



Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M.

**Direktor des Instituts für Völker- und Europarecht
Juristische Fakultät Georg-August-Universität Göttingen
Lehrstuhl für öffentliches Recht und Europarecht**

Platz der Göttinger Sieben 5
D-37073 Göttingen

Tel.: 0551/39-4761

Fax: 0551/39-2196

e-mail:

europa@uni-goettingen.de

Göttingen, 15. Oktober 2007

**Stellungnahme als Sachverständiger im Rahmen der
öffentlichen Anhörung der Föderalismuskommission II
am 8. November 2007**

Kommission von Bundestag und Bundesrat
zur Modernisierung
der Bund-Länder-Finanzbeziehungen

Kommissionsdrucksache
066

A.	EINLEITUNG	1
B.	EIN NEUES LEITBILD: INNOVATIONSFÖDERALISMUS	2
	I. GRUNDLAGEN.....	2
	II. AUSGANGSLAGE: VON DER „SCHICHTTORTE“ ZUM „MARMORKUCHEN“.....	3
	III. DAS NEUE PERSPEKTIVISCHE LEITBILD DES INNOVATIONSFÖDERALISMUS	4
	IV. SCHLUSSFOLGERUNGEN.....	7
C.	AUFGABENKRITIK UND PRIVATISIERUNG (FRAGENKATALOG I., FRAGEN NR. 17 FF.)	7
	I. GRUNDLAGEN.....	7
	II. SKIZZE DER KONKRETEN VERFASSUNGSRECHTLICHEN GRENZEN	9
	1. Grundrechtliche Grenzen.....	9
	2. Funktionsvorbehalt, Art. 33 Abs. 4 GG.....	11
	a) hoheitliche Befugnisse	11
	b) Zulässigkeit von Ausnahmen	12
	3. Wesentlichkeitsgrundsatz, Art. 20 Abs. 2, 3 GG.....	12
	4. Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG.....	13
	5. Verteilung der Vollzugskompetenzen, Art. 87 ff. GG	13
D.	AUFGABENOPTIMIERUNG DURCH KOORDINIERUNG UND BENCHMARKING (FRAGENKATALOG II. UND III., FRAGEN NR. 33, 50, 87, 218, 221 FF.)	13
	I. ZUM VERSTÄNDNIS EINER ETWAIGEN KOORDINIERUNGSZUSTÄNDIGKEIT DES BUNDES	14
	II. KONKRETE AUSGESTALTUNG EINES LÄNDER-BENCHMARKING	16
	III. ABGRENZUNG ZU BESTEHENDEN OPTIMIERUNGSMODELLEN	17
	1. Gesetzesfolgenabschätzung.....	18
	2. Normenkontrollrat.....	18
	IV. VERFASSUNGSRECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT DES SKIZZIERTEN LÄNDER-BENCHMARKINGS	19
	1. Formelle Grenzen.....	19
	2. Materielle Grenzen.....	20
	a) Allgemeiner Gleichheitssatz.....	20
	b) Aufgabe der Eigenstaatlichkeit der Länder	21
	c) Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens	22
	d) Wesentlichkeitsgrundsatz.....	22
	e) Schutzpflichten.....	22
	V. SCHLUSSFOLGERUNGEN.....	23
E.	STANDARDSETZUNG UND DEZENTRALE FLEXIBILISIERUNG/DIFFERENZIERUNG (FRAGENKATALOG III. UND IV., FRAGEN NR. 214 FF., 240 FF.)	24
	I. EINFÜHRUNG	24
	II. VERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN FÜR ABWEICHUNGSMÖGLICHKEITEN.....	25
	1. Formelle Grenzen.....	25
	a) Gebrauchmachen des Bundes, Art. 72 Abs. 1 GG.....	25
	b) Art. 72 Abs. 3 GG als Vorbild für eine Abweichungsmöglichkeit.....	26
	c) Herausforderungen	27
	d) Zwischenergebnis.....	28
	2. Materielle Grenzen.....	28
	a) Postulat bundesweit einheitlicher Lebensbedingungen	28
	b) Grundrechtliche Grenzen	29
	III. SCHLUSSFOLGERUNGEN.....	30
F.	VERSTÄRKTE ZUSAMMENARBEIT UND FÖDERALISMUS (FRAGENKATALOG V., FRAGEN NR. 287 FF.).....	31
	I. VERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN.....	32
	1. Möglichkeiten und Grenzen einer verstärkten Zusammenarbeit der Länder	33
	a) Abstrakte Betrachtung der verfassungsrechtlichen Grenzen	33
	b) Projektion auf ausgewählte Kooperationsformen.....	34
	aa) Kooperation zwischen den Ländern	34
	bb) Kooperation zwischen Bund und Ländern.....	35
	cc) Schlussfolgerungen.....	35
	II. KOOPERATION UND ART. 72 ABS. 2 GG	36

G. MÖGLICHKEITEN ZUR ERLEICHTERUNG DES FREIWILLIGEN ZUSAMMENSCHLUSSES VON LÄNDERN (FRAGENKATALOG VI., FRAGEN NR. 325 FF.)	38
I. ZIELE EINER NEUGLIEDERUNG.....	38
II. DAS NEUGLIEDERUNGSVERFAHREN ALS HEMMENDER FAKTOR	39
III. GIBT ES ALTERNATIVEN ZU EINER NEUGLIEDERUNG?	41
1. <i>Verstärkte Zusammenarbeit?</i>	41
2. <i>Finanzausgleich als Alternative?</i>	42
IV. OPTIONEN FÜR DIE ERLEICHTERUNG VON FREIWILLIGEN ZUSAMMENSCHLÜSSEN	43
V. GRENZEN EINER DIE NEUGLIEDERUNG OHNE BETEILIGUNG DER BETROFFENEN LÄNDER ODER IHRER BEVÖLKERUNG ERMÖGLICHENDEN REGELUNG	45
VI. SCHLUSSFOLGERUNGEN.....	48

A. Einleitung

Nachdem die sog. „Föderalismusreform I“ Fragen der Finanzverfassung weitgehend ausgeklammert hatte, werden diese nunmehr im Rahmen der sog. „Föderalismusreform II“ behandelt. In diesem Kontext geht es u.a. um die Novellierung des Länderfinanzausgleichs, die Einführung einer Schuldenobergrenze verbunden mit einem Frühwarnsystem sowie die Etablierung verursachungsgerechter Sanktionsmechanismen nach Vorbild des EU-Stabilitätspaktes. Derartigen Forderungen liegt die Überzeugung zugrunde, dass jedes Bundesland für seine finanziellen Geschicke künftig mehr Verantwortung übernehmen soll.

Unabdingbare **Voraussetzung dieses Vorhabens** ist eine hinreichende Handlungsautonomie der Bundesländer in Form von finanzwirksamen Gestaltungs- und Innovationsspielräumen. Diese stellen gleichsam ein „Ventil“ für den Druck dar, der aus einer verfassungsrechtlichen Verschuldensgrenze samt Sanktionsmechanismen für die Länder (und Kommunen) notwendig folgt. Hinzu muss die Garantie kommen, etwaige Einsparungen zur Konsolidierung des Länderhaushalts oder für neuerliche Investitionen behalten zu dürfen. Nur unter diesen Voraussetzungen bestehen Anreize für ein Bundesland, seine Ausgaben zu minimieren und die preiswerteste Alternative der Aufgabenerfüllung zu ermitteln.

Um die in diesem Zusammenhang auftauchenden (und den Sachverständigen gestellten) Fragen überzeugend beantworten zu können, bedarf es eines die **Thematik überwölbenden Leitbildes** für das Verständnis unseres Bundesstaates und des in ihm gelebten Föderalismus. Denn nur wenn Klarheit und Konsens über den Sinn und Zweck des bundesdeutschen Föderalismus besteht, mithin ein klares Leitbild des Föderalismus besteht, können im Bundesländer Verhältnis aufgeworfene Probleme und Rechtsfragen, die sich im Rahmen der Föderalismuskommission II stellen, in sich schlüssig beantwortet werden. Andernfalls wird der Begriff des „Föderalismus“ zu einem Spielball des politischen Prozesses, der je nach Bedarf zur Begründung unterschiedlichster Interessen eingesetzt wird, heute dafür, morgen dagegen. Bildlich gesprochen geht es daher darum, nicht nur die einzelnen Bäume anzuschauen, sondern auch einmal den ganzen Wald aus der Vogelperspektive in den Blick zu nehmen.

B. Ein neues Leitbild: Innovationsföderalismus

I. Grundlagen

Der Bundesstaat lässt sich - wenn überhaupt - als ein in Staaten gegliederter Gesamtstaat definieren. Die daran anknüpfende Frage, was denn eigentlich die Staatlichkeit der Gliedstaaten ausmacht, ist abstrakt nur schwer zu beantworten. Insofern lässt sich sagen, dass den Gliedstaaten ein gewisses politisches Gewicht im Gesamtsystem zukommen muss, das sie befähigt als Gegengewicht zum Gesamtstaat zu fungieren. Föderalismus ist so gesehen eine „question of degree“.

Aus der Bundesstaatstheorie lassen sich insoweit verschiedene „**föderale Eckpunkte**“ ableiten, die für ein föderal organisiertes Gemeinwesen typisch sind.

- Zuvorderst zeichnet sich ein Bundesstaat durch die hinreichende **Eigenverantwortlichkeit und Autonomie** seiner Gliedstaaten aus, im Zuge derer diese ihre Eigenarten gegenüber dem Gesamtstaat behaupten können.
- Desweiteren ist eine **effektive Aufgabenzuordnung** notwendig, um einen angemessenen Ausgleich zwischen wettbewerbsfördernder Vielfalt und unitarischer Effizienz zu erreichen. Die Verteilung hat insoweit vor allem nach der Leistungsfähigkeit der Verpflichteten und der gesellschaftlichen Homogenität der jeweiligen Aufgabe zu erfolgen.
- Im Zusammenhang damit steht die **Leistungsfähigkeit** der Gliedstaaten in dem Sinne, dass sich diese einer ihnen zugewiesenen Aufgabe nicht unter Hinweis auf ihre beschränkte Leistungsfähigkeit unter dem Gesichtspunkt einer Überforderung entziehen können. Denn die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern unterstellt gerade, dass die Gliedstaaten in der Lage sind, die ihnen zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen. Eine Aufgabenabwälzung auf den Bund, andere Glieder oder gemeinsame Einrichtungen kann daher nur in engen Grenzen zulässig sein.
- Schließlich setzt Föderalismus ein **solidarisches Verhalten** der dezentralen Einheiten (Länder) untereinander und gegenüber der zentralen Einheit (Bund) voraus. Essentiell ist daher eine Pflicht zur gegenseitigen Loyalität, und zwar in horizontaler und vertikaler Hinsicht. Aus ihr resultiert aber kein Gebot zur Herstellung von umfassender, differenzierungsloser Gleichheit.

