

Dr. Dr. Jörg Berwanger*

Katalanische Umtriebe in Bayern – Länderabsplattung unter dem Grundgesetz?

Katalonien und Brexit halten Europa in Spannung. Beim Brexit ist Deutschland unmittelbar betroffen, weil auf EU-Ebene wohl wieder Deutschlands Finanzkraft auf die Probe gestellt werden wird. Der Fall Katalonien scheint zwar rechtlich zu den Akten gelegt werden zu können, die demokratischen Emotionen und Wallungen aber werden in Spanien vermutlich nie enden. Sezessionsbestrebungen andernorts lassen die Frage nach dem „Und wie wäre es bei uns?“ aufkommen. Die hM sagt klar: „Geht nicht.“ Der Autor versucht, wider den Stachel zu locken. Am Beispiel Bayern wird dies, bewusst etwas launig verpackt, durchexerziert. Der Autor bejaht ein Natur- bzw. Vernunftrecht auf den bajuwarischen Austritt.

I. Ausgangspunkte

1. Jenseits und Diesseits des Gartenzauns

Der Pulverdampf aus einer wahren Räuberpistole, von jenseits der Pyrenäen zu uns geweht, war bei Redaktionsschluss dieses Beitrags fast schon wieder verraucht. Dennoch, der katalanische Versuch, sich von Spanien abzulösen, wird Europa sicher noch eine Weile beschäftigen. Alles, was auch Filmstoff sein könnte, wurde geboten: Separatismus, Putsch, Rebellion und Aufruhr, Absetzbewegungen ins Ausland, politisches Asyl, europäischer Haftbefehl und Auslieferungsersuchen – und das eben nicht in Afrika oder in einer mittel-amerikanischen Bananenrepublik, sondern mitten in Europa. Immerhin – auch wenn es nicht überall so hoch hergeht – Separatismus und Abspaltungsbestrebungen sind beileibe keine katalanische Eintagsfliege. Spanische Fliegen dieser besonderen Art betören gar nicht so selten auch andernorts. Der Brexit ist das derzeit prominenteste Beispiel, es gibt einige andere.¹

Demgegenüber ist die Situation bei uns gemäßigt, vielleicht sogar fast etwas langweilig. Trotz der immerwährenden Diskussion um den Finanzausgleich, mit zuweilen durchaus kontradiktorisch-emotional geführten Disputen (Geber/Neh-

merländer²), herrscht Ruhe an der Front. Abspaltung spielt keine Rolle. Dazu wird es hierzulande – ungeachtet der Rechtslage – wahrscheinlich auch künftig nicht kommen. Es scheint aber klar zu sein, dass es trotz der Existenz der §§ 81 ff. StGB (Hochverrate und deren strafbare Vorbereitung) im Falle des Falls Situationen wie die in Spanien bei uns nicht geben würde. Das mag zunächst mit Mentalitätsfragen zusammenhängen. Illustriert am Freistaat Bayern, an dessen Beispiel dieser Beitrag insgesamt ausgerichtet ist: Auch wenn man die dem bayerischen „Mia san mia“ innewohnende, scheinbar ungebändigt-urwüchsige Kraft nie unterschätzen sollte, gegen einen heißblütigen südländischen Charakter verblasst sie merklich, da fehlt der Mumm. Das jedenfalls auf der politischen Bühne. Der letzte Schritt, die letzte Konsequenz, wird nicht gegangen, bleibt aus. Aktuelle Beispiele aus dem Gebaren der noch staatstragenden Partei³ sind die Obergrenze⁴ und leere Abspaltungsandrohungen gegenüber der Schwesterpartei. Ein anderer Grund ergibt sich aus dem in unseren Verfassungen zu Grunde gelegten, durchaus als gelungen zu bezeichnenden ausgeklügelten Streitsystem, mit dem *BVerfG* als allseits respektierten

* Der Autor ist Commercial Project Manager bei der STEAG New Energies GmbH, Saarbrücken.

1 Zu Südtirol vs. Italien, mit Hinweis auf andere Beispiele, Schottland etc., vgl. *Ulrich Ladurner*, Spalterische Leidenschaften, DIE ZEIT Nr. 45, v. 2.11.2017, 8.

2 ... bei der manche heutigen Geberländer anscheinend (oder scheinbar?) vergessen haben, dass sie selbst früher lange Jahre Nehmerländer waren, vgl. <http://www.zeit.de/news/2012-07/17/finanzen-hintergrund-auch-bayern-hat-lange-zeit-geld-bekommen-17162005>, abgerufen am 23.11.2017.

3 Zum Seelenkostüm einer „tief orientierungslosen“ Partei vgl. *Matthias Krupa*, Verbrauchte Kraft, DIE ZEIT Nr. 46, v. 9.11.2017, 1.

4 Zur verfassungsrechtlichen Situation – Einführung nur per Grundgesetzänderung – *Berwanger*, ZRP 2016, 56.

obersten Hüter der Verfassung.⁵ Man streitet zwar zuweilen, aber gesittet und gepflegt – und, wie sich das gehört, schön sauber nach den Formalien des Verfassungsprozessrechts.

