
Dike Verlag Zürich/St. Gallen 2015
ISBN 978-3-8487-2530-4
Nomos Verlag, Baden-Baden 2015



Nomos

Die Schweiz und Deutschland als »offene Bundesstaaten«: Zur schwindenden Bedeutung der Völkerrechtssubjektivität der Kantone und Länder

Bardo Fassbender

Das Verfassungsprogramm: Offener Verfassungsstaat – offener
Bundesstaat – plurale Völkerrechtsordnung

Was ist gemeint, wenn die Schweiz und Deutschland als »offene Bundesstaaten«¹ bezeichnet werden? Der Begriff bezeichnet zunächst den verfassungsrechtlichen Tatbestand, dass die Bundesverfassung und das Grundgesetz die Kantone und Länder »nicht nach außen abriegelt« und ihre »auswärtigen Funktionen (...) nicht völlig auf den Bund übertragen« haben.² Die »Öffnung« des Bundesstaates bezieht sich also auf die Kantone und Länder, denen eigene auswärtige und völkerrechtliche Beziehungen und damit eine eigene Völkerrechtssubjektivität ermöglicht werden.

Dem »offenen Bundesstaat« steht ein Typus gegenüber, den man als den »geschlossenen Bundesstaat« bezeichnen kann, weil er den Gliedstaaten den Zugang zum Raum des Völkerrechts verwehrt. Sein Hauptrepräsentant sind die Vereinigten Staaten von Amerika. Art. I Abschn. 10 der amerikanischen Bundesverfassung von 1787 untersagt den einzelnen Staaten ausdrücklich den Abschluss von Verträgen (»treaties«). Das *Restatement of the Law Third – The Foreign Relations Law of the United States* von 1986 erläutert die Rechtslage so: »A State of the United States is not a »state« under international law, since by its constitutional status it does

¹ Näher zu Begriff und Typus: Bardo Fassbender, Der offene Bundesstaat: Studien zur auswärtigen Gewalt und zur Völkerrechtssubjektivität bundesstaatlicher Teilstaaten in Europa, Tübingen 2007, S. 1 ff., 31 ff.

² So mit Bezug auf das Grundgesetz Hermann Mosler, Die völkerrechtliche Wirkung bundesstaatlicher Verfassungen, in: Festschrift Richard Thoma, Tübingen 1950, S. 129, 149.

not have capacity to conduct foreign relations«³ – es fehlt den amerikanischen Einzelstaaten die Völkerrechtsfähigkeit, weil ihnen die Bundesverfassung keine eigenen auswärtigen Beziehungen erlaubt.

Die so verstandene Öffnung des deutschen Bundesstaates ist älter als der freiheitliche Verfassungsstaat des Grundgesetzes von 1949. Sie kennzeichnete schon den Norddeutschen Bund von 1867, das Kaiserreich von 1871 und die Weimarer Republik von 1919. Verfassungs- und geistesgeschichtlich ist sie mit der monarchischen Staatsform und der »Verdoppelung« der staatlichen Ebenen schon im Alten Reich verbunden. Der Begriff des »offenen Bundesstaates« kann jedoch nur vor dem Hintergrund eines hinzutretenden verfassungsrechtlichen Tatbestands überzeugen, der erst im Jahre 1949 in die deutsche Verfassungsentwicklung eingeführt worden ist und den Klaus Vogel mit bleibender Wirkung als die »Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit« bezeichnet hat. Auf der Grundlage einer Analyse der »völkerrechtsfreundlichen« Bestimmungen des Grundgesetzes schlug der Münchner Staatsrechtslehrer vor, den »Typus des in eine engere oder weitere Staatengemeinschaft »eingeorordneten« Staates in einer ausdrücklichen Entgegensetzung zur »geschlossenen« Staatlichkeit Fichtes als den eines »offenen« – wenn man so will: eines »weltoffenen« – Staats zu bezeichnen«⁴.

In der Tat will die Bundesrepublik völkerrechtstreu »als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt« dienen (Preamble des Grundgesetzes). »Nicht nur für Deutschland«, so schrieb der Historiker Werner Conze, »ist die Wirklichkeit des politisch und militärisch selbstherrlichen Nationalstaats zu Ende gegangen«.⁵ Dieses Faktum nahm der Bonner Parlamentarische Rat nicht bloß hin, er *wollte* auch, dass diese Wirklichkeit zu Ende sei. Daher musste die Bundesrepublik nicht ängstlich

³ Vgl. The American Law Institute, Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States, vol. 1, 1987, § 1, Reporters' Note 5, S. 13; ebenso § 201, Comment g, S. 201.

⁴ Vgl. Klaus Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Tübingen 1964, S. 33. Heutiger Stand der Wissenschaft: Christian Tomuschat, Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XI, Heidelberg 2013, § 226; Karl-Peter Sommermann, Offene Staatlichkeit: Deutschland, in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz-Villalón/Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II, Heidelberg 2008, § 14.

⁵ Vgl. Werner Conze, Die Deutsche Nation, Göttingen 1963, S. 165.

auf ihre Geschlossenheit nach außen hin bedacht sein, sondern konnte ihren Ländern völkerrechtliche Handlungsfreiheit einräumen, so wie sie ihren Bürgern, gesellschaftlichen Verbänden und Wirtschaftsunternehmen in ihrem grenzüberschreitenden Handeln Freiheit lässt. Diese Grundausrichtung verband sich mit dem Wunsch des Parlamentarischen Rates und der Alliierten, den Ländern eine starke Stellung in der föderalen Ordnung der Bundesrepublik zu sichern.