Mit Blick auf diese „föderalen Eckpunkte“ lassen sich **zwei Konzepte des Föderalismus** unterscheiden: Das traditionelle als **dualistisch oder auch separativ** bezeichnete Konzept, das unter Betonung der Länderstaatlichkeit auf einer klaren Teilung der Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen bei getrennter Finanzierung und Verantwortung beruht, sowie das **unitarisch-kooperative**, in dem an die Stelle der Aufgabenteilung eine gemeinsame Aufgabenverantwortung bis hin zur paritätisch verantworteten und finanzierten Aufgabenerfüllung getreten ist und durch eine Vielzahl von Verflechtungen, Kooperationsformen sowie damit einhergehend eine Vermischung von Verantwortlichkeiten gekennzeichnet ist.

II. Ausgangslage: Von der „Schichttorte“ zum „Marmorkuchen“

Auch wenn das Grundgesetz von Anfang an Verflechtungen und Kooperationsformen, etwa beim Vollzug von Bundesgesetzen oder in der Gesetzgebung durch die Institution des Bundesrates, zwischen den beiden Ebenen des Bundesstaates vorsah, so war sein Grundmuster doch von einem Trennsystem geprägt, das eher dem Modell des **dualistischen Föderalismus** entsprach. Unter dem Druck der Verhältnisse setzte jedoch schon bald eine schleichende Umwandlung vom die Länderstaatlichkeit betonenden dualistischen zum unitarisch-kooperativen Föderalismus ein. Abgesehen davon, dass die traditionelle Verwurzelung in landsmannschaftlichen und kulturellen Eigenarten durch die Folgen des Zweiten Weltkrieges nach 1945 verwischt worden war und die Bildung der Bundesländer zumeist nicht an historisch vorgegebene staatliche Einheiten anknüpfte, waren die moderne Industriegesellschaft und das Sozialstaatsprinzip mit ihren Vereinheitlichungsbedürfnissen für diese Entwicklung verantwortlich. **Bildlich gesprochen** ist der Bundesstaat der Verfassungsväter mit seinen klaren Abgrenzungen in Form einer „Schichttorte“ im Zuge dieser Entwicklung dem kooperativen Föderalismus in Form eines „Marmorkuchens“ gewichen.

Nachdem dieser **kooperative Föderalismus** zunächst als dynamische Fortentwicklung, die alle bundesweiten Probleme im Infrastrukturbereich bzw. der Wirtschafts- und Sozialvorsorge lösen könne, begrüßt worden war, wird er heute in der politischen Praxis ebenso wie in der wissenschaftlichen Literatur überwiegend negativ beurteilt. Zu Recht wurden als nachteilige Folgen immer wieder (1.) die mangelnde Effektivität als Folge der Notwendigkeit einstimmiger Entscheidungen, die - angesichts von Gleichbehandlung und

Besitzstandswahrung der Länder - nur einen Konsens auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner ermöglichen, (2.) die Bürokratisierung der Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse in administrativen Gremien (sog. Exekutivföderalismus), (3.) die doppelte Entmachtung der Länderparlamente durch den Verlust an Entscheidungsmacht und Gesetzgebungskompetenzen, (4.) die angesichts mangelnder Transparenz der Willensbildung und diffuser politischer Verantwortung entstehenden Kontrolldefizite sowie (5.) der generelle Verlust an Gestaltungsspielraum und damit Staatlichkeit der Länder beklagt.

III. Das neue perspektivische Leitbild des Innovationsföderalismus

Vor diesem Hintergrund bedarf der Föderalismus in der Bundesrepublik einer neuen Legitimationsgrundlage. Sucht man nach einer solchen, so stösst man auf das dem Föderalismus immanente Potential der Gleichzeitigkeit mehrerer Entscheidungsebenen. Insoweit rückt die innovationsfördernde Funktion des Föderalismus im Verhältnis der Länder untereinander, aber auch gegenüber dem Bund in das Zentrum des Interesses. Diese Funktion wird auch unter dem Stichwort „Konkurrenzföderalismus“ oder „kompetitiver Föderalismus“ beschrieben, gleichwohl beschreibt der konstruktive Begriff der „Gestaltung“ bzw. der „Innovation“ treffender worum es eigentlich geht.

Innovationsföderalismus lässt sich im Staat der Bundesrepublik dahin gehend verstehen, dass im Rahmen der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes zwischen Bund und Ländern sowie zwischen den Länder untereinander innovationsfördernde Gestaltungsspielräume sowohl bei der Lösung von politischen Problemen als auch bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben ermöglicht werden. Stichworte sind insoweit die Ermöglichung von Experimenten in kleinerem Rahmen, die Bürgernähe sowie die Verbreiterung von Mitwirkungschancen.

Damit ist die Frage aufgeworfen, woraus sich der so beschriebene Grundgedanke des Innovationsföderalismus legitimiert. In Westeuropa lassen sich gegenwärtig zwei unterschiedliche Entwicklungen feststellen. Deren eine begünstigt supranationale Strukturen, um in Zeiten wachsender Verflechtung und Abhängigkeiten (Globalisierung) eine problemadäquate Politikebene zu etablieren. Deren andere begünstigt dezentrale Strukturen unterhalb der nationalstaatlichen. Zum Stichwort ist hier das „Europa der Regionen“ geworden. Letzterer Trend entspringt in diesem Zusammenhang der Suche nach einer

Kompensation für den kulturellen Identitätsverlust, der mit der Bildung supranationaler und internationaler Handlungsebenen wie der EU einhergeht.

Von Bedeutung ist aber noch die wachsende Einsicht, dass staatliche Politik in einer komplexen, von qualitativ hochwertigen Informationen abhängigen modernen Industriegesellschaft dezentraler politischer Handlungsebenen bedarf, um problemlösungsfähig zu bleiben. Indem politische Lösungen auf dezentralen Ebenen sich dem konkreten Problem vor Ort besser anpassen können, wird die Effizienz des gesamten Entscheidungsprozesses verbessert. Auf Informationsdefiziten beruhende Irrtümer zentraler Entscheidungsebenen können dadurch vermieden werden, dass Entscheidungen dort getroffen werden, wo die Informationen angesiedelt sind. Zu Recht wird überdies betont, dass dezentrale Lösungen die Komplexität des Entscheidungsprozesses verringern und zu einer erhöhten Transparenz beitragen. Die betroffenen Menschen können sich besser mit den politischen Entscheidungen identifizieren, wenn diese bürgernah getroffen werden.

Die Mehrstufigkeit eines politischen Systems mit dezentralen Handlungsebenen bewahrt nicht zuletzt soziale, kulturelle, wirtschaftliche und politische Vielfalt und reflektiert damit die verschiedenen Wünsche, Einstellungen und Bedürfnisse der Bürger. Überdies bestehen länderspezifische Rahmenbedingungen, die entweder mildernd oder intensivierend wirken können, so dass nicht nur der Problemlösungsbedarf und der Problemlösungsdruck räumlich variieren, sondern sich auch je nach den lokalen Gegebenheiten recht unterschiedliche Problemlösungsstrategien anbieten. Wo Handlungs- und Entscheidungsspielräume für dezentrale Ebenen eröffnet werden, werden die Vorteile der Innovation für ein politisches System genutzt. Jene Gestaltungsspielräume können auf diese Weise zu einer Verbesserung der Effizienz des Gesamtsystems beitragen. Dementsprechend verlangt das Leitbild des Innovationsföderalismus **Spielraum für Experimente** bei der Lösung von Problemen, deren Erfahrungen dann dem Gesamtsystem zugute kommen könnten.

Einen **ersten vorsichtigen Schritt dahingehend** hat die kleine Föderalismusreform von 1994 mit dem 42. Änderungsgesetz unternommen, indem sie im Bereich konkurrierender Gesetzgebungszuständigkeiten die sog. „Bedürfnisklausel“ des Art. 72 Abs. 2 GG durch eine „Erforderlichkeitsklausel“ ersetzte, mit dem Ziel die Inanspruchnahme der Titel des Art. 74 GG durch den Bund zu erschweren und den Länder Gestaltungsspielräume – und damit auch Innovationsspielräume zu sichern. Die Neuformulierung sollte die Darlegungslast des Bundes

erhöhen und die Norm justitiabler (vgl. auch die zeitgleich neu eingeführte Zuständigkeit des BVerfG in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG) machen (ausführlich Calliess, Die Justitiabilität des Art. 72 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund von kooperativem und kompetitivem Föderalismus, DÖV 1997, S. 889 ff.). Trotz vielfältiger Zweifel in der Literatur hat das BVerfG mit seiner Altenpflege-Entscheidung (E 109, 190/229 ff.) den ihm solchermaßen zugespielten Ball angenommen und die Inanspruchnahme einer konkurrierenden Zuständigkeit durch den Bund erstmals am Maßstab des Art. 72 Abs. 2 GG genau überprüft.

Einen **weiteren Schritt unternahm die Föderalismusreform I** von 2006, indem sie – mit dem Ziel einer Entflechtung von Zuständigkeiten – die Rechtsetzungskompetenzen neu verteilte, insbesondere die Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes abschaffte und dafür eine gestaltungs- und innovationsfreundliche Abweichungsgesetzgebungskompetenz der Länder in Art. 72 Abs. 3 GG etablierte sowie die Zahl der von einer Zustimmung des Bundesrates abhängigen Gesetze reduzierte.