Die Wahl Bayern für diesen Beitrag drängt sich im Übrigen geradezu auf, denn der Freistaat ist dafür geradezu prädestiniert. Google bietet bei der Stichwortsuche zu „Länder“ und „Abspaltung“ eine Fülle von Angeboten, die sich sämtlich auf Bayern beziehen,⁶ andere Bundesländer kommen nicht vor. Schon 1871 gab es für Bayern Extraweißwürste.⁷ Und der Landtag des Freistaats lehnte 1949 die Ratifizierung des Grundgesetzes ab, fasste aber mit einer zweiten Abstimmung den Beschluss, dessen Rechtsverbindlichkeit auch für Bayern anzuerkennen.⁸ Die Bayernpartei bietet auf ihrer Internetseite eine verfassungsrechtliche Anleitung zur Verfolgung ihres Ziels, warum und wie es funktionieren könnte.⁹

2. Kritische Rückfragen zur hM

Die als hM anzusehende Sicht lehnt die verfassungsrechtliche Möglichkeit einer Länderabspaltung ab. Das *BVerfG*¹⁰ wörtlich:

„In der Bundesrepublik Deutschland als auf der verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes beruhendem Nationalstaat sind die Länder nicht ‚Herren des Grundgesetzes‘. Für Sezessionsbestrebungen einzelner Länder ist unter dem Grundgesetz daher kein Raum. Sie verstoßen gegen die verfassungsmäßige Ordnung.“

So auch der Main Stream in der Literatur.¹¹ Die Begründung verengt sich im Kern auf den Begriff des *Nationalstaats*, wie er dem Grundgesetz, unter Einbeziehung von dessen Entstehung¹² und als dessen prägende Richtschnur für etliche Einzelregelungen, zu unterlegen sei. Basis hierfür ist die Lehre vom Fortbestand des Deutschen Reichs. Danach ist das Grundgesetz als eine vom deutschen Volk geschaffene Verfassung anzusehen – in Fortsetzung des zuvor, durch die Kapitulation vom 8.5.1945, nicht untergegangenen Nationalstaats.¹³ Der Geltungsgrund des Grundgesetzes sei daher keine vertragliche Angelegenheit der Länder gewesen, Art. 144 GG ändere daran nichts. Nicht einmal zur gesamten Hand können daher die Länder über das Grundgesetz verfügen und sich daher ihm auch nicht einseitig entziehen.¹⁴ Mit Hinweis auf die Reichsverfassung von 1871¹⁵ wird auch verfassungsgeschichtlich argumentiert, indem ein positivrechtlich gestütztes Ewigkeitspostulat ins Feld geführt wird.¹⁶

Ob das in Zeiten des „Geht nicht, gibt’s nicht“¹⁷ im Endergebnis so aufrechterhalten werden kann, ist die kritische Rückfrage dieses Beitrags – auch wenn sie sich dem Verdacht der Unseriosität aussetzen mag.¹⁸ Unbeschadet des Versuchs einer Interpretation der vorstehend zitierten *BVerfG*-Entscheidung (... *unter dem Grundgesetz* ...) – die von der hM intendierte Apodiktik, mit einem mehr als unerschwelligen *Niemals!*, wirkt wie ein *Nationalstaat-Basta!*. Sie legt damit eine verengte, mehr oder weniger rein begriffsjuristische Sicht nahe.¹⁹ Jahreszeitgemäß sieht sich demgegenüber der Autor veranlasst, zu fragen: Sollte es vielleicht nicht doch so sein können, dass die Bundesländer noch im Besitz eines wärmenden Mantels der Souveränität sind – um gegebenenfalls allein in die Kälte gehen zu können? Oder muss man wirklich annehmen, dass sie ihre Mäntel an der Garderobe der Verfassung des Grundgesetzes endgültig abgegeben haben, ohne Erhalt einer Kleidermarke? Mehr noch, haben die Länder das Foyer sogar schon ohne Mäntel betreten? Falls ja, wann und wie gingen die Mäntel verloren? Gibt es für die Länder Möglichkeiten, sich ihre Mäntel wieder irgendwie zurück zu erkämpfen? Wie ist das gegebenenfalls prozedural anzustellen und prozessual auszufechten?

II. Ansätze des Verfassers

1. Fragestellungen

Übersetzt in Rechtssprache lautet die Dramaturgie dieses bayerischen Mantel-und-Degen Films mit der Jagd nach dem Trachtenjanker: Ob und wie könnte/müsste/sollte es funktionieren, würde sich ein Bundesland, also Bayern, zu einer Abspaltung entschließen? Wenn festzustellen sein sollte, dass das abspaltungswillige Land mangels nicht mehr vorhandener Souveränität darüber allein bei sich und für sich gar nicht befinden darf, stellt sich die Folgefrage, ob das Land einen Anspruch haben könnte. Und zwar einen Anspruch