Das Grundgesetz erkennt an, dass sich bestimmte zentrale Probleme nur in internationaler Zusammenarbeit lösen lassen – wie der Schutz der Menschenrechte, die Wahrung des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt (Art. 1 Abs. 2, Art. 24 Abs. 2), aber auch der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a). Die völkerrechtliche Ordnung soll – auch im Sinne des Subsidiaritätsprinzips (vgl. Art. 23 Abs. 1) – so beschaffen sein, dass sie die Lösung dieser Probleme in funktionell adäquater Weise ermöglicht. Aus diesem Grund sieht das Grundgesetz die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen vor (Art. 24). Die Entscheidung des Grundgesetzes für eine »offene Staatlichkeit« ist daher auch eine Entscheidung für »die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte«, d.h. für eine plurale Völkerrechtsordnung, in der nicht allein für die (souveränen) Staaten Platz ist, sondern auch für andere Träger öffentlicher Aufgaben. Die Bedeutung des Art. 32 Abs. 3 GG, der den Ländern ein eigenes völkerrechtliches Vertragschliessungsrecht gibt, ist in diesem Zusammenhang selten verstanden worden. Man hat die Völkerrechtsfähigkeit der Länder dem »alten« Recht, der Verfassungstradition zugeordnet, ohne ihre Modernität im Rahmen einer pluralen, funktionell bestimmten Völkerrechtsordnung zu erkennen.

In der geltenden schweizerischen Bundesverfassung von 1999⁷ lassen sich mühelos Entsprechungen zu diesen Normen des Grundgesetzes finden, die auch für die Eidgenossenschaft eine »föderalistische Offenheit des Staates nach aussen«⁸ begründen: Die Präambel nennt das Bestreben der

⁶ Vgl. Hermann Mosler, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, *ZaöRV* 1962, S. 1.

⁷ Übersicht über die Bestimmungen der im Vergleich »introvertierten« Bundesverfassung von 1874: Dietrich Schindler, Der Weg vom »geschlossenen« zum »offenen« Verfassungsstaat, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, FS Yvo Hangartner, St.Gallen 1998, S. 1027, 1030 ff.

⁸ Daniel Thürer, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, § 11, S. 179, 204. Nachdruck in: Daniel Thürer, *Kosmopolitisches Staatsrecht*, Zürich 2005, S. 65, 105.

verfassungsgebenden Gewalt, »den Bund zu erneuern, um Freiheit und Demokratie, Unabhängigkeit und Frieden in Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt zu stärken«. Art. 2 Abs. 4 BV erklärt es zu einem Staatszweck der Eidgenossenschaft, sich »für die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und für eine friedliche und gerechte internationale Ordnung« einzusetzen. Gemäss Art. 54 Abs. 2 BV trägt der Bund »bei zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie, zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen«. Die Armee »dient der Kriegsverhinderung und trägt bei zur Erhaltung des Friedens« (Art. 58 Abs. 2 S. 1 BV). Zwar enthält die Bundesverfassung keine den Art. 23 und 24 Abs. 1 GG entsprechenden Öffnungs- oder Integrationsklauseln. Sie sieht in ihren Vorschriften über das obligatorische und das fakultative Referendum aber einen »Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften« (Art. 140 Abs. 1 Bst. c) und zu sonstigen internationalen Organisationen (Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2) vor, ferner auch völkerrechtliche Verträge, die »eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung herbeiführen« (Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3). Auch die Rechtsordnung der Schweiz ist von Völkerrechtsfreundlichkeit und -offenheit geprägt.⁹ Art. 56 Abs. 1 BV ist die die Offenheit des schweizerischen Bundesstaates konstituierende Grundnorm, indem sie den Kantonen das Recht einräumt, in ihren Zuständigkeitsbereichen mit dem Ausland völkerrechtliche Verträge zu schliessen.¹⁰ »Die Bundesverfassung«, so fasst es eine Kommentierung zusammen, »etabliert auch im Aussenverhältnis eine mehrstufige, differenzierte Ordnung und gewährt den Kantonen Raum für eigene Entfaltung«.¹¹

Das Grundgesetz und die Bundesverfassung bestimmen demnach die Stellung Deutschlands bzw. der Schweiz in der und zur Staatengesell-

⁹ Vgl. Giovanni Biaggini, Die Öffnung des Verfassungsstaates als Herausforderung für Verfassungsrecht und Verfassungslehre, in: FS Yvo Hangartner (Anm. 7), S. 957, 963 ff., unter Bezugnahme auf Ernst-Ulrich Petersmann, Die Verfassungsentscheidung für eine völkerrechtskonforme Rechtsordnung als Strukturprinzip der Schweizer Bundesverfassung, AöR 1990, S. 537.

¹⁰ Vgl. auch die Vereinbarung der Kantone Freiburg, Waadt, Wallis, Neuenburg, Genf und Jura über die Aushandlung, Ratifikation, Ausführung und Änderung der interkantonalen Verträge und der Vereinbarungen der Kantone mit dem Ausland vom 9.3.2001, SR 134.11 (Schwerpunkt der Vereinbarung ist die Mitwirkung der kantonalen Parlamente).