Das System des Innovationsföderalismus setzt aber **überdies eine Finanzverfassung** voraus, die geeignet ist, politische Abhängigkeiten und rechtliche Unsicherheiten zu beseitigen und gesicherte Rahmenbedingungen für die einem föderalem System eigenen und im Innovationsföderalismus erforderliche Suche nach den besten Lösungen zu schaffen. Ohne eine hinreichende Finanzausstattung der Länder besteht die latente Gefahr, dass jedwede Innovationsbereitschaft im Wege einer „Politik des goldenen Zügels“ bereits im Keim erstickt wird. Auch ein bundesweiter Innovationswettbewerb – verstanden als Verfahren zur Entdeckung der besten Problemlösung – wird sich nur auf Basis der obigen Vorgaben ergeben. Das Erfordernis einer hinreichenden Eigenverantwortlichkeit der Länder ist somit *conditio sine qua non* dafür, dass die ureigensten Stärken des Bundesstaates wieder aufleben. Denn ohne derartige Freiräume fehlt jede Möglichkeit zur experimentellen Erprobung bzw. Generierung alternativer Lösungswege, so dass die positiven Effekte der kulturellen, wirtschaftlichen und politischen Vielfalt auf Länderebene ungenutzt bleiben. Ein solcher Innovationsföderalismus über „Trial and Error“ ist demgegenüber insbesondere in den USA immer wieder wirksam geworden: Einzelstaaten sind bei bedeutenden neu auftauchenden Bedürfnissen oftmals in der Gesetzgebung vorgeprescht. Teils wurde damit Bundesgesetzgebung eingeleitet, teils die Möglichkeit der befriedigenden Regelung durch einzelstaatliches Recht bestätigt.

IV. Schlussfolgerungen

Betrachtet man vor diesem Hintergrund den Fragenkatalog von Bund und Ländern, so lassen sich vier Themenkreise ausmachen, die finanzwirksame Innovations- und Gestaltungsspielräume betreffen und solchermaßen auch Einsparungen auf Länderebene ermöglichen könnten. Unter Berücksichtigung dessen ist zunächst die Frage aufzuwerfen, welche Aufgaben überhaupt staatlich wahrgenommen werden müssen bzw. privatisiert werden können (C.). Im Anschluss daran ist zu erörtern, wie die Erfüllung der verbleibenden Pflichten durch die Schaffung von Freiräumen zugunsten der Bundesländer optimiert werden können. In diesem Zusammenhang geraten zum einen Möglichkeiten und Grenzen einer Koordinierungskompetenz des Bundes samt Länder-Benchmarking in den Blick (D.). Zum anderen lassen sich aber auch Spielräume generieren, indem der Bund den Ländern Standards vorgibt, von denen dezentral abgewichen werden darf. Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens soll ebenfalls beleuchtet werden (E.). Außerdem ist zu untersuchen, inwieweit eine verstärkte Zusammenarbeit (F.) oder gar ein Zusammenschluss trotz oder vielleicht sogar gerade wegen der erforderlichen Innovations- und Gestaltungsfreiheiten der Länder möglich sind (G.).

C. Aufgabenkritik und Privatisierung (Fragenkatalog I., Fragen Nr. 17 ff.)

I. Grundlagen

Zu unterscheiden sind die formelle Privatisierung, bei der sich die öffentliche Hand privatrechtlicher Handlungsformen bedient, und die materielle Privatisierung, bei der die Verwaltungsaufgabe in den Markt entlassen wird und sich die öffentliche Hand auf eine Steuerungs- bzw. Restverantwortung beschränkt. Davon abzugrenzen sind die Beleihung bzw. die Verwaltungshilfe, bei der Private zur Erfüllung bestimmter Aufgaben mit Hoheitsgewalt betraut bzw. zur selbständigen oder unselbständigen Unterstützung der öffentlichen Hand eingesetzt werden.

Privatisierung ist freilich kein Wert an sich. Vielmehr liegt es so, dass sich die **Legitimation des Staates** („Warum brauchen wir überhaupt den Staat?“) gerade auf die Wahrnehmung bestimmter Staatszwecke und daraus resultierender Staatsaufgaben gründet. Historisch, aber

auch ganz aktuell lässt sich dieser Zusammenhang am Beispiel der Staatsaufgabe Sicherheit gut erläutern. Dieser Aufgabe kommt der Staat auf Grundlage des – im historischen Kontext der Bürgerkriege in Frankreich und England von *Jean Bodin* und *Thomas Hobbes* entwickelten und hernach Schritt für Schritt durchgesetzten – staatlichen Gewaltmonopols nach, das nach wie vor als konstituierende Entstehungsbedingung des modernen Staates gelten kann. Denn das Gewaltmonopol ist gleichzeitig das Mittel, durch das der moderne Staat den ihn legitimierenden Fundamentalstaatszweck Sicherheit samt der Aufgabe des Schutzes der Bürger umsetzt. Jene Schutzpflicht des Staates stellt die Kompensation für die Akzeptanz des Gewaltmonopols im Interesse der allgemeinen Sicherheit dar. Auf jener Akzeptanz, jener „Friedenspflicht“ der Bürger, beruht wiederum das Gewaltmonopol. Sie erlegt dem Bürger auf, sich der Anwendung und Androhung von körperlicher Gewalt zu enthalten und Konflikte – mit Blick auf das staatliche Gewaltmonopol – nur im Rahmen des Rechts auszutragen. Konflikte werden damit aber nicht etwa unterdrückt, sondern durch **staatliche Verfahren**, die – quasi kompensatorisch – bestimmte Mitwirkungs-, Partizipations- sowie andere Verfahrensrechte garantieren, kanalisiert. So gesehen ist der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten oder der Justizgewährleistungsanspruch der rechtsstaatliche Ausgleich für das Verbot von Eigenmacht und Selbstjustiz. Ähnlich liegt es mit staatlichen **Genehmigungsverfahren**: Indem der Staat in diesen die Vereinbarkeit einer von der Wirtschaftsfreiheit grundsätzlich umfassten Tätigkeit im Hinblick auf von ihr ausgehende Gefahren oder Risiken für Dritte überprüft, nimmt er seine Schutzpflicht wahr. Gleichzeitig aber legt die erfolgte Genehmigung betroffenen Dritten eine Duldungspflicht auf; sie wirkt als öffentlich-rechtlicher „Schutzschild“ gegenüber den – zivilrechtlich kanalisierten – Selbsthilferechten betroffener Dritter.

Jede Form der Privatisierung – und damit häufig verbundener Deregulierung – sollte diese den Staat legitimierende Grundstruktur und ihre für alle Seiten positiven Effekte im Auge behalten. Wird daher in sensiblen, mit rechtsstaatsrelevanten Sicherheitsaspekten (oder auch sozialstaatsrelevanten Daseinsvorsorgeaspekten) verbundenen Bereichen privatisiert, so besteht die Gefahr, dass der Staat zur Gewährleistung seiner Verantwortung ein umfassendes Begleitrecht schaffen muss, das sog. Regulierungsrecht, bei dem es sich eigentlich um eine umfassende und oftmals hochkomplizierte Re-Regulierung handelt. Hierzu ist der Staat nicht nur aus dem Rechtsstaatsprinzip, sondern auch aus dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet, weil ein an legitimen Gewinninteressen orientierter Privater aus genannten Gründen in den genannten Bereichen niemals als gleichwertig angesehen kann.

II. Skizze der konkreten verfassungsrechtlichen Grenzen

Die genauen verfassungsrechtlichen Grenzen einer Übertragung staatlicher Aufgaben auf private Dritte hängen von der Ausgestaltung der jeweiligen Transformation ab. Beschränkt man sich auf die materielle Privatisierung, so ist zu konstatieren, dass sich im Grundgesetz weder explizite Privatisierungsgebote noch -verbote finden. Vielmehr liegt der deutschen Verfassung ein Konzept offener Staats- und Verwaltungsaufgaben zugrunde, so dass sich aus ihr nur Privatisierungsgrenzen ableiten lassen. Deren konkrete Reichweite ist allerdings je nach Vorhaben unterschiedlich. Deshalb werden die in Betracht kommenden Schranken der jeweiligen Grundgesetznorm in den folgenden Ausführungen zunächst abstrakt dargestellt und dann auf aktuelle Fragen projiziert.

1. Grundrechtliche Grenzen

Vor dem theoretischen Hintergrund des staatlichen Gewaltmonopols lässt sich aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegten Rechtsstaatsprinzip die öffentliche Aufgabe zur Gewährleistung der inneren Sicherheit und des Rechtsfriedens herleiten. Ihr korrespondiert ein umfassendes Verbot physischer Zwangsgewalt im Verhältnis der Bürger untereinander. Zudem sind Mittel vorzuhalten, um den rechtlichen Ordnungsrahmen mit Hilfe physischer Gewaltanwendung durchzusetzen. Infolgedessen ist die öffentliche Hand gehalten, die Interessen der Bürger vor Beeinträchtigungen anderer Bürger zu bewahren. Insoweit entstehen für den Staat grundrechtliche Schutzpflichten, die vor allem das Leben sowie die körperliche Unversehrtheit und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), aber auch andere grundrechtlich gewährleistete Schutzgüter umfassen können (dazu Calliess, JZ 2006, S. 321 ff.).

Andererseits sind gerade im Falle einer materiellen Privatisierung aber auch die marktzugangswilligen Unternehmer einzubeziehen, die sich insbesondere auf die in Art. 12 Abs. 1 GG niedergelegte Berufsfreiheit stützen können. Diese kollidierenden Interessen der beteiligten Privatpersonen müssen im Rahmen einer Entlassung von staatlichen Aufgaben in den Markt abgewogen und zu den Interessen der öffentlichen Hand an einer materiellen Privatisierung in Beziehung gesetzt werden. Es bedarf insoweit eines verhältnismäßigen Ausgleichs verbunden mit einem recht umfangreichen Handlungsspielraum des Gesetzgebers. Die bestehenden Schutzpflichten gegenüber dem betroffenen Privaten sind aber jedenfalls

umso größer, je weniger Selbsthilfemöglichkeiten ihm z.B. in Form von Information, Beteiligung und Rechtsschutz zur Verfügung stehen. Mithin ist auch in diesem Zusammenhang die Dimension der Grundrechte als Verfahrensgarantien von Bedeutung.