- 5 Was dazu führt, dass Vollstreckung und andere Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung von Entscheidungen des *BVerfG*, auch bei den so genannten kontradiktorischen Verfahren, trotz § 35 *BVerfGG*, in der Praxis nicht vorgesehen sind, vgl. *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, 591 Rn. 1485.
- 6 Zum Beispiel „Bayern kann es auch allein“, vgl. <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2012-08/bayern-csu-abspaltung>, abgerufen am 24.11.2017.
- 7 Beim vertraglichen Beitritt Bayerns zur Verfassung des Deutschen Bundes gab es eine Reihe von bayerischen Sonderregelungen, vgl. Deutsches RGBL. Bd. 1871, Nr. 5, 9–26.
- 8 Vgl. dazu *Badura*, Staatsrecht, 6. Aufl. 2015, 33; *Peter M. Huber*, Rede zum Festakt des 65. Verfassungstages, am 1.12.2011, Die Bayerische Verfassung als lebendige Grundlage politischen und gesellschaftlichen Lebens, https://www.bayern.landtag.de/fileadmin/user_upload/freigegeben_Prof_Huber.pdf, abgerufen am 23.11.2017.
- 9 <http://landesverband.bayernpartei.de/unabhaengigkeit/juristische-Wege-zur-eigenstaatlichkeit/>, abgerufen am 23.11.2017.
- 10 *BVerfG*, Beschl. v. 16.12.2016 – 2 BvR 349/16, BeckRS 2016, 110070, Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde; zust.: *Hillgruber*, JA 2017, 238.
- 11 *Isensee/Kirchhof*, HdB d. Staatsrechts IV, 3. Aufl. 2008, § 126 Rn. 63, 159, 310; *Badura*, Staatsrecht 2015, 413; *Sachs/Huber*, GG-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Präambel Rn. 23, Art. 144 Rn. 8, s. auch Fn. 8; *Schmidt-Bleibtreu/Hopfauf*, GG Kommentar, 14. Aufl. 2018, Präambel Rn. 14, 40; *Christoph Möllers*, Hysterie um Katalonien, DIE ZEIT Nr. 45, v. 2.11.2017, 46 (ohne Begründung); differenzierend *Rolf Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, 15. Aufl. 2015, 26 Rn. 70.
- 12 *Peter M. Huber*, Rede zum Festakt des 65. Verfassungstages, am 1.12.2011, Die Bayerische Verfassung als lebendige Grundlage politischen und gesellschaftlichen Lebens, https://www.bayern.landtag.de/fileadmin/user_upload/freigegeben_Prof_Huber.pdf, abgerufen am 23.11.2017, 2, mit Hinweis auf *BayVerfGH*, BayVBl 1991, 561: 1949 gab es keinen Beitritt Bayerns zum Bund, weil man nicht zu etwas beitreten könne, zu dem man schon gehört.
- 13 Die Fortbestandslehre ist die hM, vgl. *BVerfGE* 1, 16; *Badura*, Staatsrecht 2015, 61, und die Hinweise bei *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, 22.
- 14 *Hillgruber*, JA 2017, 238 (240); *Schmidt-Bleibtreu/Hopfauf*, GG-Kommentar 2018, Präambel Rn. 14.
- 15 *Zippelius/Würtenberger*, Staatsrecht 2008, 5, skizzieren die auf das Grundgesetz hinführenden „Traditionslinien“ der Vorgängerverfassungen; insbesondere die Tradition des Bundesstaats in der Verfassung von 1871 sei für das Grundgesetz von Bedeutung.
- 16 *Hillgruber*, JA 2017, 238 (239), bemüht den Wortlaut der Präambel von 1871, wo von einem „ewigen Bund“ die Rede war. Er zieht daraus Rückschlüsse für den Bundesstaat auch nach dem Grundgesetz. Das Argument ist nicht stichhaltig und zudem methodisch fragwürdig, es könnte gerade umgekehrt ein Schuh daraus werden: „Ewig“ fehlte schon in der Präambel der Weimarer Reichsverfassung von 1919 und fehlt auch im Grundgesetz – vielleicht könnte das sogar als ein bedredtes Schweigen gedeutet werden? Selbst die Verfassung des deutschen Bundes von 1815 – zwar ein Staatenbund, immerhin aber mit bundesstaatlichen Zügen (*Kloepfer*, Verfassungsrecht I, 2011, 50) – hatte sich trotz eines ausdrücklichen Austrittsverbots für Einzelstaaten (Art. 5) und wesentlich weitergehender Adjektive (unauflöslicher Verein, unabänderlich, unabweichlich), vgl. idF der Wiener Schlussakte vom 15.5.1820, nicht als ewigkeitsfest erwiesen.
- 17 Wohl aus einer Baumarktwerbung aus den 2000er Jahren in den allgemeinen Sprachgebrauch gekommen, vgl. bei www.redensarten.de. Für Leser, denen dies zu trivial ist, wird auf soziologische Abhandlungen zur Kontingenztheorie verwiesen, vgl. etwa *Luhmann*, Soziale Systeme, 1984/1985. Knapp formuliert besagt sie, dass alles immer auch ganz anders kommen kann.
- 18 *Hillgruber*, JA 2017, 238 (240): Es gibt keine seriösen Stimmen, die einen Austritt eines Bundeslandes aus der Bundesrepublik Deutschland für verfassungsrechtlich zulässig erachten.
- 19 Zu „Verfassung im Wandel“ und „Offenheit der Verfassung“ vgl. etwa *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, 3. Aufl. 2017, 56.

gegen den Bund und/oder das „Deutsche Volk“, das Land ziehen zu lassen. Etwa in Form der Umsetzung per Grundgesetzänderung und wenn das wegen Art. 79 III GG nicht gehen sollte, gar über den Weg des Art. 146 GG? Wenn im Ergebnis kein Anspruch auf „Erfüllung“ bestehen sollte, vielleicht besteht jedenfalls ein Anspruch auf Annahme des Anliegens und auf „fehlerfreie Bescheidung“ – unter Würdigung und Gewichtung von Gegenrechten? Falls alle vorstehend skizzierten positiv-rechtlichen Wege versperrt sein sollten – könnten übergeordnete rechtliche Kategorien eingreifen, Naturrecht/Vernunftrecht? Könnte das *BVerfG* in einem Rechtsstreit alle Themen beurteilen oder unterlägen gegebenenfalls vorhandene, nicht überprüfbare politische Spielräume infolgedessen nicht der Jurisdiktion?²⁰ Vor dem *BVerfG* gilt ein Amtsermittlungsgrundsatz, vgl. § 26 I 1 *BVerfGG*,²¹ Überlegungen analog zu zivilprozessualen Darlegungs- und Beweislasten stellen sich bei einem solchen Streitgegenstand nicht. Das allgemeine materiell-rechtliche Motto „Kein Anspruch ohne Anspruchsgrundlage“ gilt gleichwohl.