¹¹ Thomas Pfisterer, Art. 56 BV, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 10.

schaft mit dem Dreiklang »offener Verfassungsstaat – offener Bundesstaat – plurale Völkerrechtsordnung«, wobei jeder Aspekt auf den anderen bezogen ist und von ihm verstärkt wird. Die offene Bundesstaatlichkeit ist ein integraler Bestandteil der offenen Verfassungsstaatlichkeit. In ihr verbinden sich Tradition und Neuerung – nämlich das Festhalten an einer Stellung der Länder und Kantone, die älter ist als der freiheitliche Verfassungsstaat des 20. Jahrhunderts, mit der Entscheidung für eine Völkerrechts- und Integrationsfreundlichkeit sowie eine Öffnung transnationaler Beziehungen für den einzelnen Bürger, die Gesellschaft und die Wirtschaft. Daniel Thürer hat in diesem Sinne für die Schweiz von einer »weltoffene(n) Ausrichtung« der Bundesverfassung gesprochen.¹² Es liege heute im Sinne und Interesse der Bürger, dass sich der Bundesstaat nach aussen öffne.¹³

Die Verfassungswirklichkeit: Bedeutungsverlust völkerrechtlicher Beziehungen der Länder und Kantone

Die offene Staatlichkeit sowohl der Schweiz als auch Deutschlands ist damit von einer Öffnung der Verfassungsordnung nach aussen mit den folgenden vier Hauptelementen geprägt: erstens einer Öffnung des innerstaatlichen Rechts (unter Einschluss der Verfassung) für das Völkerrecht mit der Folge einer gegenseitigen Durchdringung und Verschränkung des Völkerrechts und des nationalen Rechts¹⁴, zweitens einer Ermöglichung der Integration in überstaatliche Gemeinschaften, drittens einer weitgezogenen grundrechtlichen Freiheit des Einzelnen zu auslandsbezogenen und grenzüberschreitenden Handlungen sowie viertens der Ermöglichung eigener völkerrechtlicher Beziehungen der Gliedstaaten (offene Bundesstaatlichkeit).

In der Verfassungswirklichkeit der Bundesrepublik Deutschland haben sich diese Elemente offener Staatlichkeit allerdings unterschiedlich entwickelt. Die Öffnung für das Völkerrecht und die Integration in europäische und internationale Staatenverbindungen sind in einem hohen Maße realisiert worden. Zugleich haben sich – wesentlich begünstigt

¹² Daniel Thürer (Anm. 8), S. 182. Nachdruck in: ders., *Kosmopolitisches Staatsrecht*, Zürich 2005, S. 70.

¹³ Daniel Thürer, *Der Verfassungsstaat von aussen gesehen – eine Skizze*, ZSR 1995, S. 273, 292. Nachdruck in: ders., *Perspektive Schweiz – Übergreifendes Verfassungsdenken als Herausforderung*, Zürich 1998, S. 35, 57.

¹⁴ Vgl. Biaggini (Anm. 9), S. 957.

durch die europäische Integration – die grundrechtlich geschützten grenzüberschreitenden Beziehungen der »Privaten« enorm intensiviert.

Dagegen erscheint die offene Bundesstaatlichkeit als nur schwach ausgebildet, wenn man ihr entscheidendes Moment in einer Öffnung der Bundesrepublik für eigene völkerrechtliche Beziehungen der Länder sieht. Sie ist in dieser Hinsicht in der Verfassungspraxis der letzten Jahrzehnte im Gegensatz zu den anderen Elementen nicht nur nicht gestärkt, sondern geschwächt worden. *Diese* Form der Öffnung gegenüber der Völkerrechtsgemeinschaft ist nicht zu einem selbstverständlichen Teil des Verfassungslebens der Bundesrepublik geworden. Von dem ihnen in Art. 32 Abs. 3 GG eingeräumten völkerrechtlichen Vertragsschlussrecht haben die Länder kaum Gebrauch gemacht: Während die letzte Ausgabe des Registers zum zweiten Teil des Bundesgesetzblattes auf 258 Seiten die in Kraft befindlichen bilateralen Abkommen der Bundesrepublik mit anderen Staaten und internationalen Organisationen auflistet sowie auf weiteren 660 Seiten die multilateralen Abkommen, an denen sich die Bundesrepublik beteiligt hat,¹⁵ liegt die Gesamtzahl der von den deutschen Ländern seit 1949 abgeschlossenen völkerrechtlichen Vereinbarungen bei unter 200.¹⁶ Im Durchschnitt sind damit von allen Ländern zusammen seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes pro Jahr nur etwa drei Verträge mit dem Ausland geschlossen worden.

Wird das Stück mit dem Titel »Die deutschen Länder im Völkerrecht« nicht mehr aufgeführt, weil die Akteure ihren Text vergessen haben? Als Grund für die beschränkte Vertragspraxis und die Vernachlässigung der völkerrechtlichen Stellung der Länder wird man weniger Vergesslichkeit und Ignoranz der Landespolitik als vielmehr eine politische Lage sehen müssen, in der den Landesregierungen ganz überwiegend eine Inanspruchnahme ihrer Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge nicht mehr als sinnvoll oder zielführend erscheint. Etwas salopp könnte man sagen, dass die Länder nicht mehr recht wissen, über was, mit wem und warum überhaupt sie solche Verträge schließen sollten.

¹⁵ Vgl. Bundesgesetzblatt Teil II – Fundstellennachweis B: Völkerrechtliche Vereinbarungen, Verträge zur Vorbereitung und Herstellung der Einheit Deutschlands, abgeschlossen am 31. Dez. 2013.

¹⁶ Die angegebene Zahl beruht auf einer Schätzung. Für den Zeitraum von 1949 bis 2004 liessen sich 144 Verträge ermitteln; vgl. die Übersicht in Fassbender (Anm. 1), S. 384 ff.

»Über was?« Die Vertragskompetenz der Länder ist in Abhängigkeit von ihren inneren Zuständigkeiten, insbesondere den Gesetzgebungskompetenzen, sachlich begrenzt. Nun hat sich der Umfang dieser Kompetenzen in den vergangenen Jahrzehnten aber beständig verringert, insbesondere durch eine Vermehrung der Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes (Art. 74 GG). Daran hat auch die Föderalismusreform von 2006¹⁷ nichts Wesentliches geändert. Den Ländern sind in der Hauptsache für eine eigenständige gesetzliche Regelung nur die Gebiete der Bildung, der Kultur, des Rundfunks und des Polizei- und Ordnungsrechts verblieben. Entsprechend ist auch der Raum ihres völkerrechtlichen Handelns immer kleiner geworden.