Überträgt man diese Vorgaben auf die derzeit diskutierten Szenarien, so dürfte z.B. eine materielle Privatisierung im Bereich des Strafvollzugs schon deshalb ausscheiden, weil es sich um einen Kernbereich innerer Sicherheit handelt, der mit Zwangsmitteln verbunden ist und daher insbesondere auf Art. 2 Abs. 2 GG durchschlägt. Aber auch eine materielle Privatisierung des Maßregelvollzugs ist nicht möglich, zumal die dortigen Therapien je nach Grad der psychischen Störung sogar Zwangsmaßnahmen erfordern können, die im Vorhinein nicht konkret absehbar sind. Zudem dürfte privaten Unternehmern die Überwachung oder Leitung etwaiger Arbeitsverpflichtungen der Insassen vorenthalten sein. Denn nach Art. 12 Abs. 3 GG ist Zwangsarbeit nur bei gerichtlich angeordneter Freiheitsentziehung zulässig, so dass die öffentliche Hand erst recht auch für die Beaufsichtigung zuständig sein muss. Eine materielle Privatisierung des Strafvollzugs kommt somit nur im Bereich unterstützender Aufgaben wie z.B. die Wartung der Gebäude in Betracht, weil insoweit die staatlichen Schutzpflichten kaum berührt sind.

Betrachtet man demgegenüber die derzeit diskutierte Entlassung des Gerichtsvollzieherwesens in den Markt, so dürften die grundrechtlichen Schutzpflichten bzw. das staatliche Gewaltmonopol vor allem darauf drängen, den Schuldner aufgrund des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor Drohungen oder körperlicher Gewalt im Rahmen der Forderungseintreibung zu bewahren. Dies gilt umso mehr, als sich die Gebühren nach derzeitiger Planung im Erfolgsfalle erhöhen und die Gerichtsvollzieher in Wettbewerb zueinander stehen sollen. Etwaige Anzeige- und Klagemöglichkeiten dürften hier eher nicht ausreichen, weil sie der Grundrechtsbeeinträchtigung nachfolgen. Vielmehr werden andere Maßnahmen wie z.B. überraschende Stichprobenkontrollen der Ordnungsämter erforderlich.

Die Grundrechte können bei einer Entlassung staatlicher Aufgaben in den Markt auch außerhalb des staatlichen Gewaltmonopols relevant werden, weil Schutzpflichten oder Verfahrensgarantien nicht nur im Rahmen von Subordinationsverhältnissen existieren. Dies gilt insbesondere dann, wenn die öffentliche Hand eine grundrechtsdienende Funktion wahrnimmt wie z.B. beim Betrieb eines Universitätsklinikums. Denn in diesem Falle besteht die Gefahr, dass die in Art. 5 Abs. 3 Alt. 1 GG niedergelegte Wissenschaftsfreiheit vom

Gewinnstreben des nunmehr privaten Krankenhausbetreibers insbesondere im Bereich der wenig lukrativen Studentenausbildung oder Grundlagenforschung zurückgedrängt wird. Infolgedessen muss dieses Grundrecht institutionell abgesichert werden, auch um die Unabhängigkeit der Forschung und Lehre zu wahren. In Betracht kommt z.B. die Einrichtung einer ständigen Kommission für Forschung und Lehre oder von Schlichtungsgremien, in denen etwaige Defizite diskutiert und eventuell behoben werden. Grundvoraussetzung ist aber, dass diese Institutionen mit genügend Vertretern der wissenschaftlichen Ebene besetzt werden, damit sie über entsprechende Beschlüsse auf die Klinikumsleitung Einfluss nehmen und für Abhilfe sorgen können.

2. Funktionsvorbehalt, Art. 33 Abs. 4 GG

Außerdem ist in der Diskussion um die verfassungsrechtlichen Schranken staatlicher Aufgabenentledigungen in den Markt Art. 33 Abs. 4 GG einzubeziehen. Danach ist die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem Dienst- und Treueverhältnis stehen. Dieser Funktionsvorbehalt zugunsten des Beamtentums wirkt wie ein Staatsvorbehalt, weil Beamte nur bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften beschäftigt werden können. Seine Grenzen sind im Detail zwar stark umstritten. Einige Grundströmungen lassen sich aber dennoch ableiten.

a) hoheitliche Befugnisse

So fällt unter das Merkmal „hoheitliche Befugnisse“ zunächst einmal grundsätzlich der Bereich der Eingriffsverwaltung. Außerdem wird die Gewährung grundrechtswesentlicher Leistungen unter diesen Terminus subsumiert, was insbesondere für die Sozialhilfegewährung eine Rolle spielt. Denn deren Vorenthaltung trifft den Bedürftigen ähnlich hart wie eine Beeinträchtigung durch Befehl und Zwang. Im Falle einer gemischten Funktion kommt es auf deren wesentliche Prägung, also auf den Schwerpunkt an. Infolgedessen sind z.B. im Strafvollzug solche Positionen, die wie z.B. die eines Schließers vor allem mit Sicherheits-, Aufsichts- und Sanktionsbefugnissen ausgestattet sind, hoheitlich und damit nicht materiell privatisierbar, weil sie mit Zwangsmaßnahmen verbunden sind. Im Gegensatz dazu dürfte z.B. die Gefangenen Ausbildung auch von privaten Sicherheitsdiensten wahrgenommen werden können.

b) Zulässigkeit von Ausnahmen

Der in Art. 33 Abs. 4 GG niedergelegte Funktionsvorbehalt greift indes nicht immer, wie das Tatbestandsmerkmal „in der Regel“ deutlich macht. Es zeigt aber gleichsam auch, dass Ausnahmen einer besonderen Legitimation bedürfen. In diesem Zusammenhang wird überwiegend ein wichtiger bzw. sachlicher Grund gefordert, der zudem eine verhältnismäßige Basis der materiellen Privatisierung bilden muss. Im Gegensatz dazu kommt ein rein quantitativer Vergleich der Restbeamten mit den privaten Unternehmern schon deshalb nicht in Betracht, weil er die materielle Tragweite der jeweiligen Funktion unbeachtet lässt.

Vor diesem Hintergrund dürfte der Einsatz Privater umso weniger möglich sein, je intensiver aufgrund der potenziellen Befugnisse in Grundrechte eingegriffen werden kann. Zudem ist die Qualität der Aufgabenerfüllung und der Grad der anfallenden Kosten in Rechnung zu stellen.

3. Wesentlichkeitsgrundsatz, Art. 20 Abs. 2, 3 GG

Desweiteren ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass der aus dem Rechtsstaats- bzw. Demokratieprinzip ableitbare Wesentlichkeitsgrundsatz einer materiellen Privatisierung Grenzen setzt. Er verlangt, dass der Gesetzgeber alle wichtigen Fragen im Staat-Bürger-Verhältnis selbst regelt. Es besteht allerdings eine gleitende Skala von ganz wesentlichen Angelegenheiten, die das Parlament selbst regeln muss, und weniger wesentlichen Angelegenheiten, die auf Basis einer Rechtsverordnung normiert werden können. Unter Berücksichtigung dessen ist der elementare Gradmesser der Wichtigkeit einer materiellen Privatisierung deren Grundrechtssensibilität: Je intensiver eine staatliche Aufgabenentledigung diese Garantien beeinträchtigt, desto eher ist die öffentliche Hand verpflichtet, die von der staatlichen Aufgabenentledigung Betroffenen vor Eingriffen der nunmehr tätigen Privaten zu bewahren. Auch in diesem Kontext spielen folglich die grundrechtlichen Schutzpflichten eine wesentliche Rolle.

Unter Berücksichtigung dessen drängt der Wesentlichkeitsgrundsatz im Falle einer materiellen Privatisierung der Zwangsvollstreckung auf eine hinreichend detaillierte Regelung der Auswahl und Kontrolle des Gerichtsvollziehers durch formelles Gesetz. Etwas großzügiger dürfte hingegen die Regulierungsintensität des Strafvollzugs ausgestaltet sein, weil dort eine Aufgabenentledigung wie erörtert ohnehin nur in Randbereichen möglich ist. Die materielle

Privatisierung von Universitätskliniken verlangt schließlich ebenfalls nach detaillierten Regelungen des formellen Gesetzgebers, um der wissenschaftlichen Unabhängigkeit der dortigen Forscher als wesentliche Forderung des Art. 5 Abs. 3 Alt. 1 GG gerecht zu werden.

4. Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG

Ferner sind im Falle materieller Privatisierungen sozialstaatliche Erwägungen zu beachten, um den Vorgaben des Art. 20 Abs. 1 GG gerecht zu werden. Sie drängen insbesondere darauf, dass existenznotwendige infrastrukturelle Einrichtungen und Produkte in ausreichendem Maße, flächendeckend und zu angemessenen Preisen zur Verfügung stehen. Infolgedessen ist es z.B. erforderlich, dass sich die öffentliche Hand im Falle der materiellen Privatisierung eines Universitätsklinikums die Möglichkeit ausbedingt, die Geschäftsanteile zurückzuerhalten, wenn der private Betreiber insolvent wird oder nachhaltig seine Pflichten verletzt.

5. Verteilung der Vollzugskompetenzen, Art. 87 ff. GG

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass sich aus den Art. 87 ff. GG Grenzen einer Entlassung staatlicher Aufgaben in den Markt ergeben können. So sind z.B. die Finanzverwaltung und der auswärtige Dienst nach Art. 87 Abs. 1 S. 1 GG zwingend in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau zu führen. Es handelt sich folglich um obligatorische Staatsaufgaben, die der Bund nicht unerledigt lassen darf und die deshalb auch nicht materiell privatisierbar sind.

D. Aufgabenoptimierung durch Koordinierung und Benchmarking (Fragenkatalog II. und III., Fragen Nr. 33, 50, 87, 218, 221 ff.)

Wie gesehen sind vielfältige Aufgaben einer materiellen Privatisierung nicht zugänglich; sie müssen also staatlicherseits – und damit auch durch die Länder – wahrgenommen werden, so dass insoweit keine finanziellen Entlastungsmöglichkeiten bestehen.

