

Prof. Dr. Dr. h. c. Hans Meyer

60487 Frankfurt am Main
Georg - Speyer - Straße 28
Telefon 069 - 77 01 20 26
Telefax 069 - 77 01 29 27
E-mail: hans.meyer.privat@web.de

10099 Berlin
Unter den Linden 6
Telefon 030 - 2093 3347
Telefax 030 - 2093 3364
E-mail: hans.meyer@rewi.hu-berlin.de

Berlin, den 8. Mai 2006

**Einige Überlegungen
zum
Entwurf einer Verfassungsänderung**

I.

Allgemeines

Die Notwendigkeit einer Neuordnung des bundesstaatlichen Verhältnisses ist evident, von Bundes- wie Länderseite anerkannt und von der Wissenschaft nicht bestritten. Es ist daher begrüßenswert, dass die Bemühungen um eine Reform nun zu einer abstimmungsfähigen Vorlage gediehen sind.

Die Vorlage hatte einen langen Vorlauf mit wechselnden Beteiligten. Von den internen Regierungsgesprächen zwischen Bund und Ländern, die kein Ergebnis, wohl aber eine wichtige Bestandsaufnahme erbrachten, über die Arbeit der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, die teilweise öffentlich und unter Mitwirkung von Sachverständigen arbeitete und über wesentliche Teile der jetzigen Vorlage Einigkeit erzielte, bis zur Weiterverhandlung über den nicht unwesentlichen Rest in sehr kleinem Kreis und den Eingang als sicherlich im Detail nicht debattierten Anhang des Koalitionsvertrages geht der Weg. Unorthodox ist nicht nur dieses Verfahren, sondern auch

der Wille, das Vorhaben schon in der Entwicklung auf einen Kompromiss hin anzulegen und nicht wie bei der Gesetzgebung - und Verfassungsänderungen erfolgen im Verfahren der Gesetzgebung - den Willen der Initianten, hier also des Bundes oder der Länder, zu artikulieren und den jeweils anderen zur Reaktion zu zwingen. Das verlangt interne Willensbildung und Artikulation nach außen, also öffentliche Begründung, und zwar auf beiden Seiten. Das präferierte Verfahren erspart die damit verbundene Transparenz, und so ist es nicht verwunderlich, dass nicht wenige „Begründungen“ der Vorlage sich in der Beschreibung dessen, was vorgeschlagen wird, erschöpfen und auf eine eigentliche Begründung verzichten. In nicht wenigen dieser Fälle geht es um Machtfragen, die in der Politik wie im Verfassungsrecht legitim sind, über die man aber lieber keine Worte verliert.

Wenn die Begründung so gelegentlich allzu spartanisch daherkommt, lässt sich der Entwurf doch an seinen eigenen Zielsetzungen messen, an seiner Einpassung in das bestehen bleibende Verfassungsgefüge, an der Übereinstimmung von Begründung und gewählten Mitteln und schließlich auch daran, ob er erneut, wie bei der Verfassungsreform 1994, politisch zu entscheidende Fragen mangels Einigungskraft an das Bundesverfassungsgericht zur freien Entscheidung „delegiert“ und sich damit der politischen Verantwortung entzieht.

Der Entwurf schweigt zu einer Neuordnung der Länder, obwohl es mittlerweile nicht mehr mit dem politischen Tod bestraft wird, wenn sich Politiker dazu positiv - und sei es für die nächste Generation - äußern. Für diese Enthaltensamkeit muss man Verständnis aufbringen, weil nach Lage der Dinge die Reform sonst nicht einmal so weit gediehen wäre. Wofür es aber schwer fällt, Verständnis aufzubringen, ist die Tatsache, dass man nicht einmal gewillt ist, der nächsten Generation den Weg zu einer sinnvollen Neuordnung zu ebnen und den Art. 29 GG zu reformieren, dessen Funktion in der derzeitigen Fassung weitgehend ist, Neuordnungen zu verhindern.

Der Entwurf schweigt auch zum Finanzausgleich. Auch dafür ist Verständnis aufzubringen. Es ist in den fast 60 Jahren Bundesrepublik noch nie gelungen, den Finanzausgleich auf eine so lange Zeit, nämlich 15 Jahre, vorher festzulegen, wie das erst vor kurzem geschehen ist. Ob er diese Zeit unbeschadet übersteht, ist ungewiss. Es hätte aber keinen Sinn ergeben, ihn ein Jahr nach seinem Inkrafttreten schon in Frage zu stellen. Die wegen der Auflösung von Gemeinschaftsaufgaben notwendigen Überleitungen sind sinnvoller Weise in einem Nebenfinanzausgleich geregelt. Auch im übrigen finden sich einige Randkorrekturen in der Finanzverfassung.

Der Entwurf selbst (BT-Drucks. 18/813 S. 8 –10) setzt nach eigenem Bekenntnis drei Schwerpunkte:

1. Reform der Mitwirkungsrechte des Bundesrates,
2. Reform der Gesetzgebungskompetenzen,
3. Reform der Finanzverantwortung.

In dem vom Entwurf zitierten gemeinsamen Beschluss von Kanzlerin und Regierungschefs der Länder wird zusätzlich noch

4. die Stärkung der Europatauglichkeit des Grundgesetzes erwähnt (aaO S. 7/8).

Bis auf die Finanzfragen, die in einer eigenen Anhörung thematisiert werden, konzentrieren sich die folgenden Ausführungen vor allem auf die beiden ersten Punkte. Bei der Behandlung des zweiten Punktes werden auch einige wenige Gedanken zu den vertrackten Überleitungsbestimmungen geäußert. Zum dritten Punkt folgen nur einige vorläufige Anmerkungen.

II.

Reform der Mitwirkungsrechte des Bundesrates

1. Die Neufassung des Art. 84 Abs. 1 GG, Art. 1 Nr. 9 des Entwurfs

Art. 84 Abs. 1 GG konnte im Bund-Länder-Verhältnis eine so fatale und jetzt eine Remedur erzwingende Rolle spielen, weil das Bundesverfassungsgericht in einer sehr frühen Entscheidung die „Einheitstheorie“ erfunden hat, die es den Vertretern der Länder im Bundesrat erlaubte, ein absolutes Veto gegen ein Bundesgesetz einzulegen, wenn es ihnen gar nicht um die dort genannten Regeln über das Verfahren der Landesbehörden und die Landesorganisation ging, sondern um den - politischen - Inhalt des Gesetzes. Die These ist vom Gericht, jedenfalls im Verhältnis zur Bedeutung, die sie im politischen Leben der Bundesrepublik gefunden hat, spärlichst, nämlich im wesentlichen mit Praktikabilitäts-erwägungen begründet worden. Seine politische Brisanz ist offenbar damals nicht erkannt worden, was nicht verwundert, weil sie sich auch erst mit der Veränderung der politischen Situation voll entwickelt hat.

Mittlerweile gibt es von beiden Senaten des Bundesverfassungsgerichts eindeutige Zeichen, dass die Einheitsthese zur Überprüfung ansteht. Der Erste Senat hat in einem Urteil vom 17. 2. 2002 das Thema aufgegriffen, obwohl es für seine Entscheidung, wie er ausdrücklich zugibt, nicht relevant war (BVerfGE 105, 313, 339). Nicht zeigt den Hinweischarakter deutlicher. Aber auch im Text selbst kommt die Reserve gegenüber der bisherigen Rechtsprechung deutlich zum Vorschein, wenn von den „an sich nicht zustimmungsbedürftigen Normen“ die Rede ist, welche nur die Einheitsthese, nicht also die Verfassung, der Zustimmung unterwirft. Auch ist es nicht üblich, dass das Gericht Kritik an seinen Thesen zitiert, auf die es mangels Relevanz für sein Urteil nicht eingehen kann, und ausdrücklich erklärt, es bleibe wegen dieser Kritik offen, „ob an dieser Rechtsprechung ... festzuhalten ist.“

Der Zweite Senat hat in einer allerjüngsten Entscheidung vom 13. 9. 2005 zum Beitragsatzsicherungsgesetz (2 BvF 2/03 = NVwZ 2006, 191-201) zum Zustimmungserfordernis des Art. 80 Abs. 2 GG judiziert, es solle „den Einbruch des Bundes in die Organisations- und Verfahrensautonomie der Länder mit einem schützenden Vorbehalt versehen“.

Angesichts der Tatsache, dass Art. 80 Abs. 2 GG alle dort genannten Verordnungen unabhängig davon der Zustimmung unterwirft, fährt er mit deutlichen Worten fort, es handle sich um „ein gewissermaßen überschießendes, den Schutzzweck verlassendes Zustimmungserfordernis“. Folgerichtig muss der Senat auch die Ausdehnung des Zustimmungsvorbehalts in Art. 84 Abs. 1 GG durch die Einheitsthese auf Regeln, die nicht in die Organisations- oder Verfahrenshoheit der Länder eingreifen, als „überschießende, den Schutzzweck verlassende Hemmnisse“ für den Bundesgesetzgeber ansehen. In der Logik dieser Erkenntnis muss der nächste Schritt sein, der Einheitsthese eine teleologische Reduktion angedeihen zu lassen und das Zustimmungsrecht auf die Verfahrens- und Organisationsnormen zu beschränken.

Art. 84 Abs. 1 Satz 1 und 2 des Entwurfs nehmen die Differenzierungen des Bundesverfassungsgerichts auf, indem sie das Abweichungsrecht der Länder auf Organisations- und Verfahrensregeln beschränken und es als Ersatz für das aufgegebene Zustimmungsrecht ansehen. Es handelt sich also um einen ausgewogenen Kompromiss zwischen Bund und Ländern.

Art. 84 Abs. 1 Satz 4 und 5 des Entwurfs widersprechen aber der Systematik der Sätze 1 und 2 des Entwurfs ebenso wie der Formulierung des geltenden Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG, der nicht das Gesetz für zustimmungspflichtig erklärt, wie der bestehen bleibende Formulierung in Art. 85 Abs. 1 GG wie schließlich der neueren Erkenntnis des Bundesverfassungsgerichts. Eine Begründung für diesen Systembruch fehlt, sie wäre auch schwerlich zu finden. Die Systematik des Grundgesetzes würde eingehalten, wenn man anstelle von Satz 4 und 5 in Anlehnung an den geltenden Satz 1 des Art. 84 Abs. 1 GG formulierte:

„In Ausnahmefällen kann der Bund mit Zustimmung des Bundesrates wegen eines besonderen Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung das Verwaltungsverfahren ohne Abweichungsmöglichkeit regeln.“

Damit würde man den Ländern gegenüber dem jetzigen Zustand insofern entgegenkommen, als Organisationsregeln entgegen dem geltenden Recht als besonders schwerer Eingriff in den Landesbereich in diesen Fällen ausgeschlossen blieben.

Zu den typischen Produkten langer Verhandlungen gehören die Angstklauseln. Hier treten sie sogar kumuliert auf: „In Ausnahmefällen“ (rein statistisch, gewogen nach der Bedeutung der Gesetze, keine Überschreitung einer Mindestzahl, je Wahlperiode usw.?)

und nur „wegen eines besonderen Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung“ (wenn das aber besteht, wie kann es dann ein Vetorecht des Bundesrates geben?). Das ist ein Arbeitsbeschaffungsprogramm für das Bundesverfassungsgericht. Reicht es wirklich nicht aus, dass die Länder im Bundesrat ein absolutes Veto gegen ein entsprechendes Vorgehen des Bundes haben?

Einer Verfassung und nicht einem Fahrplan für überkorrektes Verhalten würde daher ein Satz 4 (statt der Sätze 4 und 5) entsprechen, der schlicht lautet:

„Mit Zustimmung des Bundesrates kann der Bund das Verwaltungsverfahren ohne Abweichungsmöglichkeiten für die Länder regeln.“

Damit wäre auch die einfachste Konkordanz zu den Sätzen 1 und 2, zum nicht veränderten Art. 85 Abs. 1 GG und zur neuesten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hergestellt.

Die Regelung selbst ist vor allem auf damals verständliches Drängen der Umweltpolitiker in die Beratungen der Bundesstaatskommission und dann in den Text aufgenommen worden. Es ist auch nicht zu bezweifeln, dass über Verfahren Standards gesichert werden können; ob immer der Bund Garant für höhere Standards sein wird, ist jedenfalls nicht sicher. Die Norm gehört zu denen, die bei einem allfälligen Kompromiss zwischen Bund und Ländern diesen angeboten werden könnte.

Zu **Art. 84 Abs. 1 Satz 3** mit dem Verweis auf Art. 72 Abs. 3 Satz 2 und 3 siehe meine Bemerkungen unter III. 4 und 5 zu den letztgenannten Vorschriften.