2. Rechtsquellen/Methodisches

Der Autor war bemüht, sämtliche einschlägigen nationalen Rechtsquellen (dazu auch EU-rechtliche) zu recherchieren und zu bewerten. Ausgehend von dem Grundgesetz insgesamt, etlichen Einzelregelungen darin (incl. der Präambel) und dessen historischen Materialien, gehörten dazu auch die Sichtung von Vorgängerverfassungen und von deren Materialien. Dazu kam die Analyse einschlägiger Gerichtsentscheidungen und Normen, gesetzlicher (zB *BVerfGG*, *BayVerf.*) und vertraglicher Natur (Einigungsvertrag vom 31.8.1990, Vertrag von Lissabon vom 13.12.2007). Anhand einer Zusammenschau²² von all dem soll das historisch-überkommene, sowie das nach wie vor aktuell gültige Bild zu Schlüsselbegriffen wie Bundesstaat, Nationalstaat oder Souveränität²³ sichtbar gemacht werden. Anhand der Anwendung der klassischen juristischen Auslegungsarten, mit Blick auf gegebenenfalls erkennbare Anzeichen von Tendenzen eines (stillen) Verfassungswandels, wurde dieser Weg verfolgt.²⁴ Nicht alle gewonnenen Erkenntnisse sind in dem beschränkten Rahmen dieses Beitrags darstellbar. Auch müssten manche Themen aufgrund ihrer ausufernden Komplexität sicherlich weiterverfolgt werden, um das Ergebnis nachhaltiger zu untermauern. Das gilt insbesondere für die am Ende des Beitrags in Betracht gezogene Bejahung eines Natur-/Vernunftrechts als Anspruchsgrundlage, die sich auf rechtsphilosophische und – theoretische Theorienkaskaden zu Recht, Legitimation, Staat, Demokratie und Gerechtigkeit stützt.

III. Abspaltung des Freistaats Bayern – materiell-rechtliche Ansatzpunkte

1. Grundgesetzänderungen, Art. 79 I 1, II GG

Eine Abspaltung Bayerns würde ohne Grundgesetzänderungen nicht möglich sein. Das ergibt sich zunächst anhand der Präambel, denn das Land ist in deren Länderlistung aufgeführt. Diese müsste geändert werden, indem Bayern gestrichen wird. Als Bestandteil des Grundgesetzes kann die Präambel nur im Verfahren und unter den Voraussetzungen des Art. 79 GG geändert werden.²⁵ Zudem ist jedes Landesgebiet auch Bundesgebiet. Daher würde der Austritt Bayerns zur Verschiebung der Außengrenzen der Bundesrepublik Deutschland führen, was womöglich ebenfalls eine textliche Änderung geböte. Änderungen des Bundesgebiets gehören als auswärtige Angelegenheit zur Materie der ausschließlichen Bundesgesetzgebung (Art. 73 I 1 Nr. 1 GG).²⁶ Ein Gehenlassen Bayerns würde als *lex bavaria* zusätzlichen Änderungsbedarf am Text des Grundgesetzes (Art. 138 GG)

verursachen. Sicherlich gäbe es andere Weiterungen, etwa aufgrund evtl. notwendiger neuer Stimmgewichtungsverteilungen (zB im Bundesrat) und hinsichtlich sonstiger Regelungen (Art. 146 GG?). Auch wäre der Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit dem neuen auswärtigen Nachbarn wahrscheinlich.²⁷

2. So genannte Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG – Nationalstaat vs. Ländersouveränität

Würde durch das Zulassen einer Abspaltung eine prinzipielle Preisgabe der in Art. 79 III GG aufgeführten Grundsätze festzustellen sein, würde das deren „Berührung“ bedeuten. Die ist nach der Rechtsfolge der Norm schlechthin unzulässig, verboten. Grundsätze wären hingegen von vornherein nicht berührt und gegen das Verbot ihrer prinzipiellen Preisgabe würde nicht verstoßen, wenn ihnen im Allgemeinen Rechnung getragen wird und sie für nur eine Sonderlage, entsprechend deren Eigenart aus evident sachgerechten Gründen, modifiziert werden.²⁸ Als in Art. 79 III GG aufgeführter Grundsatz berührt sein könnte von einer Abspaltung die *Gliederung des Bundes in Länder*. Auch das *Bundesstaatsprinzip*, das in Art. 20 I GG festgelegt ist, kann betroffen sein. Es ist hM, dass durch den (territorialen) Wegfall eines Bundeslandes der Gliederungs-Grundsatz des – ohnehin nur – „labilen Bundesstaats“²⁹ nicht berührt wird.³⁰ Anders kann sich das mit dem Bundesstaatsprinzip, einschließlich aller davon betroffener Implikationen (ua bundesfreundliches Verhalten³¹), verhalten. Insbesondere könnte sich aus einer vom Bundesstaatsprinzip nicht mehr gedeckten, weil zu weitgehend vom Bund zugelassenen Länderfreiheit, eine Aufgabe der Eigenstaatlichkeit des Bundes selbst ergeben.³² Eine verbotene prinzipielle Preisgabe im soeben angesprochenen Sinn könnte mangels des Vorliegens evident sachgerechter Gründe mit einiger Gewissheit angenommen werden, wenn der Nationalstaatsgedanke so übermächtig in der Verfassung hinterlegt ist, dass eine gegenläufige Ländersouveränität inhaltlich verdrängt wird. Alle

20 Politische Gestaltung vs. Richterliche Streitentscheidung, vgl. *Badura*, Staatsrecht 2015, 854.

21 *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht 2012, 136 Rn. 299.

22 Grundsätze und Leitideen können sich durch eine Zusammenschau von verfassungsrechtlichen Einzelbestimmungen und aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes ableiten lassen, kritisch zu diesem Theorem eines „vorverfassungsmäßigen Gesamtbilds“ *Kloepfer*, Verfassungsrecht 2011, 25.