Damit stellt sich die Frage, ob und inwieweit finanzierungsrelevante Gestaltungs- und Innovationsspielräume zugunsten der Länder dadurch geschaffen werden können, dass der Bund im Interesse gleichartiger Regelungen im Bundesgebiet zwar koordinierend tätig wird,

den Länder aber nur Ziele vorgibt, deren Verwirklichung im Rahmen eines Benchmarking dann verglichen und überprüft werden kann.

I. Zum Verständnis einer etwaigen Koordinierungszuständigkeit des Bundes

In der aktuellen Debatte (und so auch im Fragenkatalog) ist des öfteren von einer Koordinierungskompetenz des Bundes die Rede. Dahingehende Überlegungen des Bundes gibt es im Bereich des länderübergreifenden Katastrophen- und Zivilschutzes sowie im IT-Bereich. Schaut man sich freilich die Vorstellungen an, die der Bund von einer solchen Koordinierungszuständigkeit hat, so wird deutlich, dass der Begriff der Koordinierung unklar ist, die Bundeszuständigkeit insoweit also über das eigentliche Ziel schnell hinausgehen könnte. Bei aller Einsicht in die sachliche Notwendigkeit einer Koordinationsrolle des Bundes im Falle länderübergreifender Sachverhalte in den genannten Bereichen, ist der Begriff der **Koordinierung** und damit auch derjenige der Koordinierungszuständigkeit zunächst einmal **inhaltlich zu präzisieren**. Andernfalls könnte sich der zunächst harmlos klingende Begriff der „Koordinierung“ in den genannten Bereichen dann schnell als „Falschetikettierung“ erweisen, im Zuge derer dem Bund, entgegen dem Leitbild des Innovationsföderalismus, eine nicht sachdienliche Vereinheitlichungszuständigkeit zuwachsen könnte.

Der **Begriff der Koordinierung** ist aus dem Europarecht bekannt. Es bietet sich daher an, ihn von dort aus kommend im Lichte des Innovationsföderalismus zu definieren. Er beschreibt hier unter der Bezeichnung Offene Methode der Koordinierung (OMK) zunächst einmal einen Governance-Modus im Rahmen der allgemeinen EU-Wirtschaftspolitik (vgl. Art. 99 Abs. 1 EGV) zwischen den Mitgliedsstaaten. Insoweit geht es um die Abstimmung der weitgehend in der Hand der Mitgliedsstaaten verbliebenen allgemeinen Wirtschaftspolitik, welche an den Vorgaben der Wirtschaftspolitik nach Art. 99 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. 98 Abs. 1 EGV ausgerichtet werden muss. Konkrete Anwendungsgebiete der OMK fanden sich zunächst im Bereich der Schwerpunkte der sog. Lissabon-Strategie, der Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik. Insoweit sollte die OMK Bereiche erfassen, die **teilweise außerhalb der Kompetenz** der EU liegen.

Bei der OMK werden die Mitgliedstaaten also in Sachbereichen, in denen die Union eigentlich keine Zuständigkeiten besitzt, über eine schrittweise Entwicklung und gegenseitige Anpassung ihrer nationalen Politiken aufgrund gewisser Vorgaben der Union zu einem gemeinsamen – koordinierten – Vorgehen im Rahmen des Europäischen Rates veranlasst. Die von der Union

vorgegebenen **Leitlinien bzw. Ziele**, an denen sich die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer nationalen Politiken orientieren sollen, sind dabei **rechtlich unverbindlich**. Die Entscheidung über Intensität und Ausmaß der Anpassung ihrer nationalen Politiken bleibt – sieht man von dem „faktischen Handlungsdruck“, der nach Auffassung im Schrifttum im Rahmen dieser Methode wohl entsteht, ab – den Mitgliedstaaten überlassen.

Konkret werden im Rahmen der OMK gemeinsamer Ziele auf EU-Ebene mit einem genauen **Zeitplan, sowie die Festlegung von Indikatoren und Benchmarks** definiert. Es folgt die freiwillige Unterwerfung der Mitgliedsstaaten unter diese Ziele und die Umsetzung der Ziele durch regional spezifische Maßnahmen. Die Überwachung der Zielerreichung oder wenigstens der Fortschritte erfolgt auf der Basis jährlich zu erstellender Aktionspläne im Rahmen eines **Peer-Review-Verfahrens**, das durch den Europäischen Rat durchgeführt wird. Das Peer-Review-Verfahren ist methodisch als ein qualitativer Evaluationsprozess zu verstehen.

Die OMK ist kein Rechtsetzungsverfahren, selbst wenn sie in ein gesetzgebendes Rahmenwerk eingebunden ist und gegebenenfalls sogar in konkrete Rechtsetzung mündet. Vielmehr geht es um die **Unterstützung** nationaler Politikformulierung und ihre Koordinierung durch eine Verständigung auf gemeinsame Ziele und Umsetzungsmaßnahmen. Im Rahmen eines Austausches von Informationen (vgl. Art. 99 Abs. 2 Satz 3 EGV) sollen **Lernprozesse** sowohl in den Regierungen der Mitgliedsstaaten als auch in den nationalen Parlamenten initiiert werden, die langfristig in transnationalen Lernnetzwerken resultieren. Der Anreiz, die besten Konzepte und Instrumente innerhalb der EU-Mitgliedsstaaten zu entwickeln, basiert unter anderem darauf, dass „als Belohnung“ die Vergemeinschaftung des eigenen Steuerungsansatzes in der Europäischen Union winkt. So werden Anpassungskosten in dem Mitgliedsstaat vermieden, dessen Konzept sich durchsetzt.

Angelehnt an diese Konzeption, die weitgehend außerhalb der Verträge entstanden ist, hat der von allen Mitgliedstaaten unterzeichnete, aber dann doch nicht ratifizierte Verfassungsvertrag die Koordinierung als eigenständige **Kompetenzkategorie** der EU eingeführt (vgl. Art. I-12 Abs. 5, Art. I- 15 und I-17 des Verfassungsvertrages) wurde die Koordinierung damit explizit anerkannt, ohne dass freilich das vorstehend skizzierte Verfahren der OMK als insoweit verbindliche Handlungsform übernommen wurde. Die diesbezüglichen Regelungen werden – soweit derzeit ersichtlich – auch vom in Arbeit befindlichen Reformvertrag übernommen.

In Anlehnung an dieses europarechtlich vorgeformte Verständnis kann Koordinierung im Bund-Länder-Verhältnis nur eine begrenzte Kompetenz des Bundes bedeuten, als deren Kehrseite das Gros einer Zuständigkeit bei den Ländern bleibt. Sinn und Zweck ist eine schrittweise Entwicklung und gegenseitige Anpassung der Länderpolitiken an die Vorgaben des Bundes. Insoweit darf der Bund nur unterstützend tätig werden. Unterstützend heißt, der Bund ist auf die Handlungsform der Koordinierung beschränkt. Diese erlaubt nur Vorgaben in Form von Zielen und Leitlinien, an denen sich die Länder bei der konkreten Ausgestaltung ihrer Politiken (verpflichtend) auszurichten haben. Die regionalen Unterschiede und Lösungsansätze in den Ländern sollen sodann genutzt werden, um nach „best practise“-Modellen zu suchen: Insoweit ermöglichen Instrumente wie Benchmarking und Peer-Review Vergleiche zwischen den Ländern, im Zuge derer dann ein entsprechender Policy-Transfer im Hinblick auf das Ländermodell, das die vorgegebenen Ziele am besten umsetzt, erfolgen kann.

Im Rahmen einer so verstandenen Kombination aus Koordinierung und Benchmarking könnten den Ländern Gestaltungs- und Innovationsspielräume zuwachsen. Eine so definierte Koordinierungszuständigkeit mit dann freilich verbindlich vorgegebenen Zielen und Leitlinien des Bundes wäre – Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip korrespondierend – ein milderer Mittel im Vergleich zur Vollgesetzgebung aufgrund konkurrierender Bundeszuständigkeit.

II. Konkrete Ausgestaltung eines Länder-Benchmarking

Das vornehmlich aus der Ökonomie bekannte, aber auch schon auf kommunaler Ebene eingesetzte Flexibilisierungsmittel des Benchmarking definiert sich dadurch, dass den Ländern standardisierte Ziele, Leitlinien oder Kennzahlen vom Bund als koordinierender Ebene vorgegeben werden. Dabei handelt es sich um verbindliche Zielsetzungen in Bezug auf das zu erreichende Ergebnis, während die Ausgestaltung des einzuschlagenden Weges frei von etwaigen Weisungen bleibt, so dass den Ländern insoweit Gestaltungs- und Innovationsspielräume zukommen. Diese Autonomie ermöglicht die Ermittlung sog. „best practices“, weil man die Leistungen und Ergebnisse der zur Umsetzung verpflichteten Länder vergleichen und dadurch die besten Lösungen generieren kann. Länder mit „unterlegenen“ Varianten haben infolgedessen die Möglichkeit, bessere Versionen anderer Länder im Falle ihrer Übertragbarkeit zu kopieren und können so aus etwa gemachten Fehlern lernen.