2. Der neue Art. 104a Abs. 4, Art. 1 Nr. 17 des Entwurfs

Im allgemeinen Teil der Begründung (aa0 S.8) wird der vorgeschlagene Art. 104a Abs. 4, eine Norm der Finanzverfassung, erstaunlicher Weise nicht unter dem Punkt „Klare Zuordnung der Finanzverantwortung“ abgehandelt, was man eigentlich von einer Norm der Finanzverfassung erwarten kann, sondern unter dem Stichwort „Reform der Mitwirkungsrechte des Bundesrates“. Er passt weder unter das eine noch unter das andere. Mit der Finanzverfassung hat er nur insoweit etwas zu tun, als er bei Geldleistungsgesetzen dem Bundesrat ein Zustimmungsrecht entgegen dem jetzigen Art. 104a Abs. 3 Satz 3 GG und der ganzen Tendenz des Entwurfs selbst dann gibt, wenn der Bund den Ländern 100% der

Geldleistungen erstattet, und von einer „Reform der Mitwirkungsrechte des Bundesrates durch Abbau der Zustimmungsrechte des Bundesrates“ lässt sich schwerlich sprechen, wenn der Bundestag Gefahr läuft, was er in Art. 84 Abs. 1 des Entwurfs gegen Kompensation an Freiheit der Gesetzgebung gewinnt, in Art. 104a Abs. 4 des Entwurfs ohne jede Kompensation zu verlieren.

An keiner Stelle des Entwurfs klafft zwischen den Behauptungen der Begründung zum Inhalt der Norm und ihrem Text zudem eine so große Lücke wie hier. Sie ist vierfach. Über die Regelung des jetzigen Art. 104a Abs. 3 GG hinaus wird im Text ein Zustimmungsrecht des Bundesrates für Bundesgesetze ausgeworfen, die „Pflichten der Länder zur Erbringung von geldwerten Sachleistungen“ statuieren.

Nach der *Begründung* soll das Zustimmungsrecht aber nur bei solchen Gesetzen bestehen, wenn sie zu „erhebliche(n) finanzielle(n) Verpflichtungen“ (Allgemeiner Teil aa0 S. 8) oder “zu einer erheblichen Kostenbelastung der Länder führen“ (Besonderer Teil mit Verweis auf den Koalitionsvertrag, Nr. 16 b S. 18). Das ist nun ein so wesentlicher Unterschied, dass er in die Verfassung gehört oder aber nicht gilt. In Wirklichkeit liegt ein Dissens vor, den man nicht glaubte politisch auflösen zu können. Läge nämlich keiner vor, so gäbe es keinen Grund, das Merkmal nicht in die Verfassung zu schreiben. Es ist aber ein wesentliches Merkmal, das nicht nur die im wesentlichen Bürokratie produzierenden Bagatellfälle ausschließt, sondern auch die praktische Bedeutung einiger anderer noch zu behandelnder Probleme des Vorschlags erheblich reduzieren würde. Der Vorwurf der Unbestimmtheit ist kein Argument, weil er auch bei dem jetzigen Versuch, die Erheblichkeit *über die Begründung* zu geltendem Recht zu machen, erhoben werden kann. Wenn man sich nicht auf eine Quantifizierung einigen kann, wäre zunächst die Staatspraxis gefordert, Kriterien zu entwickeln, und im Streitfall das Bundesverfassungsgericht. Zur Beruhigung sei darauf verwiesen, dass das Grundgesetz eine Reihe sehr unbestimmter Begriffe kennt, mit denen die Staatspraxis sinnvoll umzugehen gelernt hat.

Die zweite Differenz zwischen Begründung und Text ist die Einschränkung in der Begründung, die Norm gelte nur, wenn „den Ländern durch den Bundesgesetzgeber keine wesentlichen Spielräume zur landeseigenen Bestimmung des Ausmaßes der Leistungspflichten eingeräumt werden“ (Besonderer Teil mit Verweis auf den Koalitionsvertrag, Nr. 16 b S. 18). Davon ist im Text der Norm auch nicht ansatzweise die Rede. Nur wenn

man die Erheblichkeitssperre in den Text hinein nähme, ließe sich dieser Punkt vernachlässigen.

Die dritte und noch wichtigere Differenz liegt in der Behauptung allein in der Begründung, es reichten auch den Sachleistungen „vergleichbare Dienstleistungen“ zur Auslösung des Zustimmungsrechts aus (Allgemeine und Besondere Begründung, aa0). Eine solche sachlich relevante Ausweitung kann nicht auf dem bloßen Wege der Begründung zum Gegenstand der Verfassung gemacht werden. Mit ihr würde der Anwendungsbereich der Norm über den Text erneut erheblich und - wie hinzuzufügen ist - unkalkulierbar ausgedehnt. Das ist für die Prognose, wie hoch denn die Quote zustimmungspflichtiger Gesetze ansteigen wird, von großer Bedeutung. Kombiniert mit der Irrelevanz der Erheblichkeitssperre würde auf diese Weise der neue Zustimmungstatbestand, das, was man gerade bei Art. 84 Abs. 1 GG gegen Kompensation abschaffen will, noch in den Schatten stellen. Das wäre ein wenig viel an Unvernunft.

Die vierte Differenz zwischen Begründung und vorgeschlagenem Verfassungstext liegt in der von der Koalitionsvereinbarung übernommenen Behauptung (Besonderer Teil, aa0, Nr. 16 S. 19), bei hundertprozentiger Übernahme der Kosten durch den Bund entfalle das Zustimmungsrecht. Diese Behauptung ist irrig, weil eine Erlaubnis, von der Kostentragung nach Art. 104a Abs. 1 GG abzuweichen, in Art. 104a Abs. 4 nicht vorgesehen ist. Im Gegenteil soll nach dem Entwurf (Art. 1 Nr. 16a) sogar die sinnvolle Regelung in Art. 104a Abs. 3 Satz 3 der geltenden Fassung aufgehoben werden, wonach das Zustimmungsrecht bei *Geldleistungsgesetzen* entfällt, wenn der Bund sich mit über 75%, also auch mit 100% beteiligt.

Der wichtigste Einwand gegen die vorgeschlagene Fassung des Art. 104a Abs. 4 des Entwurfs ist jedoch, dass er im Sinne der Begründung keinen Sinn ergibt und die Länder zur Schonung ihrer Finanzen in eine Blockade treibt, für die es keine finanzielle Lösung gibt. Es werde „der auf Geldleistungen begrenzte Zustimmungstatbestand erweitert“, meint die Allgemeine Begründung (aa0 S. 8). Träfe das zu, ergäbe es einen Sinn. Es trifft aber nicht zu.

Bei Geldleistungsgesetzen des Bundes kann nämlich bestimmt werden, dass Geldleistungen, die nach Art. 104a Abs. 1 des geltenden und insoweit weiter bestehenden Verfas-

sungsrechts die Länder vollständig zu übernehmen hätten, der Bund ganz oder zum Teil übernimmt. Das ausgeworfene Zustimmungsrecht des Bundesrates können die Länder also dazu nutzen, den Bund zu einer höheren Übernahme der Kosten zu veranlassen. Bei den Sachleistungen kann das aber nicht geschehen, weil der Bund wegen Art. 104a Abs. 1 GG keine Kosten übernehmen darf, da die Sachleistungen nicht in Abs. 3 aufgenommen worden sind und eine dem Art. 104a Abs. 3 GG entsprechende Regelung in Absatz 4 fehlt. Grob gesprochen kann das Zustimmungsrecht also nur genutzt werden, entsprechende Gesetze zu verhindern oder aber undeklarierte Tauschgeschäfte auf anderen Feldern zu tätigen, was dem von allen Seiten verkündeten Ziel der Reform, politische Verantwortung zu klären, Lügen strafen würde.

Art. 104a Abs. 4 des Entwurfs hat auch nicht annähernd die Qualität, die man mit Recht von einer Verfassungsnorm erwarten kann. Er ist insgesamt der besonderen Aufmerksamkeit des Rechtsausschusses anzuempfehlen.

Wenn man bedenkt, dass nicht nur Geldleistungsgesetze des Bundes die Länder finanziell erheblich belasten können, sondern auch Sachleistungsgesetze und möglicherweise auch spezifische Formen von Dienstleistungen, dass zudem eine Kompensation durch Änderung des Umsatzsteueranteils wegen der Schwierigkeiten der Verhandlung und weil andere Finanzfragen damit zulässiger Weise verknüpft werden können, kurzfristig gar nicht und langfristig nur unsicher zu einer Entlastung führen kann, ist das Verlangen der Länder anerkennenswert, die angebotene Lösung jedoch nicht.

Es böte sich ein Kompromiss in Art. 104a Abs. 3 GG an, der die Systematik des jetzigen Art. 104a GG schonte und zugleich nutzte. Art. 104a Abs. 3 GG, der aus der Reform 1969 stammt, enthält einen sinnvollen und offensichtlich praktikablen Kompromiss. Er gibt den Ländern ein Vetorecht, wenn der Bund nicht mehr als 75% der Kosten übernimmt und er gibt dem Bund durch die Auftragsverwaltung einen höheren Einfluss auf die Ausgabenpraxis der Länder, wenn er wenigstens die Hälfte der Kosten übernimmt. Da die Länder darauf bestehen, dass Sachleistungs- und entsprechende Dienstleistungsgesetze bei der Kostenerstattung durch den Bund so behandelt werden sollen, wie die Geldleistungsgesetze, sehe ich keinen Grund - und in der Begründung wird denn auch keiner angegeben - sie im übrigen anders zu behandeln als die Geldleistungsgesetze. Eine Formulierung des Art. 104a Abs. 3 könnte unter Wegfall von Abs. 4 neu daher lauten:

„Bundesgesetze, die Geldleistungen oder entsprechende Sachleistungen (Variante: oder entsprechende Sach- und Dienstleistungen) gewähren und von den Ländern ausgeführt werden, können bestimmen, dass die Kosten der Leistungen ganz oder zum Teil vom Bund getragen werden. Bestimmt das Gesetz, dass der Bund die Hälfte der Ausgaben oder mehr trägt, wird es im Auftrage des Bundes durchgeführt. Bestimmt das Gesetz, dass die Länder ein Viertel der Ausgaben oder mehr tragen, so bedarf es der Zustimmung des Bundesrates.“

Bei dieser Formulierung kann die Erheblichkeitssperre entfallen. Durch die Einschränkung in Satz 1, dass die Sachleistungen (und auch die Dienstleistungen) dem Typus der Geldleistungen entsprechen müssen, enthält man auch hinreichende Maßstäbe dafür, welche gemeint sind, da es auch im Hinblick auf Geldleistungen eine Reihe von Detailfragen gibt, über die in der Staatspraxis aber Einigkeit besteht.

3. Die Verlustliste

Mit Recht stellt die Begründung des Entwurfs die Frage bundesrätlicher Zustimmungsrechte an den Beginn ihrer allgemeinen Überlegungen. Das Vetorecht des Bundesrates ist ein Kernproblem der bundesstaatlichen Verfassung unseres Typs, weil es den exekutiven Landesspitzen ein Mitspracherecht allgemein in Bundesangelegenheiten und vor allem gegenüber dem Bundestag gibt, der die Nation repräsentieren soll. Das Bundesvolk, das seine Repräsentanten in strikter Gleichheit aller Wähler bestimmt hat, sieht diese Repräsentanten nun einem Gremium gegenüber, das es ebenfalls, nun freilich getrennt nach höchst ungleich gewerteten Landesvölkern, legitimiert. Das war solange noch als eine Form der Gewaltenteilung erträglich, als der Bundesrat noch spezifische Interessen der einzelnen Länder zur Geltung brachte und sich nicht als nachgelagerte Bundesopposition empfahl und als die Politik noch überwiegend davon lebte, Zuwächse zu verteilen, also leichter war, statt wie heute Wohltaten einzusammeln und Lasten aufzuerlegen. Die von allen Seiten geforderte Entflechtung will dem entgegenwirken. Sie ist auch nicht darum weniger dringend, weil in Zeiten Großer Koalitionen die politische Oppositionsrolle des Bundesrates auf natürliche Weise erheblich zurückgeht. Eine Verfassung muss vor allem den Normalfall im Auge haben. Das war bisher und wird auch in Zukunft schon aus Eigeninteresse der beteiligten großen Parteien nicht die Große Koalition sein.

Angesichts der Bedeutung der Entflechtungsfrage ist es zu bedauern, dass in zwei Punkten nicht eine parallele Lösung zu Art. 84 Abs. 1 GG gefunden worden ist, obwohl die Situation im wesentlichen dieselbe ist. Es geht um Art. 85 Abs. 1 GG und um Art. 80 Abs. 2 GG.