Hinzu kommt, dass sich die Länder in dem ihnen verbliebenen schmalen Kompetenzbereich selbst in dem Maße aus der internationalen Vertragspraxis ausgeschaltet haben, wie sie dem Bund auf der Grundlage des sog. »Lindauer Abkommens« von 1957¹⁸ den Abschluss von Verträgen ermöglicht haben. In dieser Verständigung standen die Länder dem Bund zu, völkerrechtliche Verträge über alle möglichen Fragen zu schliessen – das heisst auch über Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebung der Länder –, sofern nur ihr Einverständnis herbeigeführt wird. Im Einklang mit der allgemeinen Entwicklung des deutschen bundesstaatlichen Systems hin zu einem »Beteiligungs föderalismus«¹⁹ oder »kooperativen Föderalismus«²⁰ (an die Stelle selbstständiger staatlicher Tätigkeit der Länder ist weitgehend ihre Beteiligung an der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes getreten) hat das Lindauer Abkommen zu einer »Selbstkoordinierung von Bund und Ländern, namentlich aber der Länder untereinander mit der Wirkung einen sachlichen Angleichung

¹⁷ (52.) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.8.2006, BGBl I S. 2034.

¹⁸ »Verständigung zwischen der Bundesregierung und den Staatskanzleien der Länder über das Vertragschließungsrecht des Bundes« vom 14.11.1957. Wortlaut in Bardo Fassbender, in: Kahl et al. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand v. Dezember 2014, Art. 32 S. 3 f. Vgl. zu Inhalt, Rechtscharakter und Verfassungsmäßigkeit dieser Absprache und der ihr folgenden Praxis Fassbender (Anm. 1), S. 354 ff., sowie dens., in: BK, Art. 32 Rdnr. 122 ff.

¹⁹ Der Ausdruck geht zurück auf die Beobachtung von Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, München, 1928, S. 169, die Beteiligung der Länder an der Reichsgewalt sei ein Ersatz für die ihnen selbst verloren gegangene Staatsgewalt.

²⁰ Vgl. hierzu Konrad Hesse, Aspekte des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, in: Ritterspach/Geiger (Hrsg.), FS Gebhard Müller, Tübingen 1970, S. 141, sowie Stefan Oeter, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, Tübingen 1998, S. 259 ff.

der landesrechtlichen Zustände und einer gleichförmigen Verwaltungspraxis«²¹ geführt.

Das Bedürfnis nach landesspezifisch differenzierten Vereinbarungen mit dem Ausland ist weitgehend weggefallen. Es sind letztlich die Bürgerinnen und Bürger selbst, die einer solchen Differenzierung (zum Beispiel einem Vertrag Bayerns mit Frankreich über Fragen der Hochschulen, der nennenswert anders aussehen würde als ein solcher Vertrag Nordrhein-Westfalens oder Hamburgs) bundeseinheitliche Regelungen vorziehen. Für das völkerrechtliche Handeln der Länder gilt insofern nichts anderes als für die Gesetzgebung.

»Und mit wem?« Neben der Reduzierung der Gesetzgebungskompetenzen und der »Lindauer« Praxis lässt sich als ein dritter Grund für die geringe Zahl völkerrechtlicher Verträge der Länder die Entwicklung des Europarechts anführen. Auswärtige Vertragspartner der deutschen Länder waren seit der Reichsgründung von 1871 hauptsächlich ihre südlichen und westlichen Nachbarstaaten Österreich, die Schweiz, Frankreich, Belgien, Luxemburg und die Niederlande. Die Fragen, die früher Gegenstand der Verträge waren, sind heute aber überwiegend EU-rechtlich geregelt.

»Und warum überhaupt?« Anders als die Gliedstaaten des Deutschen Reichs wissen die Länder der Bundesrepublik auch nicht mehr, warum sie eigentlich Verträge mit dem Ausland schließen sollten. Die Bedeutung einer durch Vertragsschluss aktualisierten und sichtbar gemachten Völkerrechtssubjektivität ist ihnen nicht mehr bewusst. Sie sehen darin auch keinen Ausdruck ihrer »Staatspersönlichkeit« mehr, wie sie noch das Grundsatzprogramm der bayerischen CSU vom Dezember 1946 forderte,²² oder ihrer »Eigenstaatlichkeit«, die das Bundesverfassungsgericht von Zeit zu Zeit betont hat.²³ Dagegen war im Kaiserreich der Bedingungszusammenhang von Staatlichkeit, Souveränität und selbstständigen auswärtigen Beziehungen, den die Staats- und Völkerrechtslehre des 18. und 19. Jahrhunderts konstruiert hatte, noch sehr präsent. Beispielfhaft seien hierfür die preussisch-bayerischen Verhandlungen des Jahres 1870 über die Reichseinigung angeführt. Der bayerische Minister-

²¹ Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, S. 99.

²² Zit. nach: Kurt Wedl, Der Gedanke des Föderalismus in Programmen politischer Parteien Deutschlands und Österreichs, München/Wien 1969, S. 115.