23 Angewandt wird hier der Begriff der rechtlichen Unabhängigkeit, so genannte äußere Souveränität, vgl. dazu *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, 38.

24 *Zippelius/Würtenberger*, Staatsrecht 2008, 59, 71 ff.

25 *Schmidt-Bleibtreu/Hopfauf*, GG 2018, Präambel Rn. 7 ff.

26 *Zippelius/Würtenberger*, Staatsrecht 2008, 29.

27 Art. 79 I 2 GG: Friedensregelung oder Abbau einer besatzungsrechtlichen Ordnung als Vertragsgegenstände sollten wohl nicht in Betracht kommen.

28 *Schmidt-Bleibtreu/Sammwald*, GG 2018, Art. 79 Rn. 40; auch *BVerfGE* 30, 1 = NJW 1971, 275, mit Hinweisen zum Sinngehalt von Berührung mit Entsprechung zu Antasten des Wesensgehalts im Sinne Art. 19 II GG.

29 So schon *BVerfGE* 1, 14, „Südweststaat“.

30 Wegen Art. 29 GG ist die Anzahl der Bundesländer grundsätzlich variabel, vgl. etwa *Hömig-Wolff/Schnapauff*, GG Kommentar, 11. Aufl. 2015, Art. 79 Rn. 4.

31 *Schmidt-Bleibtreu/Sammwald*, GG 2018, Art. 79 Rn. 58: Bundestreue, grundsätzliche Gleichheit der Länder und deren Statusgleichheit als Ausprägungen des Bundesstaats.

32 *Schmidt-Bleibtreu/Sammwald*, GG 2018, Art. 79 Rn. 57 (mwN). Der Bund wird hier quasi vor sich selbst geschützt, indem es ihm verwehrt ist, über eine Gesetzesmaterie in der Weise zu disponieren, dass sie dem Totalzugriff der Länder auch insoweit preisgegeben wird, als die gesamtstaatliche Aufgabe nur vom Bund sachgerecht wahrgenommen werden kann. Ein „Ausbüxen-Lassen“ eines Landes durch den Bund könnte, insbesondere wegen des Risikos der Nachahmung, diesen Tatbestand ausfüllen.

Fragen betreffen damit die Thematik *Nationalstaat vs. Ländersouveränität*, deren Beantwortung zugleich auch über das Ja oder Nein einer Anspruchsgrundlage entscheidet. Die Antworten des Autors auf diese Fragen entsprechen inhaltlich der hM. Die Umsetzung einer Abspaltung eines Bundeslandes verstieße nach seiner Meinung gegen Art. 79 III GG.

Nation ist die vom Bewusstsein der (politischen) Zusammengehörigkeit geprägte Abstammungs-, Kultur- und Schicksalsgemeinschaft im natürlichen Sinne, Staatsvolk ist die Summe der Staatsangehörigen, die durch die gleiche Staatsangehörigkeit (Art. 116 I GG) verbunden ist. Fällt beides zusammen, bildet diese Einheit einen Nationalstaat.³³ Danach ist Deutschland ein Nationalstaat und das (Teil-)Volk der Bayern in seinem Freistaat gehört dazu. Zwar greifen nach Meinung des Autors nicht alle insofern von Vertretern der hM ins Feld geführten positiv-rechtlichen Argumente.³⁴ Andere entgegenstehende Hindernisse, an die man vielleicht auch noch denken könnte, bestehen ebenfalls nicht.³⁵ Das Ergebnis wird jedoch wesentlich von der Fortbestandslehre und von vorhandenen eindeutigen positiv-rechtlichen Ansatzpunkten in den Verfassungen (vgl. Präambel: Das Deutsche Volk ist der Verfassungsgeber – und nicht die Bürger Bayerns; zB auch Art. 28 I 1 GG und Art. 37 I GG, Art. 178 BayVerf.) getragen. Der point of no return³⁶ hinsichtlich des Verlusts der Ländersouveränität hatte schon vorher stattgefunden.³⁷ Er wurde durch das Grundgesetz nicht wieder rückgängig gemacht, sondern perpetuiert. Die Länder kamen also schon ohne Mäntel im Foyer des Grundgesetzes an.

Dagegenstehende Anhaltspunkte im Grundgesetz und zu dessen Entstehungsgeschichte,³⁸ das gilt für Art. 29 GG (analog) und für Art. 25 S. 1 GG (mit Art. 1 Nr. 2 und Art. 55 der UN-Charta),³⁹ zugunsten Bayerns lassen sich nicht finden. Art. 29 GG erschiene tatbestandlich schon arg weit hergeholt, dessen analoge Anwendung kommt jedenfalls mangels der Möglichkeit, von einer planwidrigen Lücke ausgehen zu können, nicht in Betracht. Auf das in der UN-Charta hinterlegte Selbstbestimmungsrecht der Völker, welches gem. Art. 25 S. 1 GG als „allgemeine Regel des Völkerrechts“ Bestandteil des Bundesrechts ist, kann Bayern sich auch nicht stützen. Es scheitert am Volksbegriff, denn unter diesen Begriff der UN-Charta werden im Wesentlichen nur rassische, religiöse oder sprachliche⁴⁰ Minderheiten gefasst.⁴¹