Auf Basis dieser Grobbeschreibung ergeben sich die einzelnen Stadien eines „Gesetzes-Benchmarking“ wie folgt (vgl. dazu Kuhlmann, VerwArch 2003 (94), S. 99, 103 allerdings zum interkommunalen Leistungsvergleich): Zunächst muss (1.) der Bund in quantitativer und qualitativer Hinsicht leistungsfähige Kennzahlen ermitteln. Dazu bedarf es der Auswahl solcher Gesetzesmaterien, die alle (zur Teilnahme verpflichteten) Länder gleichermaßen betreffen, und einer hinreichend exakten Festsetzung des zu erreichenden Leistungsniveaus. Ferner bedarf es aussagefähiger Vergleichsparameter – in der Regel der detailliert zu quantifizierende Vollzugsaufwand des Gesetzes in personeller und sachlicher Hinsicht; denn sonst wären die unterschiedlichen Gesetze keiner Bewertung zugänglich. Im Anschluss daran sind (2.) die Länder gefordert, diesen Kennzahlen innerhalb der nunmehr zu konzipierenden Gesetze zu entsprechen. Dieser Prozess hat ohne länderübergreifende Abstimmung zu erfolgen, um das Innovationspotenzial eines Gesetzes-Benchmarking voll auszuschöpfen und Trittbrettfahrerverhalten zu vermeiden. Nach Verabschiedung der Gesetze und nach Abschluss des Erhebungszeitraums ist (3.) zum einen zu prüfen, ob die Kennzahlen eingehalten worden sind. Sollte dies nicht der Fall sein, könnten dem Bund Möglichkeiten an die Hand gegeben werden, um die von ihm gesetzten Kennzahlen z.B. durch gesetzliche Anweisungen o.ä. durchzusetzen. Zum anderen ist im Wege der Interpretation des gesetzesdeterminierten Vollzugsaufwandes zu ergründen, welches Bundesland den effizientesten und effektivsten Rechtsakt konzipiert hat, wobei es einer substantiierten Darlegung der entstandenen Kosten bedarf, weil sonst ein Vergleich schon dem Grunde nach scheitern wird. Abschließend muss ggf. unter Federführung des Bundes (4.) ergründet werden, warum bestimmte Landesgesetze anderen in Bezug auf die verursachten Kosten unterlegen sind und inwieweit die „best practices“ übertragen werden können. Bejahendenfalls ist die überlegene Lösung in das Recht der anderen Länder zu implementieren, wobei dem Bund ein Weisungsrecht zukommen könnte, um dem „Gesetzes-Benchmarking“ hinreichend Verbindlichkeit zu verschaffen. Ein weiteres disziplinierendes Moment kann sich indes durch eine bundesweite Veröffentlichung der jeweiligen Zielerreichungsgrade der einzelnen Länder erreichen lassen, um den mündigen Bürger als weitere Kontrollinstanz zu aktivieren.

III. Abgrenzung zu bestehenden Optimierungsmodellen

Fraglich ist allerdings, ob ein Gesetzes-Benchmarking obiger Prägung denjenigen Modellen überlegen ist, die bisher zur Optimierung des Gesetzgebungsprozesses und vor allem zur

Minimierung der durch den jeweiligen Rechtsakt bedingten Vollzugskosten eingesetzt wurden. Denn nur dann würde sich dessen Einführung aus ökonomischer Perspektive überhaupt lohnen.

1. Gesetzesfolgenabschätzung

Vor diesem Hintergrund ist zunächst auf die sog. Gesetzesfolgenabschätzung hinzuweisen. Dieses Verfahren dient zur Erkundung und vergleichenden Bewertung der Konsequenzen beabsichtigter und bereits in Kraft getretener Vorschriften. Es basiert auf einer nach bestimmten Kriterien – vornehmlich Kosten, Wirksamkeit und Verständlichkeit – erfolgenden Evaluierung der erwarteten oder tatsächlich eingetretenen Folgen eines Gesetzes. Bei der prospektiven Folgenabschätzung befindet sich der Rechtsetzungsprozess noch in einem offenen Regelungsfeld, so dass bessere Alternativen – quasi am Grünen Tisch – ermittelt werden. Bei der retrospektiven Variante wird ein bereits in Kraft getretenes Gesetz bewertet, um – ebenfalls am Grünen Tisch – Novellierungen zu generieren. Den Forderungen der Gesetzesfolgenabschätzung wurde auf Bundesebene über die sog. „Blauen Prüffragen“ zur Notwendigkeit, Wirksamkeit und Verständlichkeit von Rechtsetzungsvorhaben entsprochen. Die Länder haben diesen Katalog teilweise übernommen.

Gegenüber dem Gesetzes-Benchmarking obiger Prägung hat die Gesetzesfolgenabschätzung den entscheidenden Nachteil, dass die jeweiligen Regelungsalternativen lediglich in der Theorie konzipiert worden sind. Hingegen entstehen bei einem für alle Länder zwingenden Leistungsvergleich ohne Kooperationsmöglichkeit 16 verschiedene Konzeptionen, die allesamt in praxi auf Landesebene getestet worden sind. Hinzu kommt, dass es den Blauen Prüffragen bzw. den bisherigen Gesetzesfolgenabschätzungen an jeder Verbindlichkeit mangelte, so dass festgestellte Defizite folgenlos blieben, und bessere Alternativen nicht zwingend eingearbeitet werden mussten. Diese Unzulänglichkeit besteht im Rahmen des oben vorgestellten Gesetzes-Benchmarking indes nicht, weil der Bund den Ländern die „best practices“ aufgrund seines Weisungsrechts vorschreiben kann.

2. Normenkontrollrat

Ein weiteres Instrument zur Verbesserung der Rechtsetzung ist der jüngst eingesetzte Normenkontrollrat, der sich auf Bundesebene mit der Erfassung und Beseitigung von Bürokratiekosten befasst. Jedoch hat dieses Gremium lediglich die Pflicht, auf zu hohe

Bürokratiekosten hinzuweisen, es kann etwa erarbeitete Alternativen erst bei deren Vorlage bewerten. Hinzu kommt, dass die Arbeit des Normenkontrollrats unverbindlich ist und keine Praxistests möglich sind, so dass es sich ebenfalls um ein stark theorielastiges Verfahren handelt.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Einrichtung eines Normenkontrollrates und das hier vorgeschlagene Gesetzes-Benchmarking nur schwer verglichen werden können, weil das erstgenannte Verfahren ausschließlich die Bundesebene berührt, während das letztgenannte versucht, sich die innovationsentfaltende Kraft des Mehrebenensystems, konkret der Länder, nutzbar zu machen. Die Institution „Normenkontrollrat“ dürfte deshalb auch eher als Hilfsmittel des Gesetzes-Benchmarking denn als echtes Alternativmodell zu begreifen sein – so z.B. in Bezug auf die Implementierung des Standardkostenmodells. Dafür spricht in rechtstatsächlicher Hinsicht letztlich auch die Tatsache, dass Normenkontrollräte auch in anderen Mitgliedstaaten der EU eingesetzt werden – und zwar mit dem Ziel, über einen europaweiten Vergleich die kostengünstigste Alternative zu ermitteln.

IV. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit des skizzierten Länder-Benchmarkings

Zwar gibt es derzeit zum Gesetzes-Benchmarking obiger Prägung keine echte Alternative. Insbesondere wegen der in diesem Innovations- und Gestaltungsinstrument enthaltenen Zwangsmittel stellt sich allerdings die Frage nach dessen verfassungsrechtlicher Zulässigkeit.

1. Formelle Grenzen

In diesem Zusammenhang sind zunächst die formellen Grenzen eines Gesetzes-Benchmarking in der Verfassung auszuloten.

Ein Gesetzes-Benchmarking ist sinnvollerweise rechtsgebietsbezogen auszugestalten. Der in diesem Zusammenhang erforderliche Spielraum für die Landesgesetzgebung lässt sich im Anwendungsbereich einer **ausschließlichen** Rechtsetzungskompetenz nach Art. 73 GG allerdings nur herstellen, wenn der Bund die Länder im Sinne des Art. 71 GG ausdrücklich zur Gesetzgebung ermächtigt. Da Art. 71 GG jedoch als Ausnahmvorschrift konzipiert ist, darf der Bund eine ihm zugewiesene Kompetenz nicht in Gänze aufgeben und muss für eine Ermächtigung an die Länder einen sachlichen Grund vorweisen. Diese engen Grenzen führen

dazu, dass ein Gesetzes-Benchmarking im Anwendungsbereich der Art. 71, 73 GG nur in seltenen Fällen möglich sein dürfte – so z.B. wenn der Bund den Ländern die Festlegung der konkreten Mittel zum Schutz deutschen Kulturguts gegen Abwanderung ins Ausland (vgl. Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 a GG) überlässt.

Hauptsächlich könnte ein Gesetzes-Benchmarking somit im Bereich **konkurrierender** Rechtsetzungszuständigkeiten Anwendung finden, wobei die in Art. 74 Abs. 1 GG niedergelegten Kompetenztitel ein derartiges Mittel zur innovationsorientierten Gesetzgebungsoptimierung auch tragen. So ist zum einen die Vorgabe von Kennzahlen unproblematisch möglich, weil der Bund allein durch die Niederlegung von Wert- und Zielvorstellungen noch keinen Gebrauch von seinen Gesetzgebungskompetenzen im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG macht. Daher ist er auch befugt, den Landesgesetzgebern im Bereich der konkurrierenden Zuständigkeiten lediglich Rahmenvorgaben zu machen. Zum anderen erfassen die in Art. 74 GG aufgeführten Kompetenztitel sowohl materielle als auch verfahrensrechtliche Fragen, so dass auch die für ein funktionstüchtiges Gesetzes-Benchmarking erforderlichen Weisungsrechte des Bundes gegenüber den Ländern unter die dortigen Katalogtatbestände fallen. Dafür spricht insbesondere, dass der Bund im Falle des Gesetzes-Benchmarkings von den ihm möglichen Rechtsetzungsbefugnissen einen Teil auf die Länder überträgt, indem er sich auf die Normierung von Kennzahlen und Kontrollmechanismen beschränkt. Dadurch entspricht er dem in Art. 70 GG niedergelegten, dem Subsidiaritätsprinzip korrespondierenden Grundsatz der Länderzuständigkeit eher als durch eine materielle Vollregelung, so dass ihm ein rechtsgebietsbezogenes Gesetzes-Benchmarking auf Basis der Art. 74, 72 GG erst recht (a majore ad minus) möglich sein muss.

2. Materielle Grenzen

Fraglich bleiben somit nur noch die materiellen Grenzen des Gesetzes-Benchmarking.

a) Allgemeiner Gleichheitssatz

In diesem Zusammenhang ist zunächst eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes zu prüfen, der entweder als objektives Willkürverbot oder als allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsatz auch im Bund-Länder-Verhältnis gilt. Er verbietet nicht nur, ohne sachlichen Grund ungleich, sondern vielmehr auch umgekehrt ungleiches ohne sachlichen Grund gleich zu

behandeln. Infolgedessen ließe sich argumentieren, ein in einem Bundesgesetz niedergelegtes Gesetzes-Benchmarking behandelt alle Länder gleich, obwohl deren Leistungsfähigkeit stark unterschiedlich und damit nicht vergleichbar ist. Gegen diese Argumentation spricht jedoch schon, dass dieses Mittel zur Optimierung der Rechtsetzung dient und damit auf einem sachlichen Grund – nämlich dem Ziel der Generierung des leistungsfähigsten Gesetzes verbunden mit der Einsparung von Verfahrenskosten – basiert.