- a) Bei **Art. 85 Abs. 1 GG** ginge es zudem um eine Klarstellung hinsichtlich des dort nicht erwähnten Verwaltungsverfahrens. Von einem Redaktionsversehen bis zur Annahme, das gehöre zur Sachgesetzgebungskompetenz des Bundes, was bei der Nutzung der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes die Länder gänzlich rechtlos stellt, gehen die Versuche der Interpretation. Da schwerlich eine andere Wertung als bei Art. 84 Abs. 1 GG sinnvoll ist, ist es angezeigt, die dort gefundene Lösung zu übernehmen. Abs. 2 mit dem Zustimmungsrecht für allgemeine Verwaltungsvorschriften muss dem nicht angepasst werden.
- b) Die oben erwähnte neuere Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zu **Art. 80 Abs. 2 GG**, wonach der dort vorgesehen allgemeine und nicht näher spezifizierte Zustimmungsvorbehalt als „überschießendes, den Zustimmungszweck verlassendes Zustimmungserfordernis“ (NVwZ 2006, 191 195) bezeichnet wird, gibt Anlass, auch diese Norm auf die vom Gericht als Zustimmungszweck bezeichneten Landesinteressen, die dem Art. 84 Abs. 1 GG folgen, anzupassen und eine parallele Lösung zu Art. 84 Abs. 1 GG zu finden. Wie oben gezeigt ist die notwendige Konsequenz der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine teleologische Reduktion des Art. 80 Abs. 2 GG vorzunehmen, wonach die Verweigerung der Zustimmung nur zur Erhaltung des auf Verfahren und Organisation beschränkten Schutzzwecks zulässig ist. Dem ist eine saubere Lösung in der Verfassung jedoch immer vorzuziehen.
- c) Der Entwurf geht auch auf ein gravierendes Problem der inneren Organisation des Bundesrates nicht ein, das außerordentlich eng mit der Zustimmungsproblematik zusammenhängt, Verflechtungsprobleme potenziert und durch eine sich verfestigende politische Praxis nachgerade als demokratiewidrig bezeichnet werden muss. Es geht um die an sich harmlos klingende Bestimmung des **Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GG**, wonach der Bundesrat seine Beschlüsse mit der Mehrheit seiner Stimmen fasst. Zunehmend hat sich aber in den Koalitionsvereinbarungen der Länder die sogenannte Bundesratsklausel durchgesetzt, wonach der kleinere Koalitionspartner das Land im Bundesrat auf eine

Enthaltung festlegen kann. Auch das wäre unschädlich, da der größere Koalitionspartner aus Rücksicht auf den kleineren mit einer Enthaltung des Landes in einer Bundesratsagende einverstanden sein kann. Nach der genannten Mehrheitsklausel bedeutet Enthaltung aber Nein. Und das bedeutet zugleich, dass eine Minderheit im Land - und meist sind es kleine Minderheiten – den ganzen Stimmblock des Landes festlegen kann, und zwar auf Nein. Das lässt sich schwerlich als demokratiekonform ansehen. Außerdem erscheint es wenig sinnvoll, ein Verfassungsorgan so zu organisieren, dass es tendenziell zu negativen Entscheidungen kommt. Es ist einleuchtend, dass die kleineren Parteien den Machtbonus nicht gerne aufgeben. Er ist aber demokratisch nicht gerechtfertigt. Auch ist es nicht unbillig zu verlangen, dass hinter einer Zustimmungsverweigerung die Mehrheit echter Neinstimmen der Länder steht. Art. 53 Abs. 2 Satz 1 GG könnte lauten:

„Der Bundesrat fasst seine Beschlüsse mindestens mit Mehrheit.“

Damit wäre das Überwiegen der Ja-Stimmen über die Nein-Stimmen gemeint. Enthaltungen zählten für die Bestimmung der Mehrheit nicht mit.

III.

Reform der Gesetzgebungskompetenzen

1. Die Abschaffung der Rahmengesetzgebungskompetenz

Die Abschaffung der Rahmengesetzgebungskompetenz ist durch die bei der Verfassungsänderung 1994 nicht in das Kalkül aufgenommenen Folgen der Schärfung des Art. 72 Abs. 2 GG und die diese Schärfung auf die Spitze treibende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (siehe dazu sub 2), vor allem des Zweiten Senats, erzwungen. Die Bindung der Rahmengesetzgebung an die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG lassen nach dieser Rechtsprechung eine sinnvolle Rahmengesetzgebung nicht mehr zu.

2. Die Spaltung der Gesetzesmaterien der konkurrierenden Gesetzgebung danach, ob für die Nutzung die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG gegeben sein müssen oder nicht (Art. 72 Abs. 2, Art 1 Nr.5a des Entwurfs.)

Um die Rechtfertigung für die Spaltung zu verstehen und auch zu rechtfertigen und um zugleich ein Kriterium für die entsprechende Aufteilung der Gesetzgebungsmaterien zu gewinnen, ist ein Blick auf die Entwicklung des Art. 72 Abs. 2 GG zu werfen.

Bis zur Verfassungsreform 1994 galt die Fassung, die der Parlamentarische Rat beschlossen hatte; er stellte auf ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung ab und gab eine Reihe von Gründen an, auf die der Bund sich berufen konnte. Zwischenzeitlich war die Kenntnis verdrängt worden oder verloren gegangen, dass die Voraussetzungen zur Beruhigung der Besatzungsmächte eingefügt worden sind, die sich die Genehmigung des Grundgesetzes vorbehalten hatten und einen stärkeren Zentralstaat aus damals einsichtigen Gründen verhindern wollten. Man war sich aber auf deutscher Seite einig, dass man keine relevanten Hürde für die Ausübung der Kompetenz durch den Bund aufstellen wollte. Das Bundesverfassungsgericht hat sich 50 Jahre an dieses Übereinkommen gehalten, wobei von Vorteil war, dass der erste Präsident des Bundesverfassungsgerichts prominenteres Mitglied des Parlamentarischen Rates war. Sein Senat hat nämlich in einer der ersten Entscheidungen des Gerichts überhaupt den Weg gewiesen, obwohl es in der zu entscheidenden Sache darauf gar nicht ankam.

Bei der Verfassungsreform 1994 kam nun die Idee auf, Gesetzgebungskompetenzen vom Bund auf die Länder zu transferieren. Statt aber Materien zu verlagern, schärfte man den Art. 72 Abs. 2 GG, indem man die möglichen Gründe für die Ausübung der konkurrierenden Gesetzgebung durch den Bund reduzierte, eine Erforderlichkeitsprüfung verlangte und diese ausdrücklich der Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht unterstellte. Das erwies sich in doppeltem Sinne als ein Fehlgriff. Zum einen hatte man übersehen, dass die abgemagerten Voraussetzungen gar nicht mehr alle in Art. 74 GG aufgeführten Materien abdecken konnten. Es gibt also Materien der konkurrierenden Gesetzgebung, auf die der Bund seit 1994 unter keinen Umständen mehr zugreifen kann, obwohl dasselbe Grundgesetz auch ihm die Gesetzgebung darüber zuweist. Zum zweiten gab es jetzt Bundesgesetze, die nur zum Teil der Gesetzgebungsmacht des Bundes nicht mehr unterstanden, weil nun anders als früher, jeder einzelne Paragraph sich gegenüber den strengen

Voraussetzungen zu rechtfertigen hatte. Dass unter diesen Voraussetzungen der ebenfalls 1994 eingeführte Art. 72 Abs. 3 GG keine Bedeutung erlangt hat, war die weitere Konsequenz.

Nicht von ungefähr hat damals der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, was ihm zur Ehre gereicht, die Änderung abgelehnt (BT Drucks. 12/8165 S. 31/32), freilich vergeblich. Er musste sich den Ratschlüssen aus der Dunkelkammer des deutschen Gesetzgebungsverfahrens, dem Vermittlungsausschuss, beugen.

Diese 1994 nicht vorausgesehenen Folgen wurden nun durch eine die Verfassungsänderung rigoros verschärfende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts potenziert, so dass man heute sogar nicht einmal mehr sicher sein kann, ob der Bundesgesetzgeber noch das Bürgerliche Gesetzbuch reformieren könnte, zum Beispiel die Regeln über die Kündigung von Mietverhältnissen. Das Gericht hat nämlich zwei der drei 1994 übrig gebliebenen Begründungen für die Ausübung der konkurrierenden Gesetzgebung durch den Bund in ihrer Bedeutung radikal reduziert. Die wichtigste von beiden ist „die Wahrung der Rechtseinheit“, weil sie theoretisch für alle in Art. 74 GG normierten Materien in Anspruch genommen werden könnte. Das Gericht spricht der Rechtseinheit im Bund aber keinen positiven Wert zu, vielmehr kann der Bund sich nur darauf berufen, wenn sonst eine für Bund wie Länder unerträgliche Rechtszersplitterung einträte (BVerfGE 106, 62, 145 = Altenpflege), also im Katastrophenfall. Dasselbe gilt für das Merkmal „der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“. Auch dies wird nicht als positiver Wert angesehen, vielmehr gibt nur eine unerträgliche Ungleichwertigkeit dem Bund das Recht der Gesetzgebung. Das Gericht formuliert, „wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinanderentwickelt oder sich eine solche Entwicklung konkret abzeichnet“ (aa0 S. 144). Lediglich bei der Wahrung der Wirtschaftseinheit gibt das Gericht sich großzügiger; darauf bauen kann der Bund aber nicht. Im Altenpflegeurteil hat es noch großzügig die Ausbildungsregeln damit begründet (aa0 S. 156 f.), im Junior-Professoren-Urteil diese Meinung jedoch schon wieder vergessen (BVerfGE 111, 226, 265).

Da in den Vorberatungen zum vorliegenden Entwurf bedauerlicher Weise niemand den 1994 begangenen Fehler unmittelbar korrigieren wollte, blieb nichts anders übrig, als den Anwendungsbereich des Art. 72 Abs. 2 GG einzuschränken. Dies konnte und ist sinn-

voller Weise geschehen durch Transferierung von Gesetzgebungsmaterien in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes und durch die Bildung einer Gruppe von Materien, die weiterhin zu konkurrierenden Gesetzgebung gehören, nicht aber mehr den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG unterliegen. Mit Letzterem wird nur eine Systematik wieder aufgenommen, die deutscher demokratischer Verfassungstradition (Art. 7, 12 Abs. 1 WRV) entspricht und das wieder herstellt, was der eigentliche Sinn des 1949 geschaffenen Art. 72 Abs. 2 GG war. Das ist eine konsequente Lösung eines Teil der geschaffenen Probleme.

Für den anderen Teil der Kompetenzmaterien, die in **Art. 72 Abs.2** des Entwurfs aufgeführt sind und weiterhin den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG unterliegen, stellen sich zwei Fragen. Einmal geht es darum, ob es überhaupt denkbar ist, dass sie eine der Voraussetzungen erfüllen können, und zum anderen darum, ob die Voraussetzungen, zumal in der radikalen Verschärfung durch das Bundesverfassungsgericht, eine sinnvolle Gesamtregelung einer Materie durch *einen* Gesetzgeber erlauben.

Für den Bund weiterhin verfügbar sind die öffentliche Fürsorge (**Nr. 7**) und das Recht der Wirtschaft (**Nr. 11**), jedenfalls, solange das Bundesverfassungsgericht die im Altenpflegeurteil begonnene großzügigere Auslegung der Voraussetzung „Wahrung der Wirtschaftseinheit“ beibehält. **Nr. 15** (Vergesellschaftung) hat bisher keine Bedeutung gewonnen, würde er es, so würde dasselbe gelten, was zu Nr. 11 gesagt ist. Letzteres gilt auch für **Nr. 19a** (Sicherung der Krankenhäuser und Pflegesätze), für **Nr. 20** (Schutz im landwirtschaftlichen Bereich und Tierschutz) und **Nr. 22** Straßenverkehr bis zu Straßengebühren, für welche die Notwendigkeit bundeseinheitlicher Regelung jedenfalls in den Kernbereichen evident ist. Auch die Abfallbeseitigung (**Nr. 24**) lässt sich im Kern über die Voraussetzung der Wirtschaftseinheit vom Bund regeln.

Es ist aber darauf hinzuweisen, dass in all diesen Fällen der Bund zwar für den Kern der Materien mit der „Wahrung der Wirtschaftseinheit“ argumentieren kann, nach der rigorosen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber keineswegs für alle Details, die erst eine sinnvoll abgerundete Regelung ergäben. Das Bundesverfassungsgericht will nur Abrundungsregelungen zu einer an sich die Voraussetzungen nach Art. 72 Abs. 2 GG erfüllenden Kernregelung des Bundes tolerieren, wenn ohne sie „das Gesamtkonzept, und damit die Wirkung des Gesetzes, gefährdet wird“ (BVerfGE 106, 62, 249/150). Die

Konsequenz ist, dass es im Streitfall zu einem Kerngesetz und 16 möglicherweise verschiedenen Abrundungsgesetzen der Länder kommen muss. Das ist ein weiteres Handicap der in diesem Punkte verfehlten Reform 1994. Weder aus Bundes- noch aus Ländersicht, geschweige denn aus der Sicht des betroffenen Publikums oder der Wirtschaft ist dies eine sinnvolle Organisation von Gesetzgebungsmaterien und ihrer gesetzgeberischen Bewältigung im Bundesstaat. Wenn in diesem Punkt das Bundesverfassungsgericht nicht zur Einsicht gelangt, bedarf es keiner großen Prophetengabe, dass spätestens in weiteren zehn Jahren die nächste Reform ansteht, falls man jetzt keine Detailkorrektur der 94er Reform vornimmt.

Wollte man das Problem auf der Basis des vorliegenden Entwurfs lösen, müsste man in Art. 72 Abs. 2 in der vorgeschlagenen Fassung entweder einen Satz 3 anfügen, der z. B. lauten könnte:

„Unterfällt eine Materie diesen Voraussetzungen erstreckt sich das Gesetzgebungsrecht auf eine abschließende Regelung.“

Oder man streicht das „soweit“ in Art. 72 Abs. 2, das erst die rigorose Rechtsprechung ausgelöst hat. Ein Freibrief für eine extensive Ausnutzung der Kompetenzen ist damit nicht gegeben, weil der allgemeine Gedanke schon in dem „wenn“ steckt. Erst die besondere Herausstreichung durch das „soweit“ hat das Gericht den Grund für seine extensive Auslegung gegeben.