EU-rechtliche Themen, die gegen eine Abspaltungsinitiative stehen könnten, werden nicht gesehen. Zwar ist jeder Mitgliedstaat allgemein verpflichtet, seinen Laden in Ordnung zu halten. Dass die EU Deutschland rechtlich anhalten könnte, den Bayern Paroli zu bieten, ist aber nicht ersichtlich.⁴² Das EU-rechtliche Austrittsrecht⁴³ bezieht sich nach seinem Wortlaut im Übrigen nicht auf ein Bundesland, denn es ist nur Teil des „Mitgliedstaats“. Trotz des freundlich-vorsorglichen Hinweises der EU gegenüber Katalonien (*Euch nehmen wir nicht auf!*) würde sich dennoch die Frage stellen, ob durch einen Austritt Bayerns dem Freistaat die Rechte aus den europäischen Verträgen erhalten blieben. Deren Beantwortung hängt von der Rechtsnatur der EU selbst ab.⁴⁴

3. Endschaftsklausel Art. 146 GG

Der Spruch *Hic sunt leones*⁴⁵ ist zwar nicht gerade angebracht. Dennoch, es sind angesichts des absoluten Ausnahmecharakters der bisher kaum praxisrelevanten Vorschrift⁴⁶ noch nicht alle Facetten der Norm ausgeleuchtet. Erleuchtung würde womöglich der Auftritt der bayerischen Löwen bringen. Unter dem Strich dürfte ihn aber dieser Weg ebenfalls nicht zum Ziel führen. Die Norm besagt, dass das

Grundgesetz die endgültige Verfassung ist, es steht in seiner Geltung nicht mehr zur Disposition. Das Grundgesetz kann seine Geltung nur durch einen freien und demokratischen Beschluss des Deutschen Volkes über eine neue Verfassung verlieren, wobei wohl vorgängige Entscheidungen der verfassungsändernden Organe Bundestag und Bundesrat (jeweils mit 2/3, Mehrheit) notwendig wären.⁴⁷ Es wird angenommen, dass sich aus Art. 146 GG „kein subjektives öffentliches (Grund) Recht auf Verfassungsablösung herleiten lässt“.⁴⁸ Eine positive demokratische Beschlussfassung des Deutschen Volkes im Sinne Bayerns wäre wohl ohnehin auszuschließen, weil sie kaum erfolgen dürfte, nur weil eine Minderheit dies fordert. Zwar muss jede Minderheit grundsätzlich die Chance und das Recht haben können, durch Überzeugungsarbeit mehrheitsfähig zu werden. Hier handelt es sich jedoch nicht nur um eine Minderheit, sondern es sollen deren reine Partikularinteressen umgesetzt werden. Trotz einer möglichen Haltung „Reisende soll man nicht aufhalten“ – dass dies gelingen könnte, erscheint mehr als fraglich.

4. Naturrecht/Vernunftrecht zugunsten von Bayern

Naturrecht ist ein Sammelbegriff für die der Natur innewohnenden, zeitlos gültigen, den Menschen vorgegebenen Rechtssätze, die über den von den Menschen gesetzten Rechtssätzen stehen. Das Naturrecht kann als Schranke bzw. Korrektiv des gesetzten Rechts dienen.⁴⁹ *Vernunftrecht* ist

33 Georg Scholz, Grundgesetz II, 2. Aufl. 1984, 34; vgl. auch Kloepfer, Verfassungsrecht 2011, 11.

34 So zB die arg rabulistisch anmutenden Hinweise zu Art. 23 S. 2 GG aF (wegen des dortigen Fehlens von „Reduktion“) oder auf Art. 21 II 1 GG (Bestandgefährdung), vgl. dazu Hillgruber, JA 2017, 238 (240).

35 Ein bundesunfreundliches Verhalten wird man wegen der nur akzessorischen Natur dieses Instituts (vgl. BVerfGE 104, 238 = NVwZ 2002, 591) nach Meinung des Autors bei einer Abkehr schon tatbestandlich nicht annehmen können. Das Verlassen des Verbandes überlagert sozusagen das tägliche operative Klein-Klein und ist damit rechtlich eine gänzlich andere Nummer – auch wenn sie beim Rest der Republik womöglich große emotionale Enttäuschung hervorrufen würde.

36 Begriffswahl von Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 17. Aufl. 2017, 64.

37 Nämlich schon mit der Verfassung von 1871 und fortgesetzt mit der Weimarer Reichsverfassung.

38 In den Materialien findet sich beim Ausschuss für Grundsatzfragen des Parl. Rates zu der in 1. Lesung angenommenen Präambelfassung der Hinweis, dass man sich zu „ewig“ später noch einmal beraten wollte (Drs. Nr. 203 v. 18.10.1948, vgl. <http://www.verfassungen.de/de/de49/grundgesetz-entwurf1-48-i.htm>, abgerufen am 10.12.2017). Es wurden zu den späteren Lesungen keine weiterführenden Hinweise gesichtet, dass sich man zu „ewig“ und dessen Nichtaufnahme in den Text (s. o. Fn. 16) weiter befasst hat. Selbst wenn es solche doch geben sollte, angesichts des lediglich unterstützenden Charakters der historischen Verfassungsinterpretation (Kloepfer, Verfassungsrecht 2011, 29 Rn. 150) könnte das angesichts des klaren Ergebnisses, gewonnen nach anderen Auslegungsarten, schwerlich den Ausschlag geben.

39 Ansatz der Bayernpartei, s. o. Fundstellenhinweis bei Fn. 9.

40 Zwar insoweit vielleicht ein Grenzfall, aber das wird man letztlich auch für Bayern nicht annehmen können.

41 Hillgruber, JA 2017, 238 (240, Fn. 20).

42 Vgl. auch Christoph Möllers, Hysterie um Katalonien, DIE ZEIT Nr. 45, v. 2.11.2017, 46.

43 Art. 50 EU Vertrag, Lissabonvertrag.

44 Bloß eine „Kreatur“ ihrer souveränen Mitgliedsstaaten oder Schöpferin einer eigenen, von den Mitgliedsstaaten autonomen Rechtsordnung? – so Christoph Möllers, Hysterie um Katalonien, DIE ZEIT Nr. 45, v. 2.11.2017, 46.