²³ Vgl. insbes. BVerfGE 34, 9 (19 f.) – Hessisches Besoldungsanpassungsgesetz, Urt. v. 26.7.1972.

präsident Graf Otto von Bray-Steinburg formulierte damals als Grundlinie seiner Verhandlungspolitik, es bestehe »die feste Absicht, die Selbstständigkeit des Landes, die Souveränität der Krone aufrecht zu erhalten und der neu zu begründenden Gemeinschaft nur jene Zugeständnisse zu machen, welche ein föderatives Verhältniß unbedingt erfordert«²⁴. In einem König Ludwig II. unterbreiteten Antrag der bayerischen Minister vom 12. September 1870 hieß es entsprechend: »Als Merkmale und Bedingungen der eignen Souveränität wären vorzubehalten: 1. das Recht der Vertretung nach außen mit Einschluß des Rechtes Verträge zu schließen, soweit solche dem Zweck und den Interessen des Bundes nicht widersprechen«.²⁵

Wenn der Eindruck nicht täuscht, ergibt sich für die Schweiz ein ähnliches Bild. Auch hier ist die Bedeutung völkerrechtlicher Beziehungen der Kantone im Laufe des 20. Jahrhunderts stark zurückgegangen. Bis zum Ersten Weltkrieg schlossen die Kantone, wie Luzius Wildhaber zusammengefasst hat, eine recht große Zahl von internationalen Verträgen ab, unter anderem über Fragen des Zivil- und Strafrechts, des Urheberrechts, des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, über Aufenthalt und Niederlassung, Eisenbahnen, gegenseitige Rechtshilfe, Doppelbesteuerung und die Vollstreckung von Zivilurteilen.²⁶ Dagegen standen Wildhaber zufolge am Anfang der 1990er Jahre nur etwa 140 kantonale Verträge mit dem Ausland in Kraft, hauptsächlich auf den Gebieten der Doppelbesteuerung und der grenznachbarlichen Zusammenarbeit.²⁷ Dieselbe Zahl nannte zur selben Zeit Thürer.²⁸ Ein neues Lehrbuch schätzt die Zahl der gegenwärtig in Kraft befindlichen kantonalen Verträge mit dem Ausland auf

²⁴ Schreiben an den bayerischen Gesandten in Wien v. 28.9.1870, zit. nach Max Doeberl, Bayern und die Bismarcksche Reichsgründung, München/Berlin 1925, S. 276 f.

²⁵ Zit. nach Graf Otto von Bray-Steinburg, Denkwürdigkeiten aus seinem Leben, Leipzig 1901, S. 139.

²⁶ Luzius Wildhaber, Aussenpolitische Kompetenzordnung im schweizerischen Bundesstaat, in: Alois Riklin/Hans Haug/Raymon Probst (Hrsg.), Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern/Stuttgart/Wien 1992, S. 121, 129. Analyse der kantonalen Vertragspraxis: Yves Lejeune, Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse, Paris 1984, S. 103 ff.

²⁷ Wildhaber (Anm. 26), S. 129. Die von Wildhaber genannte Zahl wird für den Stand von 2009 wiederholt von René Rhinow/Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, Basel 2009, S. 750.

²⁸ Vgl. Daniel Thürer, Föderalismus und Regionalismus in der schweizerischen Aussenpolitik: Zum Verhältnis von Bundeskompetenzen und kantonalen Kompetenzen unter veränderten Umständen, ZBl 2/1992, S. 49, 56.

ehundert; überwiegend seien diese von den Grenzkantonen abgeschlossen worden, insbesondere in den Regionen Basel, Lugano und des Genfer Sees.²⁹ Auf welche Quellen sich diese Angaben stützen, ist nicht ersichtlich. Die in Bezug genommene einzige Sammlung der kantonalen Verträge, 1982 von Lejeune herausgegeben, zählte für das Stichjahr 1980 121 in Kraft befindliche Verträge.³⁰ Da viele dieser Verträge von mehreren Kantonen gleichzeitig mit ausländischen Stellen geschlossen worden waren, handelte es sich nach dem Register der vertragschliessenden Kantone um 289 vertragliche Bindungen, wobei die Kantone St. Gallen (30), Basel-Stadt (24), Graubünden (17), Aargau, Schaffhausen und Waadt (je 16) an der Spitze standen (im Falle St. Gallens fiel die Zahl wegen 18 mit dem Fürstentum Liechtenstein geschlossenen Verträgen so hoch aus).³¹ In Anbetracht dieser geringen Praxis warf Wildhaber schon 1982 die Frage eines Kompetenzverlustes der Kantone kraft *desuetudo* auf: » L'argument de la désuétude aurait justifié l'abandon ou la limitation de cette compétence. Qu'un tel argument ait finalement été avancé est d'ailleurs largement imputable aux cantons eux-mêmes.«³²

Der deutschen Praxis nach dem »Lindauer Abkommen« nahe steht die schweizerische Verfassungslage, nach welcher der Bund eine umfassende Kompetenz für die auswärtigen Angelegenheiten besitzt (Art. 54 Abs. 1 BV), die auch Gegenstände erfasst, die nach der Verteilung der Gesetzgebungs- und Verwaltungszuständigkeiten in den Kompetenzbereich der Kantone fallen.³³ Der Bund kann auch über solche Gegenstände völkerrechtliche Verträge schliessen; die Kantone dürfen (nur) »handeln, solange und soweit der Bund nicht von seiner (General-) Kompetenz Gebrauch macht«³⁴. Der Idee des »Beteiligungsföderalismus« oder »kooperativen Föderalismus«³⁵ wiederum entsprechen das Gebot der

²⁹ Vgl. Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Bern 2013, S. 448.

³⁰ Yves Lejeune, *Recueil des accords internationaux conclus par les Cantons suisses en vigueur au 1 janvier 1980*, Bern/Frankfurt 1982, S. 422 ff. (Table chronologique générale).

³¹ Vgl. Lejeune (Anm. 30), S. 483 ff. (Index analytique des Cantons contractants).

³² Luzius Wildhaber, Préface, in: Lejeune (Anm. 30), S. 5.

³³ Giovanni Biaggini, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Kommentar, Zürich 2007, Art. 54 N 5.

³⁴ Giovanni Biaggini (Anm. 33), Art. 54 N 8.