Mit solchen oder ähnlichen Regelungen entschärfte man auch teilweise ein 1994 angelegtes Überleitungsproblem des Art. 125a Abs. 2 GG und auch des Art. 125 Abs. 2 des Entwurfs, dessen Lösung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinreichende Zweifelsfragen übrig gelassen hat, nämlich die Frage, inwieweit der Bund Altrecht ändern kann, das dem neuen Art. 72 Abs. 2 GG i. d. F. von 1994 und auch nach dem Entwurf nicht mehr entspricht. Verliert das „soweit“, wie vorgeschlagen, an Gewicht, sind Bundesgesetze, die nach dem Entwurf noch unter Art. 72 Abs. 2 fallen, auch in ihren Randbereichen vom Bund ohne weitere Restriktionen weiter reformierbar.

Bei der Staatshaftung (Nr. 25) ist unverständlich, dass sie nicht in die ausschließliche Gesetzgebung des Bundes oder wenigstens in die voraussetzungslose konkurrierende Gesetzgebung genommen worden ist, da sich die Länder in Art. 74 Abs. 2 ein generelles,

sogar die Staatshaftung des Bundes umfassendes Zustimmungsgesetz gesichert haben. Dieser Widerspruch würde bei Aufnahme in Art. 73 GG wenigstens gemildert.

Erhebliche Bedenken bestehen gegen die Einbeziehung der Nr. 4, 13 (zu einem Teil) und 26 in die an die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG gebundene konkurrierende Gesetzgebung. Das Ausländerrecht (**Nr. 4**) gehört von Hause aus zu den außenpolitischen Agenden und ist schwer unter „Wahrung der Wirtschaftseinheit“ zu subsumieren. Da die „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“ und die „Wahrung der Rechtseinheit“ nur für den Notfall nach der Rechtsprechung dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz gibt, ist schwer zu sehen, wie der Bund eine Gesetzgebungsaktivität begründen kann, obwohl die Notwendigkeit evident erscheint. Die Übernahme in die voraussetzungslose konkurrierende Gesetzgebung ist daher angezeigt.

Während man bei **Nr. 13** noch die Regelung der Ausbildungsbeihilfen mit der Wahrung der Wirtschaftseinheit begründen kann, hat „die Förderung der wissenschaftlichen Forschung weder etwas damit noch mit den beiden anderen Bedingungen des Art. 72 Abs. 2 GG zu tun, ist also vom Bund nicht nutzbar. Wenn man das für richtig hielte, sollte man so ehrlich sein, die Kompetenznorm zu streichen. Sinnvoller wäre es jedoch, die Materie „Förderung der wissenschaftlichen Forschung“ aus der Aufzählung des Art. 72 Abs. 2 des Entwurfs herauszunehmen und sie damit der voraussetzungslosen konkurrierenden Gesetzgebung zu unterstellen.

Nr. 26 betrifft zwar mit Problemen der Bio-Medizin ein emotional hoch besetztes Gebiet, es passt aber ebenfalls nicht zu den drei Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts. Es gehört daher notwendig in den Bereich voraussetzungsloser konkurrierender Gesetzgebung.

3. Das generelle Abweichungsrecht des Art. 72 Abs. 3, Art. 1 Nr. 5b des Entwurfs

Das in Art. 72 Abs. 3 des Entwurfs vorgesehene Abweichungsrecht hat eine andere Qualität als das in Art. 84 GG. Während es dort zum ersten um genuine Landesmaterien geht, nämlich die Organisation und das Verfahren ihrer Behörden selbst zu regeln, und zum zweiten um Annexregeln zur im Mittelpunkt stehenden Sachregelung, geht es hier um Gesamtmaterien, die theoretisch Bund wie Ländern zu Regelung offen stehen.

Das Problem eines solchen Abweichungsrechts ist ein logischer Widerspruch. Die Verfassung, die dem Bund die Materien voraussetzungslos zuweist und damit davon ausgeht, dass er die Kompetenz, wenn er sie ausübt, wegen der Erkenntnis der Notwendigkeit bundeseinheitlicher Regelung ausübt, sagt zugleich, die bundeseinheitliche Wirkung ist damit aber nicht notwendig verbunden. Die Bedenken werden auch nicht dadurch wesentlich geschmälert, dass man unterstellt, einige - schwächere - Länder seien gar nicht in der Lage, die Kompetenz auszuüben und daher komme dem Bund eine Art Auffanggesetzgebung zu. Dann läge eine Art Mustergesetzgebung durch den Bund näher, der sich die schwächeren Länder bedienen könnten. Die Gesetze liegen aber zum größten Teil längst vor, so dass sich schwächere Länder bedienen könnten. Es bleibt leider kein anders Urteil, als dass es sich um einen eher faulen Kompromiss handelt. Zum Exportartikel, wie so manches am Grundgesetz, eignet es sich jedenfalls kaum.

Es fragt sich, ob der Kompromiss anders aussehen könnte. Die in Art. 72 Abs. 3 GG geregelten Materien entstammen alle dem Katalog der Rahmengesetzgebung. Die „**Bodenverteilung**“ (Art. 72 Abs. 3 Nr. 3, Art. 1 Nr. 5b des Entwurfs) ist als Kompetenzgrundlage in den fast 60 Jahren, soweit ersichtlich, nie aktiviert worden. Angesichts der in übrigen Kompetenztiteln steckenden Bodenkompetenzen des Bundes schien das auch nicht nötig. Es scheint daher nichts dagegen zu sprechen, den Titel ersatzlos für den Bund entfallen zu lassen. Das **Jagdwesen** (Art. 72 Abs. 3 Nr. 1, Art. 1 Nr. 5b des Entwurfs) bedarf keiner bundeseinheitlichen Regelung. Einen Grund für das Gegenteil kann denn auch die Begründung (Drucks. 16/813 S. 11 r. Sp.) nicht geben. Dass die offenbar sehr einflussreichen Lobbyisten die Kompetenz lieber beim Bund angesiedelt sehen, haben sie mit allen Lobbyisten gemein und ist aus ihrer Sicht auch verständlich, sollte aber kein entscheidender Grund für eine Kompetenzzuordnung sein. Was den Jagdschein angeht, so gibt es auch andere Berechtigungen, die aufgrund Landesrechts erteilt werden, aber in allen Ländern gelten. Die Umstellung sollte um so einfacher sein, wenn sich der Verfassungsgeber dazu verstehen könnte, eine Technik anzuwenden, die der Parlamentarische Rat mit großem Erfolg schon 1949 angewandt hat, nämlich mit dem Wechsel der Kompetenz das vorhandene Recht mit wechseln zu lassen. Darauf ist bei den sehr vertrackten Überleitungsbestimmungen noch zurückzukommen. **Natur und Landschaftspflege** (Art. 72 Abs. 3 Nr. 2, Art. 1 Nr. 5b des Entwurfs) sollte ebenfalls an die Länder gehen, dafür die abweichungsfesten Kerne, also „**Grundsatz des Naturschutzes, das**

Recht des Artenschutzes und des Meeresnaturschutzes“ bei der normalen voraussetzungslosen konkurrierenden Bundeskompetenz bleiben, was zur Änderung von Art. 74 Nr. 29 führen müsste.

Bei der Raumordnung (**Art. 72 Abs. 3 Nr. 4**, Art. 1 Nr. b **des Entwurfs**) könnte man es bei der Abweichungskompetenz belassen, weil hier eine natürliche Gemengelange zwischen der Raumordnung des Bundes und der der Länder besteht. Das eine streitet für Einheitlichkeit, das andere jedenfalls für Differenzierungsmöglichkeit.

Bei den beiden noch nicht behandelten Kompetenzen spricht nicht nur die Kompensation für die vorstehenden länderfreundlichen Vorschläge sondern auch aus der Sache mehr dafür, sie dem Bund ohne Abweichungsrecht der Länder zuzuweisen. Beim **Wasserhaushalt** (**Art. 72 Abs. 3 Nr. 5**, Art. 1 Nr. 5b des Entwurfs) zeigt schon die Begründung (aa0 S. 11), wie schwer es ist, den abweichungsfesten von dem übrigen Teil zu trennen. Verfassungsstreitigkeiten sind damit vorprogrammiert. Bei der Hochschulzulassung und den Hochschulabschlüssen (**Art. 74 Abs. 3 Nr. 6**, Art. 1 Nr. 5b des Entwurfs), dem Rest der hochschulrechtlichen Kompetenz des Bundes, spricht die zunehmende europäische Hochschulverflechtung dafür, einheitliche Standards in beiden Fragen zu garantieren.

4. Die Halbjahresfrist des Art. 72 Abs. 3 Satz 2, Art. 1 Nr. 5b des Entwurfs

Der in Art. 72 Abs. 3 Satz 2 des Entwurfs vorgesehene halbjährige Aufschub des Inkrafttretens eines Bundesgesetzes, das das gesamte Gesetzgebungsverfahren bis zur Verkündung durchlaufen hat, würde bei Realisierung der vorstehend zur Abweichungsgesetzgebung gemachten Vorschläge zwar an Bedeutung verlieren, erhält aber sowieso seine größere Bedeutung durch den Verweis in Art. 84 Abs. 1 Satz 3 des Entwurfs. Danach würde dieser Geltungsaufschub möglicherweise für mehr als die Hälfte der Bundesgesetze gelten. Das schwierige Geschäft der Gesetzgebung wird also weiter erschwert. Selbst wenn in einem Bundesgesetz nur steht, dass ein Antrag zu stellen ist, löst das als Verfahrensregel automatisch den Aufschub für das ganze Gesetz aus. Das scheint nicht gerade ein Akt der Weisheit zu sein.

Das Problem, zu dessen Lösung der Aufschub erfunden worden ist, existiert jedoch. Es fragt sich daher, ob es nicht schonendere Lösungsmöglichkeiten gibt. Die hier gefundene

Lösung hat eindeutig eine überschießende Tendenz, weil der Aufschieb auch gilt, wenn gar kein Land abweichen will und, wenn welche abweichen wollen, auch für die Länder, die nicht abweichen wollen. Überdies gilt er auch für Normen, für die kein Abweichungsrecht besteht, was insbesondere für Art. 84 Abs. 1 des Entwurfs von Bedeutung ist. Schließlich schließt die Regelung nicht aus, dass ein Land erst nach Ablauf der Halbjahresfrist abweicht und das eintritt, was man nach der Begründung gerade verhindern will, nämlich „kurzfristig wechselnde Rechtsbefehle“ (BT-Drucks. 18/813, Nr. 9 S. 15).

Formal sollte die Lösung darauf hinauslaufen, dass ein Großteil der zur Lösung des Problems notwendigen Verfahrensregeln in das Geschäftsordnungsrecht verwiesen wird oder, wenn das den Ländern zu unsicher ist, in ein Gesetz unterhalb der Verfassung, das ihrer Zustimmung bedarf.

Inhaltlich sollten die Länder, die eine Abweichung erwägen, dies gegenüber dem Bundestag notifizieren müssen, und zwar als Voraussetzung für die spätere Ausübung des Abweichungsrechts. In den vielen Fällen des Art. 84 Abs. 1 GG, in denen z. B. Verfahrensregeln, wie die Antragstellung unproblematisch und von keinem Land bestritten ist, würde der Bund weiterhin frei sein, den Termin des Inkrafttretens des Gesetzes zu bestimmen. Bei den von der Bundesregierung eingebrachten Vorlagen, der häufigste Fall, erhalten die Länder spätestens mit der Zuleitung der Vorlage an den Bundesrat (Art. 76 Abs. 2 Satz 1 GG) Kenntnis von dem Vorhaben des Bundes. In aller Regel erfahren sie es auf informellem Wege sehr viel früher. Wenn an die Notifizierung keine besonderen Anforderungen gestellt werden, was zu empfehlen ist, kann man die Frist für eine Notifizierung auf zwei Monate seit Kenntnis beschränken, da das Verfahren für die Länder zumutbar ist. Die Notifizierung erlaubt den Ländern, innerhalb eines halben Jahres nach Inkrafttreten eine entgegenstehende Regel zu erlassen. Danach sollte aber ein Abweichungsrecht ausgeschlossen werden. Es liegt dann in der Entscheidung des Bundes, sein Gesetz insgesamt mit einem Aufschieb von einem halben Jahr zu versehen oder nur in den Ländern, die eine Abweichung notifiziert haben.

Für „Überraschungsgesetze“, etwa aus der Mitte des Bundestags eingebrachte Vorlagen, oder für vom Bundesrat eingebrachte Vorlagen, die der Bundestag um Vorschriften, die ein Abweichungsrecht auslösen, ergänzen will, ließe sich die Frist zur Notifizierung entsprechend verlängern.

Die ist nur ein Skizze. Das Ziel sollte jedenfalls sein, die überschießende Tendenz des derzeitigen Vorschlages zu beschneiden, um die Effizienz der Gesetzgebung nicht unnötig zu beeinträchtigen.

Es fällt schwer, Verständnis für die weitere Regel aufzubringen, wonach in „Eilfällen“, wie die Begründung sagt, der Bundesrat eine Zwei-Drittel-Mehrheit aufbringen muss, um eine Frist unterhalb der Halbjahresfrist für ein Gesetz festzulegen. Verfassungsänderungsanforderungen für eine Fristregelung dieser Art vorzusehen, gehört ins Raritätenkabinett der Verfassungsgeschichte.