45 Karteninschrift in mittelalterlichen Landkarten zum afrikanischen Kontinent, soweit Gebiete noch nicht erforscht waren.

46 Eine Änderung erfolgte im Zusammenhang mit dem Einigungsvertrag. Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht 2017, 68 Rn. 120, meinen, die Norm habe keineswegs nur theoretische Bedeutung.

47 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann, GG 2018, Art. 146 Rn. 8.

48 Wörtlich: v. Mangoldt et al./v. Campenhausen/Unruh, GG Kommentar III, 6. Aufl. 2010, Art. 146 Rn. 27; ob vielleicht das BVerfG mit seinem unter dem Grundgesetz (s. o. Fn. 10) den Weg des Art. 146 GG oder sogar den über Natur-/Vernunftrecht gemeint haben könnte, ist unklar.

49 Köbler, Jur. Wörterbuch, 16. Aufl. 2016, 295.

die säkularisierte Spielart.⁵⁰ Das *BVerfG* hat sich in seiner Spruchpraxis mehrfach damit befasst und sich dazu geäußert, anfänglich überaus dezidiert: „Das *BVerfG* erkennt die Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgeber bindenden Rechts an und ist zuständig, das gesetzte Recht daran zu messen.“⁵¹ Die wohl herrschende Rechtslehre bemüht sich demgegenüber ersichtlich, den Einfluss von Naturrecht klein zu reden. Es sei für heterogene Gesellschaften zunehmend unergiebig, auch habe das Völkerrecht die Idee abgelöst.⁵² Zwar mag man darüber räsonieren, was es bedeuten könnte, dass sich das *BVerfG* später dazu so deutlich nie wieder geäußert hat. Dennoch, sein Statement steht, es wurde nicht ausdrücklich relativiert und auch in der – insbesondere rechtstheoretischen und – philosophischen – Literatur finden sich etliche beipflichtenden Stimmen zum Naturrecht. Angesichts der rechtlichen Aufarbeitung gravierender Ereignisse (NS Vergangenheit, Mauerschützen-Prozesse) war und ist immer wieder von der Renaissance des Naturrechts die Rede.⁵³

Auch wenn zu konzedieren ist, dass die Auseinandersetzung mit Fragen der Gerechtigkeit selten zu abschließenden Antworten findet⁵⁴ – der Autor sieht gewichtige Ansatzpunkte, dass ein solcher Gerechtigkeitsanspruch „der Bayern“, im Zusammenhang mit demokratischen Autonomieansätzen, bestehen kann. Er geht einher und wird unterstützt von anderen außer-rechtlichen gesellschaftlichen Kategorien (politisch-historischer Anspruch).⁵⁵ Ein Nationalstaat, letztlich der „Staat“ allgemein, ist als nur virtuelle Kunstschöpfung von Menschen eine bloße Fiktion. Das verhält sich ähnlich wie bei der menschlichen Kunstschöpfung der juristischen Person, die, als rechtsfähig deklariert, neben natürliche Personen gestellt wird. Menschen treten ihrem Staat nur so viel von ihrer Rechtsstellung ab, wie ihnen notwendig erscheint, um die Rahmenbedingungen zu schaffen, unter denen sie ihre Freiheit nutzen können und wollen.⁵⁶ Recht soll aber den Menschen dienen und nicht die Menschen dem Recht. Die demokratische Rechtfertigung (Legitimation) eines Staates⁵⁷ trägt nur soweit und solange, wie die Menschen das wollen. Demokratie gibt es auch außerhalb der Verfassung.⁵⁸ Und Menschen können ein vorher gegebenes Wort auch wieder einkassieren. Wenn nun eine beachtenswerte Teilgruppe⁵⁹ von Menschen eines größeren Verbandes – historisch legitimiert, geordnet, frei, seriös und autorisiert und all dies glaubhaft belegend – erklärt, dass sie ihre Herrschaft anders organisieren will und mit ihrem Teilverband raus will – wie könnte eine Fiktion dann wirklich bewirken sollen, dass es nicht geht – und das dann auch noch auf ewig?! Das gilt auch und gerade dann, wenn diese Teilgruppe ihrerseits in einer Fiktion als Teilstaat organisiert aufritt – und diese Fiktion als Vehikel für den Austritt nutzen will. Demgegenüber bleibt dem Gesamtstaat dann nur noch die Macht des besseren Arguments, sonst nichts. Die Stärke seines Gewaltmonopols mit der Überzeugungskraft seiner Legitimitätsressourcen zu verwechseln,⁶⁰ bringt ihn jedenfalls nicht weiter. Dass Bayern bei seiner Kündigung eine mehrjährige Auslauffrist zu beachten hätte, versteht sich von selbst. Seine Erklärungsgegner genießen Vertrauensschutz, denn auch ein naturrechtlich gestützter Austritt hat Grundsätze von Treu und Glauben zu respektieren.