Hinzu kommt, dass das *BVerfG* dem Gesetzgeber bei der Rüge mangelnder gesetzlicher Differenzierung einen weit reichenden Beurteilungsspielraum einräumt, weil die Legislative nicht alle tatsächlichen Verschiedenheiten rechtlich unterschiedlich behandeln muss (und im Übrigen wegen des in Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG niedergelegten Verbots von Einzelfallgesetzen auch nicht darf). Im übrigen geht die Kompetenzordnung für die in Art. 74, 72 GG niedergelegten Bereiche davon aus, dass die Länder trotz ihrer unterschiedlichen Leistungsfähigkeit den dortigen Aufgaben grundsätzlich eigenverantwortlich nachkommen können. Solange die Kennzahlen des Gesetzes-Benchmarking so gewählt werden, dass sie die Länder nicht überfordern, dürfte daher eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes ausscheiden.

b) Aufgabe der Eigenstaatlichkeit der Länder

Aus dem in Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegten Bundesstaatsprinzip folgt ein Verbot zur Aufgabe der aus dem Grundgesetz ableitbaren Eigenstaatlichkeit der Länder. Für den Anwendungsbereich der Art. 74, 72 GG ist in diesem Zusammenhang indes zu berücksichtigen, dass die Länder dort nur insoweit eigenverantwortlich sein können, wie der Bund keinen Gebrauch von den ihm zustehenden Kompetenzen gemacht hat. Wenn der Bund aber zugunsten einer Koordinierungsgesetzgebung samt Benchmarking auf die Ausübung einer ihm zustehenden konkurrierenden Gesetzgebung verzichtet, so hat er – a majore ad minus – insoweit notwendig das Recht, Kennzahlen und etwaige Weisungsrechte einzuführen. Im Ergebnis macht somit auch das im Grundgesetz verankerte Prinzip von der Eigenstaatlichkeit der Länder dort halt, wo die Einflussnahme des Bundes der Verfassung und der darin enthaltenen Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen entspricht. Dies gilt auch für die Zulässigkeit der im Gesetzes-Benchmarking enthaltenen Weisungsrechte.

c) Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens

Außerdem könnte der ebenfalls aus dem Bundesstaatsprinzip ableitbare Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens einem Benchmarking Grenzen setzen. Danach haben Bund und Länder die gegenseitige Pflicht, einander zu unterstützen und auf die Belange des anderen Rücksicht zu nehmen. Eine Verletzung der Bundestreue ist vor allem bei rechtsmissbräuchlichem Verhalten denkbar; ansonsten zielt dieser Grundsatz vornehmlich auf Abstimmung bzw. Koordination.

Demnach steht der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens einem Benchmarking nicht grundsätzlich entgegen. Er macht aber bestimmte Vorgaben für die Ausgestaltung des Gesetzes-Benchmarkings. So folgt aus dem Gebot der Koordination und Zusammenarbeit, dass die Vorgabe der Kennzahlen unter Abstimmung mit den Ländern zu erfolgen hat, um deren Leistungsfähigkeit berücksichtigen zu können. Dabei bedarf es eines angemessenen, auf Ausgleich angelegten Beratungsstils, freilich ohne dass der Bund seine Interessen aufgeben müsste. Zudem verlangt das Rechtsmissbrauchsverbot, dass der Bund seine Weisungsrechte möglichst schonend einzusetzen hat und insoweit Überreaktionen vermeiden muss. Außerhalb derartiger Einschränkungen ergibt sich jedoch aus dem in Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegten Grundsatz der Bundestreue eine Pflicht der Länder, sich an die Zielvorgaben des Bundes zu halten und darin verankerte Vorgaben nach Treu und Glauben umzusetzen.

d) Wesentlichkeitsgrundsatz

Weitere Bindungen für das Gesetzes-Benchmarking ergeben sich schließlich aufgrund des aus dem Rechtsstaats- bzw. Demokratieprinzip ableitbaren Wesentlichkeitsgrundsatzes. Ihm zufolge besteht eine Pflicht zur Normierung der von den Ländern einzuhaltenden Kennzahlen in einem förmlichen Gesetz, wenn diese eine hinreichende Grundrechtssensibilität aufweisen. Dasselbe gilt für die Weisungsrechte des Bundes gegenüber den Ländern, da ihnen Zwangscharakter inne wohnt. Hinsichtlich der Voraussetzungen bietet sich dabei eine Orientierung an den Vorgaben des Art. 37 Abs. 1 GG an.

e) Schutzpflichten

Ferner sei noch darauf hingewiesen, dass sich die Bemessung der Kennzahlen ggf. auch noch an den staatlichen Schutzpflichten zu orientieren hat. Deren Voraussetzungen und Grenzen wurden in Bezug auf den Verbraucher- und Minderjährigenschutz sowie hinsichtlich des sicherzustellenden Existenzminimums bereits oben näher erörtert, so dass an dieser Stelle auf die dortigen Ausführungen verwiesen sei.

Zudem darf in diesem Zusammenhang nicht unbeachtet bleiben, dass die staatlichen Schutzpflichten insbesondere aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG den Gesetzgeber dazu anhalten, die Auswirkungen insbesondere neuer Schutzkonzepte im Auge zu behalten. Denn diese Beobachtungs- und Nachbesserungsobliegenheit verpflichtet die Legislative zur ständigen Überprüfung und Optimierung des bestehenden Rechts.

V. *Schlussfolgerungen*

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass eine wie hier verstandene Koordinierungszuständigkeit des Bundes in Kombination mit einem darauf abgestimmten Länder-Benchmarking ein dem Gedanken des Subsidiaritätsprinzip entsprechendes Mittel darstellt, den Ländern finanzwirksame Gestaltungs- und Innovationsspielräume zu gewähren. Dort, wo dem Bund eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit zusteht, bestünde für ihn verfassungsrechtlich bereits jetzt die Möglichkeit, sich – unter Verzicht auf eine gesetzgeberische Vollregelung – im Sinne der Koordinierung auf Ziele und Leitlinien zu beschränken und im übrigen das geschilderte Verfahren eines Länder-Benchmarkings einzuführen. Erstreckt man die Prüfung der Erforderlichkeit im Rahmen des Art. 72 Abs. 2 GG auch auf die Art und Weise des Handels, so wäre diese Form der Gesetzgebung ein milderes Mittel im Vergleich zur Ausschöpfung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz im Sinne einer Vollregelung des Bundes.

Freilich ist in aller Regel nicht zu erwarten, dass der Bund de lege lata freiwillig auf eine ihm zustehende Möglichkeit der Vollregelung zugunsten einer bloßen Koordinierung mit Länder Benchmarking verzichtet. Daher könnte de lege ferenda ein neuer Art. 75 GG eingeführt werden, der eine wie vorstehend definierte Koordinierungszuständigkeit des Bundes samt Länder-Benchmarking als im Einzelfall zu prüfende Alternative zur konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit etabliert. Als dem Leitgedanken des Innovationsföderalismus entsprechendes, im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzip „milderes Mittel“ sollte dieser

länderschonenden Koordinierungskompetenz ein Vorrang vor dem Gebrauchmachen konkurrierenden Zuständigkeiten eingeräumt werden. Mit anderen Worten sollte der Bund vor jedem Ausüben einer konkurrierenden Zuständigkeit auf die Prüfung verpflichtet werden, ob das angestrebte Ziel des Gesetzes nicht ebenso gut durch eine die Länderzuständigkeiten schonende Koordinierungsregelung im obigen Sinne erreicht werden kann.

E. Standardsetzung und dezentrale Flexibilisierung/Differenzierung (Fragenkatalog III. und IV., Fragen Nr. 214 ff., 240 ff.)

I. Einführung

Der Bund kann in Ausübung seiner Gesetzgebungszuständigkeiten für die Bundesländer verbindliche Standards setzen. Diese Standards beinhalten oftmals kostenwirksame Vorgaben des Bundes. Eine eigenständige Prioritätensetzung der Länder und Kommunen ist vor diesem Hintergrund kaum mehr möglich, ihre finanzielle Autonomie schrumpft damit zugleich auf ein Minimum. Angesichts der Tatsache, dass es ein verfassungsrechtliches Konnexitätsprinzip bislang nicht gibt, andererseits aber Verschuldensgrenzen für die Länder eingeführt werden sollen, stellt sich die Frage, wie den Ländern trotzdem finanzielle Spielräume zur eigenverantwortlichen Einhaltung der Vorgaben eines Stabilitätspakts eröffnet werden können.

Besonders deutlich wird die Problematik im Rahmen der Leistungsverwaltung, wenn der Bund etwa im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe die Kategorien von Hilfeleistungen festschreibt oder in anderen Bereichen die Höhe der Leistungsansprüche exakt bestimmt. Da ein derartiges Vorgehen den Ländern die Chance gäbe, die Regulierungsdichte auf ihre spezifischen Bedürfnisse abzustimmen, dürfte der Gewinn finanzwirksamer Gestaltungs- und Innovationsspielräume außer Frage stehen. Äußerst umstritten ist freilich, ob mit einer solchen Reform auch die Regionalisierung der Arbeits- und Sozialpolitik durch entsprechende Änderungen einhergehen sollte. Auch diese könnten zu mehr Wettbewerb und Effizienz führen, sie dürften allerdings nicht zu einem bundesweiten Sozialdumping führen. Jedoch darf man insoweit auf die Landesparlamente vertrauen, die nicht ohne zwingenden Grund ihren Wählern Einschnitte zumuten würden. Im übrigen könnte dem durch das Setzen bundesweiter Mindeststandards oder verbindliche Entwicklungszielen (siehe oben unter D.) entgegengewirkt

werden, zumal auch grundrechtliche Vorgaben (dazu sogleich unter 2. b)) insoweit richtungsweisend wirken.

Konkret stellt sich zunächst die Frage, ob der Bund den Ländern de lege lata bereits jetzt eine künftige Abweichung von bundesgesetzlichen Standards gestatten kann, oder ob es dazu einer Öffnungsklausel in der Verfassung bedarf. Allerdings sind die insoweit bestehenden verfassungsrechtliche Grenzen zu bestimmen.