5. **Die ausdrückliche Betonung der lex-posterior-Regel (Art. 72 Abs. 3 Satz 3, Art. 1 Nr. 5b des Entwurfs)**

Im Abweichungsfall sowohl nach Art. 84 Abs. 1 wie des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 des Entwurfs gilt nach **Art. 72 Abs. 3 Satz 3 des Entwurfs** die lex-posterior-Regel im Verhältnis von Bundes- und abweichendem Landesgesetz. Dies ist eine der überflüssigen Angstklauseln, die eher Verwirrung stiften, als dass sie nutzten. Der angeordnete Befehl gilt nämlich schon nach der Systematik des Grundgesetzes und er führt in die Irre, weil er auch in anderen Fällen gilt, in denen er nicht ausdrücklich angeordnet ist und dort zu der Überlegung führen kann, ob er vielleicht dort doch nicht gilt, weil er nicht ausdrücklich angeordnet ist.

Ausgangspunkt der Verfassungslage ist Art. 31 GG, wonach Bundesrecht Landesrecht bricht, nämlich widersprechendes. Art. 31 GG ist also eine Kollisionsnorm. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Landesrecht früher oder später als das Bundesrecht gesetzt wurde. Die Erlaubnis zur Abweichung in Art. 84 Abs. 1 und Art. 72 Abs. 3 Satz 1 des Entwurfs hat lex-specialis-Wirkung zu Art. 31 GG. Hält sich das Recht des jeweiligen Landes im Rahmen der Abweichungsmöglichkeit, so tritt Art. 31 GG zurück. Ein Befehl, dass das Bundesrecht gebrochen würde, existiert nicht. Es gilt also für das Land wieder, wenn dieses sein abweichendes Recht wieder aufhebt oder es aus andern Gründen wie Zeitablauf unwirksam wird.

Ändert der Bund sein Gesetz, von dem ein Land korrekt abgewichen ist, so hat er neues Bundesrecht gesetzt, von dem noch nicht abgewichen worden ist. Will das Land abweichen, muss es seinerseits wieder Abweichungsrecht setzen. Die Rechtsfolgen, die Art. 72 Abs. 3 Satz 3 des Entwurfs formuliert, ergeben sich also schon aus der Systematik des Grundgesetzes gekoppelt mit einfachen Operationen der Logik.

Da es sich aber um gängige Vorgänge im Recht handelt, führt es nur zur Verwirrung, wenn die sich aus der Verfassungsordnung schon ergebenden Rechtsfolgen in diesem einem Fall ausdrücklich normiert werden. So ist nach § 68 Abs. 1 der VwGO vor einer Anfechtungsklage ein Widerspruchsverfahren einzuhalten, falls nicht ein Gesetz, auch ein Landesgesetz, etwas Abweichendes bestimmt. Auch hier könnte die Abweichung durch Änderung des § 68 VwGO überholt werden, ohne dass für nötig befunden würde, die Konsequenzen ausdrücklich zu regeln.

Art. 72 Abs. 3 Satz 3 des Entwurfs kann also ersatzlos gestrichen werden.

Art. 72 Abs. 4 des Entwurfs wird unter dem Stichwort Überleitung (s. V.) behandelt.

IV.

Europatauglichkeit des Grundgesetzes

Es fällt auf, dass die Begründung selbst diesen Begriff nicht kennt, wohl in der sicheren Erkenntnis der mangelnden Tauglichkeit des Entwurfs für dieses Thema. Der Begriff selbst, der offensichtlich in seiner Abkürzung die Europatauglichkeit Deutschlands nach dem Grundgesetz meint, kommt nur in dem nachrichtlich eingefügten Beschluss der Kanzlerin und der Ministerpräsidenten vor. Von den auf Europa bezogenen Vorschlägen des Entwurfs klären die wichtigen des Art. 104a Abs. 6 und des Art. 109 Abs. 4 GG (Art. 1 Nr. 16c und Nr. 20) lediglich die innerstaatliche Verteilung europäischer Lasten, was schon längst fällig war, tragen aber zur Europatauglichkeit nichts bei.

1. **Die zwingende Vertretung der Bundesrepublik durch einen Vertreter der Länder nach Art. 23 Abs. 6, Art. 1 Nr. 2 des Entwurfs**

Die einzige Norm, die etwas mit der Europatauglichkeit zu tun haben könnte, ist **Art. 23 Abs. 6**, Art. 1 Nr. 2 des Entwurfs und die Folgeänderung in Art. 52 Abs. 3a. Sie mindert offensichtlich, unabhängig von Einwänden im einzelnen, die Europatauglichkeit Deutschlands. Sie nimmt keine Rücksicht auf die formellen wie die fast noch wichtigeren informellen europäischen Usancen, Modi der Entscheidungsvorbereitungen, notwendige Überkreuzkompromisse, die nicht in den Bahnen innerdeutscher Kompetenzverteilungen verlaufen werden und negiert den bei den zunehmenden Mehrheitsentscheidungen entstehenden Zeitdruck, indem sie Deutschland zwingt, seine Interessen je nach Materie in jedem Fall von unterschiedlichen Personen wahrnehmen zu lassen, was notwendig eine latente Einbuße an Einfluss nach sich ziehen wird.

Wenn der Bund das akzeptiert, wird er bei der nächsten Verfassungsänderung keine Argumente haben, wenn die Länder dasselbe für die übrigen ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen verlangen. Die jetzt in dem Entwurf genannten Materien mögen den Ländern zwar heute besonders wertvoll erscheinen, sie haben aber keine andere Qualität als die anderen Materien ausschließlicher Landesgesetzgebung

Der Bundesrat ist kein Außenvertretungsorgan des Bundes. Der von ihm benannte Vertreter agiert aber als sein Vertreter, worauf auch die Neuorganisation des Entscheidungsverfahrens in der Europakammer (Art. 52 Abs. 3a des Entwurfs) hinweist. Er ist aber zugleich Treuhänder des Bundes, da er dessen Recht wahrnimmt.

Muss der Vertreter nach Art. 23 Abs. 6 des Entwurfs nur einstimmige Entscheidungen des Bundesrates oder seine Europakammer vertreten? Wie verhält er sich, wenn die Mehrheitsmeinung in Brüssel keine Aussicht auf Erfolg hat, wohl aber die Mindermeinung? Heißt die weiterhin notwendig bleibende „Abstimmung“ mit der Bundesregierung (Art. 23 Abs. 6 Satz 2 GG) und deren „Beteiligung“, dass es ohne Übereinstimmung kein deutsches Votum gibt? Und dass der Vertreter der Bundesregierung bei Verhandlungen und Abstimmungen immer dabei sein muss?

Es ist schwer zu sehen, was das alles zur Europatauglichkeit der Bundesrepublik beitragen soll.

Inhaltlich ist darauf zu verweisen, dass „die Kultur“ keine geschlossene Kompetenzmaterie ist, die nach der Verfassung eindeutig zugeordnet werden könnte. Anders als der EG-Vertrag schweigt das Grundgesetz vernehmlich zur Kultur. Auf dem Hintergrund des Art. 30 GG zwingt das zwar den Bund, seine Kulturaktivitäten als Bestandteil anderer Kompetenzen zu reklamieren, wie die auswärtige Kulturpolitik, oder sich aber auf eine Kompetenz kraft Natur der Sache zu berufen. Dies ist bei so weichen Themen wie die Kultur anders als bei sozialgestaltenden Themen wie das Sozialrecht oder das Wirtschaftsrecht oder gar Eingriffsmaterien wie das Steuerrecht einfacher, weil jeder Staat, der etwas auf sich hält, von sich behaupten muss, er sei ein Kulturstaat. Daher sind zum Beispiel nationale Kulturaktivitäten wie die Auslobung eines nationalen Kunstpreises oder nationale Musikwettbewerbe etc. selbstverständlich kompetenzgemäß. Außerhalb regulierter Politikbereiche sind Parallelaktivitäten von Bund und Ländern - auch unter dem Stichwort der Kompetenz kraft Natur der Sache - viel eher zulässig.

2. Die Änderung des Abstimmungsverfahrens in der Europakammer nach Art. 52 Abs. 3a, Art. 1 Nr. 4 des Entwurfs

Durch die Möglichkeit einer Abstimmung „im schriftlichen Umfrageverfahren“ wird die öffentliche Verhandlung, welche Art. 52 Abs. 3 Satz 3 GG für den Bundesrat, den der Europaausschuss nach Art. 54 Abs. 3a GG „für Angelegenheiten der Europäischen Union“ ersetzt, zum Standard macht, vollends unterlaufen. Das ist eine wenig erfreuliche Entwicklung und zeigt erneut, wie sehr sich die Länder mit den Europaagenden schwer tun.

Prof. Dr. Dr. h. c. Hans Meyer

60487 Frankfurt am Main
Georg - Speyer - Straße 28
Telefon 069 - 77 01 20 26
Telefax 069 - 77 01 29 27
E-mail: hans.meyer.privat@web.de

10099 Berlin
Unter den Linden 6
Telefon 030 - 2093 3347
Telefax 030 - 2093 3364
E-mail: hans.meyer@rewi.hu-berlin.de

Berlin, den 12. Mai 2006

**Einige Überlegungen
zum
Entwurf einer Verfassungsänderung
Teil II**

Der erste Teil dieser Bemerkungen hat sich zur Hauptsache mit den Vorschlägen zur Reform der Mitwirkungsrechte des Bundesrates und der Gesetzgebungskompetenzen befasst und einige Hinweise zur Europatauglichkeit gegeben. Mit den Gesetzgebungskompetenzen befasst sich auch die nachfolgende Erörterung der nicht zu vernachlässigenden Überleitungs- und Folgebestimmungen, die auf Äußerungen im ersten Teil der Bemerkungen (S.15-16) zum Thema zurückgreifen kann. Den spärlich geregelten Finanzfragen gelten einige Hinweise, die auch schon Fragen späterer Detailanhörungen aufgreifen.

**V.
Überleitungs- und Folgebestimmungen**

Die Reform 1994 hat in Art. 72 Abs. 3 GG und Art. 125a GG zwei Übergangs- und Folge-regeln konzipiert, die entweder wie Art. 72 Abs. 3 GG folgenlos geblieben sind oder wie Art. 125a GG erhebliche Probleme ausgelöst haben, die auch durch die zwischenzeitliche sehr

kühne Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur zum Teil gelöst, zum Teil aber auch verschärft worden sind. Um die beibehaltene und nur in der Absatzzahl geänderte Regelung des Art. 72 Abs. 4 des Entwurfs, die nur durch einen klarstellenden Zwischeneinschub geänderte Regelung des Art. 125a des Entwurfs und die neuen Regeln in Art. 125 b und c des Entwurfs verstehen und bewerten zu können, sind daher zunächst die Probleme zu benennen, welche die Reform 1994 mit sich gebracht hat.

1. Die Probleme des Art. 72 Abs. 3 im Gefolge der Reform von 1994

Die Konzeption der 94er Reform im Bereich der Gesetzgebungskompetenzen war nicht, benannte *Gesetzgebungsmaterien* auf die Länder zu übertragen, sondern die Ausübung der konkurrierenden Gesetzgebung durch den Bund über alle dieser Gesetzgebungsart unterfallenden Materien inhaltlich zu beschränken.

Art. 72 Abs. 3 GG und Art. 125a Abs. 2 GG regeln die Konsequenz des nachträglichen Wegfalls der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG, und zwar auf gleich Weise. Art. 72 Abs. 3 GG meint die Fälle, bei denen die strengeren Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG in der 1994er Fassung ursprünglich, also beim Erlass, vorgelegen haben, sich aber danach - meist wegen Veränderung der Verhältnisse - verflüchtigt haben. Diese Fälle haben bisher, wie noch zu zeigen sein wird, aus verständlichen Gründen zu keiner Ersetzung durch Landesrecht kraft bundesgesetzlicher Erlaubnis geführt. Ob und inwieweit die Voraussetzungen für die Anwendung der Norm vorliegen, ist unbekannt und wird vermutlich, wie noch zu zeigen sein wird, unbekannt bleiben. Die Gründe liegen auf derselben Ebene wie bei der weitaus bedeutenderen Überleitungsregel des Art. 125a Abs. 2 GG und des ihm entsprechenden und nur durch eine sinnvolle Klarstellung in Satz 1 1. Halbsatz erweiterten Art. 125a Abs. 2 des Entwurfs.

2. Die Probleme des Art. 125a Abs. GG im Gefolge der Reform von 1994

Art. 125a Abs. 2 meint, was der klarstellende Zwischensatz des Entwurfs (Art. 1 Nr. 21) jetzt deutlich macht, alles vor dem Inkrafttreten der 94er Reform erlassene Recht, also das Altrecht. Damit wird der weitaus größte Bestand bundesrepublikanischer Gesetze von dieser Norm erfasst, was ihre Brisanz ausmacht.

Das erste Hemmnis dieser Konstruktion, dass das in Art. 125a Abs. 2 GG gemeinte Recht weder vom Bund reformiert werden kann, weil Art. 72 Abs. 2 GG in der geltenden Fassung dem entgegensteht, noch von den Ländern nicht, weil der Bund es zur Ersetzung durch die Länder nicht freigibt, haben beide Senate des Bundesverfassungsgerichts mit dem Gewaltspruch aus dem Wege geräumt, Art. 72 Abs. 2 GG gelte entgegen seinem Anspruch für solche Fälle nicht (Erster Senat: BVerfGE 111, 10, 30 = Ladenschluss, dem sich der Zweite Senat in BVerfGE 111, 226, 268/9 (5. HRG-Novelle) angeschlossen hat). Es hat zugleich den Ländern ein eigenständiges Abänderungsrecht abgesprochen, was nach der Verfassungslage konsequent war. Beides trägt zur Rechtssicherheit ein gutes Stück bei.