³⁵ Vgl. oben Text bei Fn. 19. Für die Schweiz: Ulrich Häfelin, *Der kooperative Föderalismus in der Schweiz*, ZSR 1969, S. 549; Rainer J. Schweizer, *Kantonale Kompetenzordnung und interkantonale Vereinbarungen*, in: *Festgabe zum*

Rücksichtnahme des Bundes auf die Zuständigkeiten der Kantone (Art. 54 Abs. 3) und die Mitwirkung der Kantone an aussenpolitischen Entscheidungen des Bundes, die ihre Zuständigkeiten oder ihre wesentlichen Interessen betreffen (Art. 55 BV)³⁶.

Diese Konzentration auswärtiger Zuständigkeiten beim Bund steht im Einklang mit der neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte. Zwar lag zur Zeit der Errichtung der Bundesverfassung von 1848 der Schwerpunkt des öffentlichen Lebens seit Jahrhunderten bei den Kantonen. Doch war schon in der napoleonischen Zeit und sodann mit dem Bundesvertrag von 1815 eine Verlagerung der Aussenkompetenzen auf die Schritt um Schritt verstärkte eidgenössische Ebene erfolgt, ohne dass dies auf den Widerstand der Kantone gestossen wäre. Mit den Worten Daniel Thürers war 1848 »das Terrain für eine Neuordnung der Kompetenzen im Aussenbereich bereits weitgehend vorbereitet«.³⁷ Nunmehr siegte der »zentralistische Geist der Radikalen (...) über den zerklüfteten, zerfahrenen Partikularismus«.³⁸

Erneuerung offener Bundesstaatlichkeit durch nicht-völkerrechtsförmliche Aussenbeziehungen der Länder und Kantone?

Nun bedeutet die relativ geringfügige völkerrechtliche Vertragspraxis der Länder und Kantone nicht, dass es gar keine Landes- oder kantonalen Aussenbeziehungen geben würde. Im Gegenteil unterhalten die Länder und Kantone heute eine Fülle solcher Beziehungen, was angesichts der internationalen Verflechtung von Wirtschaft und Gesellschaft auch nicht erstaunt.³⁹ Die Regierungen, aber auch die Parlamente der Länder und

Schweizerischen Juristentag 1973, S. 131; neuerdings Ralph Bomatter, Herausforderung Konkordate: Inventar der von den Kantonsparlamenten eingesetzten Institutionen und Verfahren, AJP 2014, S. 1684.

³⁶ Vgl. auch das Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes vom 22.12.1999, SR 138.1.

³⁷ Thürer (Anm. 28), S. 53.

³⁸ Ibid. Vgl. zum historischen Kontext auch Daniel Thürer, Die Bundesverfassung von 1848: Kristallisationspunkt einer Staatsidee, ZSR 1998, S. 163. Nachdruck in: ders., Perspektive Schweiz (Anm. 13), S. 15.

³⁹ Ausserhalb des folgenden Überblicks bleiben aus Platzgründen die Beziehungen der Länder zur Europäischen Union und ihre Mitwirkung an der Arbeit der EU, obwohl es sich hierbei heute um den mit Abstand bedeutendsten Teil der »Aussenpolitik« der Länder handelt. Vgl. dazu etwa Adelheid Puttler, Die deutschen Länder in der Europäischen Union, in: Handbuch des Staatsrechts (Anm. 4), Bd. VI, § 142, sowie neuerdings Josef Isensee, Bundesland in Europa – Schwierigkei-

Kantone sind in ein Netzwerk von Kontakten mit ausländischen Stellen – und keineswegs nur der unmittelbaren Nachbarstaaten – eingebunden, so dass man sagen könnte: Der »offene Bundesstaat« lebt durchaus, nur in einer anderen Weise, als dies in der verfassungsgeschichtlichen Tradition Deutschlands und der Schweiz angelegt war. Völkerrechtsförmliches Handeln spielt in diesem »neuen Leben« nur eine untergeordnete Rolle. Die Art und Weise, in der die Länder und Kantone heute ihre Außenbeziehungen pflegen, orientiert sich kaum mehr an der formalen Zuordnung von Kompetenzen, sondern ist pragmatisch auf die Lösung bestimmter Probleme ausgerichtet, vor allem auf die Stärkung der Wirtschaftskraft durch Außenwirtschaftsförderung einerseits und Standortmarketing andererseits. Insofern haben sich die alten verfassungsrechtlichen Streitfragen der Abgrenzung der auswärtigen Kompetenzen im Bundesstaat weitgehend erledigt.

Recht nahe an einem Handeln in den Formen des Völkerrechts ist noch die (oft feierliche) Unterzeichnung von Vereinbarungen der Länder mit ausländischen Partnern ausserhalb des Anwendungsbereichs des Art. 32 Abs. 3 GG. In der Regel werden diese Vereinbarungen als »Gemeinsame Erklärung« der betreffenden Landesregierung und der ausländischen Regierung oder Behörde bezeichnet, doch sind auch die Bezeichnungen »Protokoll«, »Memorandum« oder »Gemeinsames Kommuniqué« üblich. In der Sache betreffen die Vereinbarungen die allgemeine Zusammenarbeit, die Förderung von Wirtschaft, Handel und Tourismus, die Kooperation in den Bereichen Bildung, Wissenschaft und Kultur sowie die Entwicklungshilfe. Die Vereinbarungen haben häufig auch einen politischen Gehalt. Ein Beispiel ist die »Gemeinsame Erklärung über die Zusammenarbeit zwischen der Republik Serbien und dem Freistaat Bayern« vom 29. März 2001, in der beide Seiten ihren Willen äusseren, »die zwischen Serbien und Bayern früher bestehenden guten und engen Beziehungen, die allerdings in den letzten Jahren unterbrochen waren«, zu erneuern und auszubauen. Nahe an den traditionellen Formen des Völkerrechts – hier der offiziellen Staatsbesuche – ist auch die Reisetätigkeit der Ministerpräsidenten, Regierenden Bürgermeister und Landesminister, die regelmässig zu politischen Besprechungen und Konferenzen ins Ausland reisen und umgekehrt auch ausländische Politiker in den Landeshauptstädten empfangen. An die Pflege völkerrechtlich-

ten einer dritten Ebene in der Europäischen Union, Niedersächsische Verwaltungsblätter 1/2015, S. 1.