5. Procedere/Prozessuales

Wie gezeigt: Nach der aktuellen positiv-rechtlichen Verfassungslage sind Abspaltungsbestrebungen, die innerhalb Bayerns umgesetzt werden sollen, verfassungswidrig. Dies gilt für Beschlussfassungen des bayerischen Landtages ebenso wie vom Landtag oder sonst wie initiierte Volksbegehren

oder – entscheide (Art. 71, 72 I, 73, 74, 75 II BayVerf.; Art. 63 ff. BayLWG). Wenn man einem natur-/vernunftrechtlich begründeten Anspruch auf Austritt nähertritt, müssen auch prozedurale Vorschriften entsprechend anders gehandhabt werden. Es müsste dem Land durch ein Gewährlassen die Chance eingeräumt werden, eine entsprechend klare und dezidierte Meinung für einen Bayernexit für sich zu ermitteln – auch um sie gegenüber dem Rest der Republik belegen zu können.⁶¹ Das bedürfte sicherlich der vorgängigen Schaffung einer bayerischen Gesetzesregelung in Form einer Verfassungsänderung, Art. 75 I 2 LV Bay müsste entsprechend flexibel angewandt werden. Maßnahmen des Bundeszwangs (Art. 37 I GG) dürften nicht gegen das Land ergriffen werden. Je nach Gestaltung bzw. Entwicklung eines streitigen Sachverhalts wären verfassungsprozessual eine abstrakte Normenkontrolle (Art. 93 I Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6 BVerfGG), eine konkrete Normenkontrolle (Art. 100 GG, § 13 Nr. 11 BVerfGG) und ein Bund-Länder-Streit (Art. 93 I Nr. 3 GG, § 13 Nr. 7 BVerfGG) denkbar. Auch wäre die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 I Nr. 4 a GG, § 13 Nr. 8 a BVerfGG) wieder⁶² möglich. Bei einem Verfahren beim *BVerfG* würden Rechtsfragen deutlich die politischen Aspekte dominieren, das Gericht könnte also bei seiner Prüfung in die Vollen gehen.

IV. Resümee

Die Verfassung des Grundgesetzes erweist sich für ein abspaltungswilliges Bundesland als unüberwindliches Bollwerk. Selbst die Verfassungsablösungsvorschrift des Art. 146 GG hilft ihm nicht, weil deren Charakter als Anspruchsgrundlage fraglich ist und zudem rein praktisch über diesen Weg wenig bis gar keine Erfolgsaussicht bestünde. *Bis dass der Tod Euch scheidet ...* gilt aber in der Absolutheit

50 „Rationales Naturrecht“ vgl. zB *Schöbener/Knauff*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 2013, 206 Rn. 118.

51 *BVerfGE* 1, 14, Ls. 27 (Südweststaat).

52 Vgl. *Maunz/Dürig/Herdegen*, GG Kommentar, Lfg 74, Mai 2015, Präambel Rn. 41 ff.; in diesem Sinn wohl auch *Kloepfer*, Verfassungsrecht 2011, 25 Rn. 130; differenzierend *Kabl/Waldhoff/Walter* (Hrsg./Murswiek, Bonner Kommentar, 119. Akt., Sept. 2005, Präambel Rn. 210 f).

53 Vgl. zB *Schöbener/Knauff*, 2013, 207 Rn. 122; *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 2016, 226; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie pp., 1. Aufl. 2006, 142; auch *Heussen*, ZRP 2017, 212.

54 *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie 2006, 49; ähnlich *Christoph Möllers*, Hysterie um Katalonien, DIE ZEIT Nr. 45, v. 2.11.2017, 46: „Für den alten Widerspruch zwischen staatlicher Souveränität und demokratischer Selbstbestimmung gibt es keine allgemeine Lösung.“

55 Land und Leute blicken auf eine Geschichte zurück, die bis in die Spätantike der Völkerwanderungszeit reicht. Zur Neuzeit vgl. die Info des Hauses der Bayerischen Geschichte, <http://www.hdbg.de/basis/index.php>.

56 So eine These der liberalen Demokratietheorie, vgl. *Mastronardi*, Verfassungslehre, 1. Aufl. 2007, 74 Rn. 235, mit Erläuterungen zu drei weiteren Demokratietheorien.

57 Vgl. dazu *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre 2017, 111.

58 *García Düttmann/Menke*, Für Katalonien!, DIE ZEIT Nr. 44, v. 26.10.2017, 40. Sie verweisen auf einen Enthusiasmus von jungen und alten Wählern gleichermaßen, so dass auch von einer „rückwärts gewandten Kleinstaaterei“ nicht ausgegangen werden könne.

59 Selbst das (negative) Beispiel eines so genannten Reichsbürgers belegt die hier vertretene These: Ihm steht es selbstverständlich auch nach naturrechtlichen Grundsätzen nicht frei, sein eigenes Ding machen zu können. Es steht ihm aber frei, den Verband ganz zu verlassen.

60 *Christoph Möllers*, Hysterie um Katalonien, DIE ZEIT Nr. 45, v. 2.11.2017, 46.

61 *Christoph Möllers*, Hysterie um Katalonien, DIE ZEIT Nr. 45, v. 2.11.2017, 46, zu Katalonien: „Im Moment weiß niemand, ob es für die Unabhängigkeit eine Mehrheit gibt. Aber dass es eine Gelegenheit geben muss, dies verbindlich festzustellen, ist klar.“

62 *BVerfG*, Beschl. v. 16.12.2016 – 2 BvR 349/16, BeckRS 2016, 110070, Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde; zust.: *Hillgruber*, JA 2017, 238.

schon lange nicht mehr, hat eigentlich noch nie gegolten. Das hier in Erwägung gezogene Naturrecht, das sicher sehr viel weitergehender aufbereitet und analysiert werden müsste, um ein solches Ergebnis nachhaltig tragen zu können, gibt aber einem abspaltungswilligen Bundesland nach Auffassung des Autors viel mehr als nur einen ersten veritablen Ansatz.

Unabhängig von rechtlichen Erwägungen gilt aber, auch nach Meinung des Autors, der alte Spruch seit den Zeiten von *F. J. Strauß: Deutschland braucht Bayern, Bayern braucht Deutschland.* ■