Mit der anderen Hand hat das Bundesverfassungsgericht diese Rechtssicherheit aber wieder und, wie zu zeigen sein wird, zu seiner eigenen Verfügung, erheblich eingeschränkt, wovon die Verfassung auch nichts sagt. Beide Senate machen nämlich eine wesentliche Einschränkung, die ihrerseits erhebliches Konfliktpotential birgt. Die Änderungskompetenz sei „eng auszulegen“ und jede ohne Beachtung des neuen Art. 72 Abs. 2 GG erfolgte Änderung des bestehenden Bundesgesetzes „an die Beibehaltung der wesentlichen Elemente der in dem fortgeltenden Bundesgesetz enthaltenen Regelung geknüpft.“ Diese, nämlich die Regelung, dürfe vom Bundesgesetzgeber „modifiziert“ werden. „Zu einer grundlegenden Neukonzeption wären dagegen nur die Länder befugt, allerdings erst nach Freigabe durch Bundesgesetz“ (BVerfGE 111,10, 29 f., 30/31). Dieser Meinung hat sich der Zweite Senat im Urteil zur 5. HRG-Novelle fast wörtlich angeschlossen. Er spricht nur von der erlaubten „Modifikation einzelner Regelungen“ (BVerfGE 111, 226, 269).

Das Problem ist, wie man erlaubte Modifikation und verbotene „grundlegende Neukonzeption“ jeweils zu verstehen hat. Das Urteil zur 5. HRG-Novelle ist ein schönes Beispiel für die Zweifelsfragen. Der Senat bezieht das Erfordernis der grundlegenden Neukonzeption nicht auf das Hochschulrahmengesetz als solches, sondern umstandslos auf das Detailmoment der Personalstruktur und dort nur auf den Qualifizierungsweg zur Professur. Verallgemeinert man dieses Vorgehen, dann liegt es in der Hand der Gerichte, jede „Modifizierung“ zu einer grundlegenden Neugestaltung zu erklären, indem es den Blick weg lenkt von dem geänderten Gesetz als dem Bezugspunkt der Wertung und seine Sicht auf das Geänderte fokussiert. Da aber der Bundesgesetzgeber überhaupt nur tätig werden wird, wenn er Relevantes ändern möchte, ist er beliebig dem Vorwurf der „grundlegenden

Neukonzeption“ ausgesetzt. Das Gericht hat also, um im Bilde zu bleiben, den einen gordischen Knoten durchschlagen, dafür aber einen neuen geknüpft.

Nimmt man das drei Monate vorher ergangene Urteil des Ersten Senats zum Gesetz zur Bekämpfung gefährlicher Hunde hinzu, dann ist dort die Annahme eines eigenständigen Änderungsgesetzgebungsrechts des Bundes bei Altrecht nach Art. 125a Abs. 2 GG auch dann ausgeschlossen, wenn in eine Kodifikation, hier in das Strafgesetzbuch des Bundes, eine neue Strafvorschrift eingefügt wird. Es dürfe sich nicht „inhaltlich um eine erstmals geschaffene Neuregelung“ handeln (BVerfGE 110, 141, 174 ff.) Das ist nun eine außerordentlich erhebliche weitere Beschränkung der Änderungskompetenz des Bundesgesetzgebers. Jede Änderung will etwas anderes regeln als vorher und ist insofern immer eine „Neuregelung“. Die zusätzliche Einschränkung bedeutet, wenn man sie ganz ernst nimmt, dass die Änderungskompetenz des Bundes ausschließlich auf die Abänderung bestehender Gesetzesformulierungen reduziert ist. Von einer „grundlegenden Neukonzeption“ des Strafgesetzbuches lässt sich nämlich bei der Einfügung einer neuen Strafvorschrift in ein Gesetzeswerk mit einer Fülle von Strafvorschriften beim besten Willen nicht sprechen. Auch das aufgestellte Erfordernis der „Beibehaltung der wesentlichen Elemente der in dem fortgeltenden Bundesgesetz enthaltenen Regelung“ ist schwerlich verletzt. Beide Beschränkungen hatte der Senat in der nur sieben Tage jüngeren Ladenschlussentscheidung aufgestellt (BVerfGE 111, 10, 31). Schon die Tatsache, dass in der Kampfhundeentscheidung darauf nicht verwiesen wird, deutet darauf hin, dass der Senat sich über die erneut verschärfende Abweichung von dieser Entscheidung im Klaren war.

Der Erste Senat hat im Ladenschlussurteil, um die Konsequenzen seiner Interpretation des Art. 125a Abs. 2 GG abzusichern, die zwar nicht entscheidungserhebliche, aber naheliegende Frage gestellt, wer dann für „grundlegende Neukonzeptionen“ zuständig ist (BVerfGE 111, 10, 31, auch für das Folgende). Er konnte nicht umhin zu konstatieren, dass nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG der Bund das Bundesrecht für die Ersetzung durch Landesrecht nur öffnen „kann“, er also nicht dazu gezwungen ist. Das Gericht deutet diese Freiheit des Bundes in ein Ermessen um, das er wie ein Verwaltungsermessen behandelt, und kommt unter Anwendung des Grundsatzes des bundes- und länderfreundlichen Verhaltens zu einer Art Ermessensschrumpfung auf Null, wodurch aus dem „kann“ ein „muss“ wird. Der Obergedanke ist, dass „eine sachlich gebotene oder politisch gewollte Neuregelung“ auch möglich sein muss.

Das klingt auf den ersten Blick zwar konstruktiv kühn, aber doch vernünftig. Auf den zweiten Blick beschleichen einen aber erhebliche Zweifel. Der Senat hat sich nämlich entschieden, für die „politisch gewollte Neuregelung“ auf die Perspektive des Bundes zu setzen. Er formuliert ausdrücklich: „Reicht die bloße Modifikation der Regelung auf Grund sachlicher Änderungen nicht mehr aus oder hält der Bund aus politischen Erwägungen eine Neukonzeption für erforderlich,“ dann müsse er die Länder zur Neuregelung ermächtigen. Der politische Reformwille des Bundes, um es anders auszudrücken, soll ihn also zwingen, die Länder zuständig zu machen. Obwohl er keine Sicherheit hat, ja es unwahrscheinlich ist, dass alle sechzehn Länder gerade das Reformkonzept umsetzen, das dem Bund vorschwebt und um dessen willen er die Länder zuständig machen soll? Und wenn die Länder die Reformnotwendigkeit gar nicht einsehen? Und kann man dem Bund ernsthaft eine Rechtspflicht aus dem Gesichtspunkt des länderfreundlichen Verhaltens zu Gunsten der Länder auferlegen, wenn es um seine politischen Reformvorstellungen geht?

Ähnliche Probleme stellen sich bei der Alternative, nämlich „der sachlich gebotenen Neuregelung“. Wer soll das entscheiden? Der Bund, jedes einzelne Land für sich mit der Konsequenz, dass der Bund verpflichtet wäre, nur ihm das Ersetzen des Bundesrechts zu erlauben, oder die Ländergesamtheit, auch wenn der Bund anderer Ansicht wäre? Oder auch nur das Bundesverfassungsgericht?

Insgesamt lässt sich sagen, dass das Bundesverfassungsgericht die Gefahr einer Versteinigung des alten Bundesrechts, das der Bund wegen der Verschärfung des Art. 72 Abs. 2 GG nicht mehr erlassen könnte, durch die souveräne, man kann auch sagen, kühne These, Art. 72 Abs. 2 GG gelte für die Änderung des Gesetzes durch den Bund grundsätzlich nicht, jedenfalls formal gelöst hat. Durch die Einschränkung der Änderungsbefugnis auf bloße Modifikationen des Altrechts und die Erstreckung der dem Bund verbotenen grundlegenden Neukonzeptionen auch auf Detailänderungen größerer Gesetzeswerke sowie durch das Verbot, Änderungen eines bestehenden Gesetzestextes außerhalb von Textänderungen durch „inhaltliche Neuregelungen“ vorzunehmen, hat sich das Gericht die Möglichkeit eröffnet, fast beliebig die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Änderung von Altrecht im Einzelfall zu verneinen. Da es unwahrscheinlich ist, dass der Bund den Versuch einer Änderung des Altrechts ohne einen relevanten Anlass macht, ist grob gesprochen das Gericht in der Lage, eine ihm vernünftig erscheinende Regelung zur

Modifikation zu erklären und andererseits eine ihm nicht genehme zur „grundlegenden Neukonzeption“ oder zu „inhaltlichen Neuregelung“ .

Der Versuch des Ersten Senats, seine kühne Interpretation des Art. 125a Abs. 2 GG trotz der „Kann“-Formulierung mit einer Verpflichtung des Bundes zur Öffnung des Altrechts für ersetzendes Landesrecht zu krönen, ist angesichts der gewählten Alternative von Modifikation und grundlegender Neukonzeption weder überzeugend noch dürfte eine Verwirklichung in der Praxis zu erwarten sein. Der Senat legt nämlich dem Bund die Verpflichtung auf, zur Verwirklichung *eigener* Reformziele die Kompetenz den Ländern zu öffnen, obwohl er nicht einen Anflug von Sicherheit hat, dass die sechzehn Länder sie überhaupt und zudem noch im Sinne seiner Reformziele nutzen werden.

Bei dieser Rechtslage bedarf es keiner Prophetengabe, eine zunehmende Versteinerung des Altrechts vorauszusagen.

3. Die Auswirkungen des Entwurfs auf Art. 72 Abs. 3 GG alt bzw. 72 Abs.4 GG neu.

Es ist nicht anzunehmen, dass sich die Praxis des Bundes unter dem mit Art. 72 Abs. 3 GG gleichbleibenden Art. 72 Abs. 4 (Art. 1 Nr. 5c des Entwurfs) ändert. Die oben geschilderte Situation der Unsicherheit wird durch den Entwurf nicht geändert. Lediglich die Herausnahme einer Reihe von Materien aus der Geltung des Art. 72 Abs. 2 und damit des Abs. 4 des Entwurfs wird das Problem quantitativ mindern. Zu Art. 93 Abs. 2 neu (Art. 1 Nr. 14 des Entwurfs) siehe unten unter 7.

4. Die Auswirkungen des Entwurfs auf das Versteinerungsproblem

Ein Teil der Gesetze aus dem Bestand des Altrechts wird nach dem Entwurf durch die Übernahme einer Gruppe von Gesetzgebungsmaterien aus der konkurrierenden Gesetzgebung in die ausschließliche Gesetzgebung des Bundes (Art. 1 Nr. 6 des Entwurfs) aus dem Anwendungsbereich des Art. 125a Abs. 2 GG herausgenommen und ein anderer Teil durch den Wegfall der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG (Art. 1 Nr. 5a des Entwurfs) mangels Aufnahme in die Liste dieser Bestimmung. Für die ihnen entsprechenden Materien und die auf sie bezogenen Gesetze entsteht mit Inkrafttreten des Entwurfs die volle Regelungsgewalt des Bunde wieder, die 1994 verloren ging.

Es verbleiben aber noch große Gesetzesmaterien wie das gesamte Wirtschaftsrecht einschließlich des Rechts der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und der Pflegesätze, das gesamte Recht der öffentlichen Fürsorge, das Ausländerrecht, das Straßenrecht und die Abfallbeseitigung und damit eine Fülle schon lange bestehender Bundesgesetze, die unter der Geltung des Art. 72 Abs. 2 GG und damit des Art. 125a Abs. 2 des Entwurfs bleiben. Für sie bleiben also die oben skizzierten Versteinerungstendenzen bestehen.

Dabei sind zwei Problemkomplexe auseinander zu halten. Zum einen geht es um ganze Gesetze, für die die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG entfallen sind. Zum anderen geht es nicht um ganze Gesetze, sondern um Detailregeln in Gesetzen.

Die Fälle, dass für ganze Gesetze die Bundeskompetenz durch die restriktive Neufassung des Art. 72 Abs.2 GG im Jahre 1994 entfallen ist, dürften sehr gering sein. Das Ladenschlussgesetz ist ein solches Gesetz. Es ist ein kleiner Randbereich aus der Großmaterie „Recht der Wirtschaft“. Aus den Gesetzesmaterien, die nach der vorgeschlagenen Neufassung des Art.72 Abs.2 diesem noch unterfallen, dürfte die Materie „Recht der Wirtschaft“ auch die einzige sein, für die es bei ganzen Einzelgesetzen überhaupt denkbar ist, dass die Voraussetzungen des Art. 72 Abs.2 GG entfallen sind. Da das Vorliegen der Voraussetzungen aber je nach den Wertungen des Bundesverfassungsgerichts notwendig unsicher sind, wird der Bund Änderungen möglichst vermeiden, um eine Entscheidung zu verhindern. Eine Tendenz der Versteinerung des Bundesrechts wird die Folge sein. Es ist bedauerlich, dass in den bisherigen Beratungen keine Verfahrenslösung für dieses Problem gefunden worden ist. Sie könnte darin bestehen, dass die Länder innerhalb einer angemessenen Frist das Gesetz für sich reklamieren müssen, um sich auf Art. 72 Abs. 2 GG berufen zu können.