diplomatischer und konsularischer Beziehungen erinnert die Tätigkeit der zahlreichen Auslandsbüros, welche die Länder zur Förderung ihrer Wirtschaft und Industrie unterhalten. An der Spitze der Länder dürfte hier mit aktuell 25 Büros Bayern stehen. Auf der Homepage des bayerischen Wirtschaftsministeriums heisst es hierzu: »Der Freistaat Bayern hat seit Mitte der 90er Jahre ein weltweites Netz von bayerischen Auslandsrepräsentanzen geschaffen. Die Bayerischen Repräsentanten stehen bayerischen Unternehmen als deutschsprachige Ansprechpartner vor Ort zur Verfügung, vermitteln Kontakte und unterstützen sie so bei der Erschließung neuer Exportmärkte oder beim Auf- und Ausbau von Vertriebsstrukturen im Ausland.«⁴⁰

Ein nicht leicht zu überblickendes Gebiet auswärtigen Handelns der Länder und Kantone ist die sog. grenzüberschreitende oder grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit. Dabei handelt es sich um eine Kooperation von grenznahen Gebietskörperschaften verschiedener Staaten über eine gemeinsame Staatsgrenze hinweg.⁴¹ Es kann sich um eine zwei- oder mehrseitige Kooperation handeln, um eine institutionalisierte oder nicht-institutionalisierte; die betreffende Institution kann Rechtspersönlichkeit besitzen oder nicht. Ein Beispiel einer institutionalisierten Form grenzüberschreitender Zusammenarbeit ist die Internationale Bodensee-Konferenz, ein Zusammenschluss der Länder und Kantone Baden-Württemberg, Bayern, Vorarlberg, Schaffhausen, Zürich, Thurgau, St. Gallen, Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden sowie des Fürstentums Liechtenstein.⁴² Ein Beispiel für eine institutionalisierte Zusammenarbeit in sog. funktionalen Grossregionen ist die Arbeitsgemeinschaft Alpenländer (Arge Alp) von 1972, der die zehn Länder, Provinzen, Regionen und Kantone Salzburg, Tirol, Vorarlberg, Südtirol/Alto Adige, Trentino, Lombardei, Bayern, Graubünden, St. Gallen und Tessin angehören. Schwerpunkte der Arbeit der Arge Alp sind die nachhaltige Entwicklung des Alpenraums, die Raumordnung, Daseins-

⁴⁰ Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie, Bayerische Auslandsrepräsentanzen – Kontakte in aller Welt, <http://www.stmwi.bayern.de/internationalisierung/aktiv-im-ausland/auslandsrepraesentanzen/> (zuletzt abgerufen am 15.2.2015).

⁴¹ Vgl. Matthias Niedobitek, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in Deutschland, in: Hans Martin Tschudi et al. (Hrsg.), Die Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Schweiz, Zürich 2014, S. 171, 172 f.

⁴² Vgl. Manuel Friesecke, Foren der Zusammenarbeit in den Grenzräumen der Schweiz, in: Tschudi et al. (Anm. 41), S. 107, 117 f.

vorsorge, Infrastruktur und Verkehr, Berglandwirtschaft und das gemeinsame kulturelle Erbe.⁴³ Allerdings kommen als Partner grenzüberschreitender Zusammenarbeit nicht nur die Länder und Regionen, sondern auch die in Grenznähe liegenden Gemeinden und kommunalen Gebiets- oder Verbandskörperschaften, Zweckverbände und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts in Betracht.⁴⁴ Die Präambel des vom Europarat entworfenen Europäischen Rahmenübereinkommen über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften von 1980 (des sog. Madrider Übereinkommens)⁴⁵ betont die »Bedeutung, die der Zusammenarbeit zwischen den Gebietskörperschaften der Grenzgebiete in Bereichen wie der Regional-, Stadt- und Landentwicklung, dem Umweltschutz, der Verbesserung der öffentlichen Infrastruktur und der Dienstleistungen für den Bürger sowie der gegenseitigen Hilfe im Unglücks- und Katastrophenfall (...) zukommen kann«. Ein neues Handbuch zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Schweiz nennt als Themenfelder der Zusammenarbeit ausserdem: Arbeitsmarkt, Wirtschaft, Steuern, Bildung, Forschung, Gesundheit, Soziales, Rechtshilfe in Zivil- und Strafsachen, Polizei, Datenschutz, Energie, Verkehr, Telekommunikation, Tourismus und Landwirtschaft.⁴⁶

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sich die Länder und Kantone heute tatsächlich nach aussen hin in einem Umfang und einer Vielfalt der Aktionsformen betätigen, die weit über das hinausgehen, was die deutschen Gliedstaaten des Kaiserreichs oder die Kantone in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu tun imstande waren. Die Länder haben sich aus dem von einer überwiegend unitarisch geprägten Staatsrechtslehre entgegen der Verfassungsintention zu eng geschnittenen Korsett des Art. 32 GG befreit und Handlungsformen gewählt, die es ihnen erlauben, ihre Auslandsinteressen flexibel und ohne den hemmenden Einspruch des Bundes wahrzunehmen.