Der häufigere Fall wird aber sein, dass ein Bundesgesetz, dessen Zulässigkeit nach Art. 72 Abs. 2 GG im Kern unstrittig ist, über die vom Bundesverfassungsgericht unter Hinweis auf das „soweit“ in Art. 72 Abs. 2 GG geforderte Notwendigkeit von Abrundungsregeln hinaus sinnvolle Abrundungsregeln enthält, um eine Materie abschließend zu regeln. Niemand hat sich bei der Fülle des Altrechts bisher die Mühe gemacht, Gesetz für Gesetz zu klären, welche Regeln des Gesetzes noch vor dieser rigorosen Forderung des Bundesverfassungsgerichts Bestand hätten. Da es auch nicht im Interesse der Länder und vor

allem der Landtage sein kann, bloße Rand- und Abrundungsregeln zu Bundesgesetzen zu machen, ist schon im ersten Teil der Bemerkungen (III 2 S. 15-16) vorgeschlagen worden, entweder dem Bund ausdrücklich ein Abrundungsrecht zu geben oder - der einfachere Weg - das „soweit“ in Art. 72 Abs. 2 des Entwurfs ersatzlos zu streichen, weil allein dieses Wort die Grundlage der rigorosen Rechtsprechung im Altenpflegeurteil war. Dies erweiterte die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes nicht wesentlich, weil der Gedanke des „soweit“ in dem „wenn“ des Art. 72 Abs. 2 des Entwurfs im Kern schon enthalten ist und weil die Nutzung der jetzt etwas erweiterten Abrundungskompetenz selbstverständlich vor anderen ausschließlichen Landeskompetenzen zurückzutreten hätte.

Mit einer solche Lösung würde man die Gefahr der Versteinerung von Bundesgesetzen wesentlich reduzieren.

5. Das Weitergelten von Bundesrecht trotz Verlust der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 125a Abs. 1, Art. 1 Nr. 21 des Entwurfs

Wie schon der geltende Art. 125a Abs. 1 GG sieht auch der Entwurf das Weitergelten von Recht als Bundesrecht vor, obwohl die Verfassung und in besonderem Umfang der vorliegende Entwurf die Materie auf die Länder übertragen hat. Das ist ein unnötiges und auch schwer verständliches Festhalten des Bundes an verlorene Kompetenzen. Wenn den Ländern schon eine Kompetenz mit ihrer Zustimmung übertragen wird, dann sollten sie auch von Anfang an die Verantwortung für diese Kompetenz übernehmen. Außerdem bleibt offen, ob der Bund das Recht weiter reformieren kann oder auch hier die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 125a Abs. 2 GG gilt und was „Ersetzung“ eigentlich meint. Auch Detailänderungen mit der Konsequenz eines Gesetzeswerkes auf zwei Geltungsstufen?

Der Parlamentarische Rat hat ein paralleles Problem elegant gelöst, indem er altes Reichsrecht durch Art. 123 bis 125 GG auf Bund und Länder gemäß ihren Gesetzgebungskompetenzen aufgeteilt hat, und zwar mit seinem Inkrafttreten. So ist z. B. das Reichsbeamtengesetz sowohl Bundesrecht, nämlich für die Bundesbeamten, als auch jeweiliges Landesrecht, nämlich für die Landesbeamten geworden. Diese Lösung vermeidet, dass man längere Zeit je nach der unterschiedlichen Nutzung durch die Länder nur partiell geltendes Bundesrecht haben wird, ein Widerspruch in sich. Auch schwächere Länder, die ihre Bü-

rokratie und Parlamente überfordert sehen, sind dadurch nicht benachteiligt, da sie das Landesrecht gewordene alte Bundesrecht bestehen lassen können oder erst in geraumer Zeit je nach ihren Fähigkeiten und politischen Vorstellungen ändern können.

Art. 125 Abs. 1 lautete dann einfach:

Recht das als Bundesrecht erlassen worden ist, aber wegen Änderung oder Einfügung der Artikel nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte, gilt als Landesrecht fort.

6. **Zu den Überleitungsregeln des Art. 125b**, Art. 1 Nr. 22 des Entwurfs

Die in Abs.2 von Art. 125b vorgesehene Abweichungsmöglichkeit der Länder von Organisationsregeln im gesamten Altrecht des Bundes, obwohl die Ländern diesen Regeln nach Art. 84 Abs. 1 GG zugestimmt haben und das Zustimmungsrecht zudem nutzen konnten, den materiellen Teil des Gesetzes zu beeinflussen, ist ein außerordentliches Zugeständnis an die Länder, dessen ratio auch die „Begründung“ nicht erschließt, weil sie sich in der Beschreibung dessen, was vorgesehen ist, erschöpft. Ist es wirklich nötig, die große Masse des Altrechts einer sechzehnfachen Unsicherheit auszusetzen, obwohl ein solches Bedürfnis von den Ländern, geschweige denn von den Landesparlamenten, nie artikuliert worden ist? Dasselbe gilt auch für die Verfahrensvorschriften.

(Im letzten Satz der Begründung muss nicht auf Satz 3, sondern wohl auf Satz 4 (oder aber auf Satz 2?) verwiesen werden.)

7. **Über die Sinnhaftigkeit von Art. 93 Abs. 2 neu** (Art. 1 Nr. 14 des Entwurfs) **im Hinblick auf Art. 72 Abs. 4 (neu)**

Der die Lesbarkeit der Verfassung - eine wohl nicht unbillige Forderung - nicht gerade erhöhende Art. 93 Abs. 2 (neu) versucht über das Prozessrecht ein Problem zu lösen, das man sich materiellrechtlich zu lösen nicht traut. In Art. 72 Abs. 4 neu steht, das bei Wegfall der Erforderlichkeit - im Laufe der Zeit und nicht wegen der Verschärfung des Art. 72 Abs. 2 GG im Jahre 1994 - der Bund das weiterhin Bun-

desrecht bleibende Recht den Länder zur Ersetzung freigeben kann. Das Bundesverfassungsgericht hat daraus gemacht, dass er es in Sonderfällen muss, wenn nämlich der Bund das Recht für renovierungsbedürftig hält oder es objektiv renovierungsbedürftig ist, wer immer das zu entscheiden hat (s. oben S. 4-5). Der Entwurf meint, sagt es aber nicht, dass der Bund es immer muss, wenn einer der genannten Antragsteller es will.

Die in Art. 93 Abs. 2 neu vorgeschlagene Regelung bedeutet nichts anderes, als wenn in Art. 72 Abs. 4 neu stünde:

Durch Bundesgesetz kann oder durch das angerufene Bundesverfassungsgericht muss bestimmt werden, dass eine bundesgesetzliche Regelung, für die eine Erforderlichkeit im Sinne des Absatzes 2 nicht mehr besteht, durch Landesrecht ersetzt werden kann.

In das Prozessrecht des Art. 93 GG gehörte dann nur noch hinein, wer in welchem Verfahren die Entscheidung beantragen kann.

Sehr viel einfacher und auch ehrlicher und dem sonstigen Stil des Verhältnisses von Gesetzgeber und Verfassungsgericht angemessener wäre freilich, wenn Art. 72 Abs. 4 neu lauten würde:

Durch Bundesgesetz kann und auf Verlangen des Bundesrates, einer Landesregierung oder der Volksvertretung eines Landes muss bestimmt werden, dass eine bundesgesetzliche Regelung, für die eine Erforderlichkeit im Sinne des Absatzes 2 nicht mehr besteht, durch Landesrecht ersetzt werden kann.

Der Streit zwischen dem Bund und dem jeweiligen Land, ob die Erforderlichkeit tatsächlich entfallen ist, wäre dann über den Bund-Länder-Streit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG auszutragen. Das bei ihm nur Landesregierungen antragsbefugt sind, dürfte kaum von Bedeutung sein, wenn einer der oben genannten Antragsteller beim Bund erfolglos bleibt. Es bliebe aber beim Obsiegen der Länderseite dabei, dass der Bund ein Ersetzungsgesetz machen muss. Das ist auch sinnvoll, weil das genaue Ausmaß der Ersetzungsmöglichkeit fixiert werden muss. Dies ist wohl nicht gesehen worden, weil sich das Föderalismusreform-Begleitgesetz in seinem Art. 1 Nr. 3 bei dem wegen Art. 93 Abs. 2 (neu) erforderlichen Ergänzung des Bundesverfassungsgerichts-

gesetzes darüber ausschweigt, wie die gesetzvertretende Entscheidung des Gerichts eigentlich lauten muss.

Es fragt sich aber, ob sich der ganze und so verquälte Aufwand lohnt. Erstens wird die inhaltliche Bedeutung des Art. 72 Abs. 4 (neu) durch die Befreiung einer Fülle von Materien der konkurrierenden Gesetzgebung von den Voraussetzungen Art. 72 Abs. 2 GG und durch Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen auf die Länder erheblich minimiert. Zweitens ist es kaum denkbar, dass ein ganzes Gesetz durch nachträglichen Wegfall der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG sozusagen kompetenzlos wird. Drittens wird ein gesteigertes Interesse der Länder und erst recht der Landtage kaum bestehen, zu einem Bundesgesetz andere als die schon bestehenden Abrundungsregeln zu erlassen. Und viertens kann sich jedes Land unter dem geltenden Recht schon auf die Verfassungsrechtsprechung berufen, wonach in für die Länder wirklich interessanten Fällen der Bund gezwungen ist, die Freigabe zur Ersetzung zu erteilen. Dieses Anspruch lässt sich auch heute schon verfassungsgerichtlich durchsetzen.

In diesem Punkte liegen wirklich keine relevanten Machtfragen zwischen Bund und Ländern. Auf keinen Fall sollte man entgegen der sinnvollen Systematik des Grundgesetzes genuin materielle Fragen prozessual lösen wollen.

8. Über die Sinnhaftigkeit von Art. 93 Abs. 2 neu (Art. 1 Nr. 14 des Entwurfs) im Hinblick auf Art. 125a Abs. 2 neu

Bei dem Bezug in Art. 93 Abs. 2 neu auf Art. 125a Abs. 2 in der in diesem Punkte unveränderten Form sieht es noch komplizierter aus. Der Entwurf geht offensichtlich von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Altrecht aus, also dem vor dem Inkrafttreten der Reform von 1994 erlassenen Recht, das ganz oder teilweise nicht den Anforderungen des 1994 verschärften Art. 72 Abs. 2 GG entspricht. Für dieses soll danach ohne Rücksicht auf den geltenden Art. 72 Abs. 2 GG die Gesetzgebungskompetenz, also die Änderungskompetenz, weiterhin beim Bund liegen. Diese Änderungskompetenz wird aber durch das Gericht auf eine oben (s. oben S. 3 – 6) beschriebene komplizierte und auch unsichere Weise eingeschränkt, ohne dass sich daraus eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz der Länder ergäbe. Eine Pflicht

zur Freigabe der Kompetenz an die Länder sieht das Bundesverfassungsgericht nämlich nur bei einer „Ermessenschrumpfung auf Null“ vor.

Offensichtlich setzt die Prozessnorm des Art. 93 Abs. 2 neu aber voraus, dass diese materielle Rechtslage insofern geändert ist, als sie, wiederum ohne das deutlich zu sagen, der Landesseite einen Anspruch gegen den Bund gibt, über die Regelung des Art. 125a Abs. 2 GG und die sie interpretierende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinaus, auch in dem Fall ein Ersetzungsrecht zu haben, in dem nach der Rechtsprechung der Bund zwar kein Änderungsrecht mehr hat, er aber auch, mangels Ermessenschrumpfung auf Null, nicht verpflichtet ist, das Ersetzungsrecht an die Länder zu übertragen.

Wie bei Art. 72 Abs. 4 (neu) fragt sich, warum der Verfassungsänderungsgesetzgeber nicht zunächst die materielle Rechtslage klarstellt und daran die prozessualen Konsequenzen knüpft oder gar zu der Erkenntnis kommt, dass mögliche Streitfragen schon mit dem bestehenden prozessualen Instrumentarium hinreichend elegant geklärt werden können.

Unter Einbeziehung der oben angestellten Überlegungen zu Art. 72 Abs.4 (neu) könnte Art. 125a Abs. 2 des Entwurfs lauten:

Recht, das auf Grund des Art. 72 Abs. 2 in der bis zum 15. November geltenden Fassung erlassen worden ist, aber wegen Änderung des Art. 72 Abs. 2 nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte, gilt als Bundesrecht fort. Der Bundesrat, eine Landesregierung oder die Volksvertretung eines Landes können verlangen, dass den Ländern durch Bundesgesetz das Recht zur grundlegenden Neukonzeption übertragen wird.

Wiederum brauchte man für den Streitfall kein eigenes Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zu entwickeln, weil der Bund- Länder-Streit ausreicht. Das Verlangen eines der drei genannten Organe löst, wenn die Voraussetzungen vorliegen, den Anspruch jedes einzelnen Landes gegen den Bund auf Übertragung aus.

Auch hier stellt sich die Frage, ob die Sache es wert ist, einen solchen Aufwand zu treiben. Der Anwendungsbereich ist auf die in Art. 72 Abs. 2 des Entwurfs aufgezählten Materien beschränkt. Läge ein vernünftiger Kompromiss nicht darin, dass der Bund den Ländern kraft Verfassung ein Abänderungsrecht gibt, soweit das Altrecht nicht mehr den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 in der Verschärfung von 1994 entspricht? Dafür könnte er, um der ja viel Zweifel lassenden und daher ein hohes Maß an Unsicherheit produzierende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu entgehen, sich ein unbedingtes Änderungsrecht für das Altrecht einhandeln. Die Konsequenzen der verfehlten Reform 1994 wäre damit nicht nur im Anwendungsbereich des Art. 72 Abs. 2 GG zu einem großen Teil korrigiert, sondern auch in den Überleitungsbestimmungen.

Außerdem kann Art. 93 Abs. 2 des Entwurfs nicht den Eindruck verwischen, dass es ihm darauf ankommt, es möglichst kompliziert zu machen, ein Recht durchzusetzen.

Nach diesen Überlegungen könnte Art. 125a Abs. 2 lauten:

Recht, das auf Grund des Artikels 72 Abs. 2 in der bis zum 15. November 1994 geltenden Fassung erlassen worden ist, aber wegen Änderung des Art. 72 Abs. 2 nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte, gilt als Bundesrecht fort; es kann vom Bund geändert werden. Die Länder können abweichende Regelungen treffen.

Art. 93 Abs. 2 des Entwurfs könnte dann ersatzlos entfallen.

VI.

Finanzfragen

1. Die Konsequenzen europarechtlicher und völkerrechtlicher Verpflichtungen

Die Finanzverfassung ist nur sporadisch Gegenstand des Entwurfs. Die Einigung über die finanziellen Konsequenzen einer Verletzung von insbesondere europäischem Recht und Völkerrecht (**Art. 104a Abs. 6**, Art. 1 Nr. 16b des Entwurfs) und die Klarstellung, wer für

die Einhaltung des Stabilitätspaktes zuständig ist und die Lasten einer Verletzung trägt (**Art. 109 Abs. 5**, Art. 1 Nr. 20 des Entwurfs) sind zu begrüßen; sie waren überfällig.

2. Regionale Steuerautonomie

Die Stärkung regionaler Steuerautonomie bleibt weit hinter den Erwartungen zurück, was nach den Erfahrungen in der Bundesstaatskommission nicht am Bund, als vielmehr an den Ländern selbst liegt. Die nunmehr vorgesehene Möglichkeit für die Länder, selbst die Steuersätze bei der Grunderwerbssteuer festzusetzen (**Art. 105 Abs. 2a Satz 2**, Art. 1 Nr. 18 des Entwurfs) sind fast mehr ein Zugeständnis der Länder, die sich nicht einmal darauf einigen konnten, die Gesetzgebung und damit die politische Verantwortungen für die Steuern zu übernehmen, deren Ertrag ihnen ganz zukommt.

3. Neuregelung der Finanzhilfen

Bei der Neuregelung der Finanzhilfen (ehemals Art. 104a Abs. 4) im neuen **Art 104b** (Art. 1 Nr. 17 des Entwurfs) sind die zwingende Befristung (Art. 104b Abs. 2 Satz 2) und Degression (Art. 104b Abs. 2 Satz 3) ausdrücklich zu begrüßen. Die Finanzhilfen des Bundes sollen eine Ausnahme bleiben und ein aktuelles Bedürfnis befriedigen Sie sind eine notwendige Ergänzung des Finanzausgleichs, der eher eine Antwort auf strukturelle Probleme darstellt und dessen Verfahren daher - auch zeitlich - sehr aufwändig ist. Die Finanzhilfen nähern sich damit der Praxis anderer Bundesstaaten, bei denen dem Bund auch die Möglichkeit finanzieller Sonderhilfen eingeräumt werden.

Bedenken sind angebracht im Hinblick auf die in Absatz 2 vorgesehene Formalalternative Zustimmungsgesetz oder Bundeshaushalt und Verwaltungsvereinbarung. Letztere Form entspricht nicht der Bedeutung der Finanzhilfen im Bundesstaat und führt zu einer materiellen Entparlamentarisierung und damit zu einem Transparenzverlust. Im Bundeshaushalt werden lediglich die Summen, die der Bund zur Verfügung stellt, und die allgemeine Zielsetzung, der Zweck, fixiert. Eine differenzierte Festlegung ist unüblich. Außerdem geraten in dem riesigen Zahlenapparat des Bundeshaushalts Einzelposten leicht aus dem Blickfeld. Über das Zustimmungsrecht können die Länder in dem transparenteren Gesetzgebungsverfahren zudem Versuche des Bundes, sie durch Finanzhilfen zu ködern, eher abwehren. Das ist bei Verwaltungsvereinbarungen, bei denen der Ressorteinfluss oft stärker ist, schwieriger.

Wenn die Bundesfinanzhilfen auf aktuelle Bedürfnisse reagieren können sollen, dann ist der in Absatz 1 vorgesehene, vom alten Recht übernommene Versuch der Einhegung nicht sinnvoll, zumal die Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts ein Dauerzustand zu sein scheint. Es ist auch nicht einzusehen, dass die Hilfe nur für „Investitionen“ geleistet werden darf. Der Begriff wird wegen seiner Funktion in Art. 115 GG, die Verschuldensgrenze des Bundes zu limitieren, sinnvoller Weise sehr restriktiv aufgefasst. Die Bedürfnisse, auf die zu reagieren Art. 104b GG eine Möglichkeit schaffen soll, können aber durchaus unabhängig von diesem Investitionsbegriff auftauchen.

Erst Recht macht es von der durch den Entwurf gestärkten Funktion der Finanzhilfe, eine ad hoc- und zeitlich begrenzte Hilfe zu sein, keinen Sinn, die Finanzhilfe, und sei es negativ, an Gesetzgebungskompetenzen zu binden, wie das in Art. 104b Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs geschieht.

Die derzeitige Debatte ist ein beredtes Beispiel dafür. Es ist bekannt, dass in den nächsten Jahren wegen der diesmal erfreulichen demographischen Entwicklung ein erneuter Massenansturm auf die Hochschulen einsetzen wird. Er wird nur temporär sein und seine Berücksichtigung im Finanzausgleich ist daher schwer zu bewerkstelligen, wenn nicht politisch unmöglich. Selbst reichere Länder werden ihm finanziell nicht adäquat begegnen können. Er ist daher ein idealer Kandidat für eine Finanzhilfe des Bundes. Da es vor allem um Lehrkapazität geht, muss das Geld vor allem in die bibliothekarische Versorgung und zu einem nicht geringen Teil in Personal gesteckt werden. Beides ist selbstverständlich vom üblichen Investitionsbegriff nicht umfasst.

Die Neufassung schließt eine entsprechende Hilfe des Bundes also aus zwei Gründen aus: Fehlende Subsumtion unter den Investitionsbegriff und Verbot der Hilfe über Art. 104 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs, also der Hilfe in Sachgebieten ausschließlicher Landesgesetzgebung.

Da Hilfe aber unabweisbar ist, verfällt man, wenn man den Nachrichten trauen kann, sozusagen in Notwehr auf ein Täuschungsmanöver, bei dem aber alle Beteiligten Bescheid wissen. Der Bund gibt über die Gemeinschaftsaufgabe Forschungsförderung Forschungsgelder mit der Auflage, damit zwar Forschung zu fördern, aber die entsprechende

Summe an vom Land vorgesehenen Forschungsgeldern einzusparen und sie dem Ausbildungsetat zuzuschlagen. Rechtlich gesehen ist das eine Umgehung und politisch gesehen ein Maß an Unseriösität, das nur Wasser auf die Mühlen derer ist, die schon immer Politik für ein schmutziges Geschäft gehalten haben.

Wenn man daher in den Bedingungen für Bundeshilfen großzügiger wäre und in der Befristung und der Degression die eigentliche Bindung sieht, könnte man auch vermeiden, dass der Hochschulbereich entgegen dem Wunsch der Länder wieder ganz in die Gemeinschaftsaufgabe fiele, die ja dem Bund ein höheres Mitspracherecht einräumt.

Um an dem vorgeschlagenen Art. 104b nicht allzu viel zu ändern, könnte die Formulierung unter Aufnahme aller oben geäußerten Bedenken lauten:

(1) Der Bund kann den Ländern Finanzhilfen insbesondere für bedeutsame Investitionen der Länder und der Gemeinden (Gemeindeverbänden) gewähren, die

1.

2.

3.

erforderlich sind.

(2) Das Nähere, insbesondere die Arten der zu fördernden Investitionen, wird durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, geregelt. Die Mittel sind befristet zu gewähren und hinsichtlich ihrer Verwendung in regelmäßigen Abständen zu überprüfen. Die Finanzhilfen sind im Zeitablauf mit fallenden Jahresbeträgen zu gestalten.

(3)

Man muss sich auch darüber im Klaren sein, dass Bundesfinanzhilfen das Politikfeld, in das sie gegeben werden, privilegieren. Da die Länder zur Mit- oder Gegenfinanzierung verpflichtet werden, ist das Politikfeld für die Landespolitik attraktiver als andere, die keine zusätzliche Finanzierung erwarten können. Da alle politischen Kräfte beteuern, dass in dem rohstoffarmen Land Bildung und Ausbildung Priorität genießen sollen, wäre es schwer zu verstehen, wenn zwar andere Politikbereiche von Bundeshilfen profitieren können, nicht aber dieser Bereich.

4. Abbau von Gemeinschaftsaufgaben und der mit ihr verbundenen Mischfinanzierung

Die Gemeinschaftsaufgaben nehmen an der eben beschriebenen Privilegierung des jeweiligen Politikfeldes teil. Ob das Instrument, das erfreulicher Weise durch die Aufhebung des Absätze 3 bis 5 in **Art. 91a**, Art. 1 Nr. 13 vereinfacht worden ist, für die verbleibenden Agenden noch das Richtige ist, mag man bezweifeln. Auch weil dahinter nicht unerhebliche Transferleistungen in die ostdeutschen Länder stecken, gehörte das jedoch zu den politischen Tabus. Bedauerlicherweise sieht das Föderalismusreform-Begleitgesetz noch keine nach **Art. 91a Abs. 2** des Entwurfs mögliche Vereinfachung des Verfahrens vor.

Weniger verständlich ist, dass der Bund zwar seinen Anteil an der Finanzierung des Hochschulbaus bis 2019 den Ländern nach einer pauschalen Berechnung übertragen will, eine Zweckbindung für den Hochschulbau aber nur bis 2013 vorgesehen ist (**Art. 143c Abs. 2 und 3**, Art. 1 Nr. 23 des Entwurfs). Dies ist eine zusätzliche Deprivilegierung des Hochschulbereichs.

Unverständlich ist die Beschränkung der Mitfinanzierung des Bundes im Hochschulbereich auf die Förderung wissenschaftlicher Forschung und von Forschungsbauten (**Art. 91b Abs. 1 Nr. 2**, Art. 1 Nr. 13 des Entwurfs). Bei einer Institution, deren Sinn darin besteht, Forschung und Ausbildung gerade zu verknüpfen, ist diese Differenzierung gelinde gesagt merkwürdig. Praktisch wird das darauf hinauslaufen, dass Bibliotheken und Rechenzentren als Forschungsbauten deklariert und anerkannt werden und die ganzen naturwissenschaftlichen und medizinischen Institute, ganz gleich, ob sie Hörsäle enthalten oder nicht, ebenfalls. Und auch die Geistes- und Sozialwissenschaftler werden nicht ruhen, bis ihre Institute in Forschungsinstitute umbenannt sind.

Angesichts der Tatsache, dass in den letzten zehn Jahren die Hochschulen finanziell zunehmend schlechter gestellt worden sind, die Forschungsinstitute außerhalb der Hochschulen und die Forschungsförderungsorganisationen aber regelmäßig Zuwächse erhalten haben, hat sich eine Schere aufgetan, die dem Nachwuchs für die sicherlich förderungswürdige Forschung, der fast ausschließlich auf den Universitäten ausgebildet wird, immer schlechtere Ausbildungsmöglichkeiten bietet. Die Grundausstattung der Hochschulen ge-

langt zunehmend in einen beklagenswerten Zustand. Dieser Trend wird durch die rigorose Konzentration der möglichen Mitfinanzierung auf Forschung verstärkt.

Andererseits ist der in der Bundesstaatskommission von Länderseite vehement vorgetragene Wunsch, im Hochschulbereich möglichst ohne Ingerenzen des Bundes walten zu können, verständlich. Durch die praktisch ersatzlose Aufhebung der Rahmenkompetenz für diesen Bereich ist diesem Wunsch in einem wesentlichen Punkt Rechnung getragen. Was die finanziellen Anforderungen des Hochschulbereichs außerhalb der Forschung angeht, so sind die Länder aber, wie das oben S. 15 erwähnte Beispiel zeigt, nicht in der Lage, Sonderanforderungen wie zum Beispiele einem erneuten relevanten Ansteigen der Studierendenzahlen finanziell gerecht zu werden. Deshalb darf zur Lösung des Problems auf die Ausführungen zu Art. 104b des Entwurfs verwiesen werden (S. 14 -16). Diese Lösung hätte den Vorteil, dem Länderwunsch insoweit entgegen zu kommen, als keine Gemeinschaftsaufgabe und damit eine gleichberechtigte Mitsprache des Bundes entsteht.