⁴³ Vgl. Friesecke (Anm. 42), S. 127 f. Zur Arge Alp und zur Regio Basiliensis auch Thürrer, *Föderalismus und Regionalismus* (Anm. 28), S. 59 ff. Instruktiver Überblick über die Aussenbeziehungen eines wichtigen Grenzkantons: Stephan Breitenmoser, *Die Zusammenarbeit des Kantons Basel-Stadt mit dem Bund und dem Ausland*, in: Denise Buser (Hrsg.), *Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt*, Basel 2008, S. 305.

⁴⁴ Niedobitek (Anm. 41), S. 173. Vgl. zur lokalen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit nach schweizerischer Rechtslage Thürrer (Anm. 28), S. 62 ff.

⁴⁵ SR 0.131.1.

⁴⁶ Vgl. Tschudi u.a. (Anm. 41), Teil 3.

In ihrem auswärtigen Handeln unterscheiden sich die Länder und Kantone aber heute wenig von anderen öffentlichen oder privaten Akteuren. So kann ein Auslandsbüro zur Förderung von Wirtschaft und Handel in Shanghai vom Land Baden-Württemberg oder dem Freistaat Bayern unterhalten werden, aber auch von der Stadt Stuttgart oder einer Industrie- und Handelskammer oder dem Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. Mit anderen Worten: Die Exklusivität *staatlicher* auswärtiger Beziehungen, von der die Länder und Kantone in der Vergangenheit profitierten, ist dahin. Mit dem Schwinden der Bedeutung der Staatlichkeit der Länder und Kantone korrespondiert übrigens das Schwinden der Bedeutung des Staates in Europa überhaupt. In Abwandlung des Titels eines Buches von Christoph Möllers (Staat als Argument, 1999) kann man sagen: »Staat« ist zunehmend *kein* Argument mehr. In der entgrenzten Gesellschaft ist ein staatliches Wappen nicht viel mehr als ein Logo. Für die Länder und Kantone stellt sich die Frage, was eigentlich ihr Proprium, ihre Besonderheit, ihr spezifisches Merkmal ist, das sie von anderen Gebietskörperschaften und Organisationen unterscheidet, die ebenfalls bestimmte Aufgaben erfüllen und Leistungen für die Bürger erbringen.

Der »offene Bundesstaat« – von Daniel Thürer treffend charakterisiert als »ein auch im Aussenverhältnis differenziertes Gebilde, ein Haus mit mehreren Türen«⁴⁷ – ist weitgehend im freiheitlichen Verfassungsstaat aufgegangen, der allen Grundrechtsträgern auch international ein Handeln in weitestem Umfang ermöglicht und garantiert. Der »offene Bundesstaat« hob sich als besondere Staatsform ab von dem als geschlossen konstruierten und zentralistisch organisierten Nationalstaat des 19. Jahrhunderts, der den europäischen Normalfall darstellte. Mit der transnationalen Öffnung dieses Nationalstaats, an der die europäische Integration nach 1945 einen bedeutenden Anteil hat, ist die Besonderheit dieses bundesstaatlichen Verfassungstypus im Wesentlichen weggefallen.

Nach einer Alfred Escher zugeschriebenen Parole sollte der schweizerische Bundesstaat von 1848 »Einheit nach aussen und Vielfalt nach innen« garantieren.⁴⁸ Die gleichen Intentionen prägten die deutsche Verfassungsbewegung von 1848/49. Nach der Erklärung der Heidelberger Versammlung vom 5. März 1848 etwa sollte eine Hauptaufgabe der zu bildenden Nationalvertretung »die Gemeinschaftlichkeit der Vertheidi-

⁴⁷ Thürer (Anm. 28), S. 69.

⁴⁸ Zit. nach Thürer (Anm. 28), S. 54.

gung und der Vertretung nach Aussen« sein, während zugleich die »Besonderheit und angemessene Selbstverwaltung der einzelnen Länder bestehen« bleiben werde.⁴⁹ Diese Konzeption konnte in einer Zeit Aussicht auf Erfolg haben, in der sich die staatlichen Aussenbeziehungen und die Gegenstände völkerrechtlicher Regelung noch auf wenige Bereiche beschränkten (Krieg und Frieden, Diplomatie, Handel und Zoll, Schifffahrt) und »Aussen« und »Innen« deutlich unterscheidbar waren. Heute sind diese beiden Voraussetzungen weggefallen. Der Raum rein »innerer« Gestaltung der Lebensverhältnisse ist sehr eng geworden. Um nur eine Stimme unter vielen zu zitieren: Die völkerrechtlichen Verträge »betreffen heute praktisch alle Sachgebiete, die auch im innerstaatlichen Recht geregelt werden. (...) Völkerrechtliche Regelungen legen sich quer über die einzelstaatlichen Rechtsordnungen und dringen in diese ein.«⁵⁰

So zeigt sich, dass die Idee des offenen Bundesstaates etwas weit Vorausschauendes hatte: Sie erkannte, dass ein Staat auf Dauer nicht zugleich Einheitsstaat (nach aussen) und Föderativstaat (im Inneren) sein kann, sondern dass eine lebendige Bundesstaatlichkeit auch in der Ausendimension zum Ausdruck kommen muss – Vielfalt nach innen *und* Vielfalt nach aussen. Umgekehrt zieht unter den Gegebenheiten der Gegenwart eine »Einheit nach aussen« die Vereinheitlichung der »inneren« Verhältnisse nach sich. Die Alternative zum »offenen Bundesstaat« ist damit letztlich der (mehr oder weniger stark zentralisierte) Einheitsstaat.

⁴⁹ Zit. nach Ernst-Rudolf Huber (Hrsg.), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 1, Stuttgart 1978, S. 326, 327. Vgl. Fassbender (Anm. 1), S. 188 ff.

⁵⁰ Dietrich Schindler, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, in: *Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik* (Anm. 26), S. 99, 100.