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für Abweichungsmöglichkeiten

1. Formelle Grenzen

In formeller Hinsicht ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass der Bund derartige Spielräume zugunsten der Länder nur dort schaffen kann, wo ihm eine Gesetzgebungskompetenz zukommt. Es bedarf somit der Einschlägigkeit des Art. 73 GG oder der Art. 74, 72 Abs. 2 GG.

a) Gebrauchmachen des Bundes, Art. 72 Abs. 1 GG

Im Falle einer konkurrierenden Zuständigkeit des Bundes kommt außerdem Art. 72 Abs. 1 GG Bedeutung zu. Danach haben die Bundesländer die Gesetzgebungskompetenz, solange und soweit der Bund von seiner Zuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Folglich kann der Bund den Ländern nur dann Abweichungsmöglichkeiten einräumen, wenn Art. 72 Abs. 1 GG nicht erfüllt ist.

Art. 72 Abs. 1 GG setzt eine erschöpfende Bundesregelung voraus. Dies ist nicht der Fall, wenn bestimmte Bereiche ausgenommen oder unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet wurden, weil dann zumindest insoweit ein gewisser Spielraum verbleibt, dessen Ausfüllung mit Blick auf Art. 70 Abs. 1 GG als Kompetenzverteilungsgrundsatz den Bundesländern obliegt. Einem Bundesgesetz ist ebenfalls insoweit kein Abschlusscharakter immanent, als der Bund den Ländern die Möglichkeit zur Abweichung von seinen Vorschriften einräumt, bringt dies doch zum Ausdruck, dass eine erschöpfende bundesrechtliche Regelung gerade insoweit nicht vorliegen soll, als ein Landesgesetzgeber eine qualitative Abweichung für zweckmäßig hält.

Im Auge zu behalten ist, dass die Reichweite einer Delegation an den Landesgesetzgeber in Widerspruch zu den Vorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG geraten kann. Denn wenn der Bund z.B. für einen Teilbereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ein einheitliches Gesetz erlässt und in diesem zugleich die Länder in umfassendem Maße zum Erlass abweichender Vorschriften ermächtigt, drängt sich die Frage auf, ob die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse wirklich „erforderlich“ ist. Vor dem Hintergrund des Leitgedankens eines „Gestaltungs- und Innovationsföderalismus“ scheiden insoweit aber nur pauschale Länderermächtigungen aus. Solange der Bundesgesetzgeber die grundlegenden Entscheidungen der von ihm geregelten Materie mit bundesweiter Geltungskraft selbst trifft, kann der vorstehend skizzierte Widerspruch vermieden werden.

b) Art. 72 Abs. 3 GG als Vorbild für eine Abweichungsmöglichkeit

Neben Art. 72 Abs. 1 GG gerät auch Art. 72 Abs. 3 GG in den Blick. Dieser bietet eine verfassungsrechtliche Chance für die Länder zur Modifikation bundesrechtlicher Vorschriften und könnte daher als Vorbild für andere bundesgesetzliche Abweichungsmöglichkeiten dienen.

Art. 72 Abs. 3 GG wird als Instrument zur Forcierung eines Gestaltungs- und Innovationswettbewerbs zwischen Bund und Bundesländern verstanden. Die Norm kommt vor allem den größeren Bundesländern zugute, weil insbesondere sie über die zur Entwicklung eigener Konzepte erforderlichen Ressourcen verfügen dürften. Die von Art. 72 Abs. 3 GG erfassten Regelungsbereiche betreffen nur einige wenige, ehemals der Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes (z.B. Jagdwesen, Naturschutz und Landschaftspflege) unterliegende Materien. Insoweit wird die „Erforderlichkeit“ einer bundesgesetzlichen Regelung i.S.d. Art. 72 Abs. 2 GG stillschweigend vorausgesetzt, während landesgesetzliche Abweichungen trotzdem möglich bleiben.

Eine Abweichung von Bundesnormen durch landesrechtliche Vorschriften setzt nach Art. 72 Abs. 3 GG ein förmliches Parlamentsgesetz voraus, das im Übrigen verfassungs-, europa- und völkerrechtlichen Vorgaben entsprechen muss. Der abweichende Normbefehl darf sich nicht in der bloßen Nichtanwendung von Bundesrecht erschöpfen, sondern muss vielmehr einen eigenen sachlichen Inhalt haben. Eine Abweichung von Bundesrecht kommt nach Art. 72 Abs. 3 GG insoweit nicht in Betracht, als einer der abweichungsfesten Klammerzusätze vorliegt. Daraus resultieren insbesondere dort Probleme, wo sich die Ausnahmetatbestände in

Generalklauseln ergehen – so z.B. in Bezug auf „die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes“. Denn derartige Formulierungen ermöglichen keine trennscharfe Abgrenzung der abweichungsfesten Bundeskernkompetenzen.

Macht ein Landesgesetzgeber von seiner Abweichungsmöglichkeit Gebrauch, so wird das Bundesgesetz im Sinne eines Anwendungsvorrangs suspendiert. Es erfolgt also keine Derogation, sondern es gilt das jeweils spätere Gesetz im Sinne eines „lex-posterior derogat lege priori“ zwischen verschiedenen Normgebern, was Art. 72 Abs. 3 S. 2 GG ausdrücklich klarstellt. Ein Fall des Art. 31 GG liegt entgegen teilweise vertretener Ansicht somit nicht vor, weil diese Vorschrift eine Kollision zwischen Bundes- und Landesrecht voraussetzt.

c) Herausforderungen

Kehrseite des beschriebenen Vorrangs nachfolgender Regelungen ist allerdings, dass eine Art Ping-Pong zulasten des Normadressaten droht, wenn der Bund im Anschluss an eine Abweichung eines Landes tätig wird, sich dann wieder das Land zur Modifikation herausgefordert fühlt usw.

Diese Konsequenz ist aber gerade Wesensmerkmal eines Innovations- und Gestaltungswettbewerbs um die beste Problemlösung und daher trotz der entstehenden Transaktionskosten aufgrund einer vermehrten Befassung der Normgeber im Ergebnis durchaus effizienzsteigernd. Dafür spricht auch, dass ein Landesgesetzgeber genauso gut mit dem Bundesgesetz zufrieden sein kann, deshalb gar nicht abweichend aktiv wird und die frei werdenden Kräfte anderweitig einsetzt.

Problematisch ist allerdings, dass der Anwendungsvorrang des (jeweiligen) Abweichungsgesetzes inhaltlich nur so weit reicht wie die jeweilige Regelung selbst. Denn daraus resultieren je Bundesland unterschiedliche Konsequenzen – so z.B. in Form von nebeneinander anwendbarem Bundes- und Landesrecht bei Teilregelungen oder ausschließlich anwendbarem Landes- oder Bundesrecht bei einem Regelungsverzicht. Infolgedessen wird dem Normunterworfenen somit auf dem Gebiet der Abweichungsgesetzgebung künftig die Prüfung abverlangt, welches der für ihn geltende Rechtsbefehl ist, ohne dass er dies den in Betracht kommenden Normen selbst entnehmen kann, was die Gefahr von Unklarheiten und Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich bringt. Denn die Frage nach dem Vorrang des jeweiligen

Gesetzes ist nicht nur eine rein zeitliche, sondern vielmehr auch eine inhaltliche, weil die Reichweite etwa konkurrierender Vorschriften ausgelotet und auf den Einzelfall projiziert werden muss. Insoweit ist es erforderlich, dass die suspendierten Vorgängernormen im Abweichungsgesetz genannt werden, um dem Normadressaten die Orientierung zu erleichtern. Zur Rechtsklarheit trägt schließlich auch Art. 72 Abs. 3 S. 2 GG bei, der eine sechsmonatige Karenzzeit für das Bundesrecht festlegt und den Ländern so hinreichend Zeit für eine Alternativregelung gibt, die dann in Kraft treten kann, ohne dass der Normanwender vorher mit dem Bundesrecht konfrontiert war.

d) Zwischenergebnis

Aus Art. 72 Abs. 1, 72 Abs. 3 GG lässt sich somit ableiten, dass der Bund durchaus Regelungen treffen kann, durch die die Bundesländer von bundesrechtlichen Normen abweichen dürfen. Um die im Zusammenhang mit Art. 72 Abs. 3 GG deutlich werdenden Probleme zu umgehen, sind gesetzliche Abweichungsermächtigungen allerdings besonders bestimmt zu fassen. Zudem sollten im Falle eines Gebrauchmachens von der Abweichungskompetenz die geänderten Normen zitiert werden.

2. Materielle Grenzen

Fraglich bleibt aber, inwiefern materielle Grenzen für Abweichungsmöglichkeiten bestehen.

a) Postulat bundesweit einheitlicher Lebensbedingungen

Mit Blick auf das Grundgesetz, insbesondere Art. 106 Abs. 3 Nr. 2 GG, wird behauptet es gebe ein verfassungsrechtliches Postulat der Herstellung und Wahrung einheitlicher Lebensverhältnisse im gesamten Bundesgebiet. Ein solche Vorgabe stünde per se im Gegensatz zu jeder Nutzung von Gestaltungs- und Innovationsspielräumen durch die Länder.

In Art. 106 Abs. 3 Nr. 2 GG ist festgelegt, dass die Aufteilung der vom Aufkommen her einträglichsten Steuern zwischen Bund und Ländern insbesondere danach zu erfolgen hat, dass „die Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet gewahrt wird“. Diese Vorgabe, so wird vertreten, formuliere einen allgemeinen Verfassungsgrundsatz und verbiete schon ganz

generell jedwede Öffnungsregelungen, die zu unterschiedlichen Standards in den Ländern führen können.

Diese Sichtweise verkennt allerdings in systematischer Hinsicht, dass sich Art. 106 Abs. 3 Nr. 2 GG lediglich auf die Distribution bereits eingemommener Abgaben, nicht aber auf die Allokation der Produktionsfaktoren zum Erhalt von Abgaben bezieht. Insoweit ist Art. 72 Abs. 2 GG maßgeblich, der allenfalls Gleichwertigkeit (der Rechts- oder Wirtschaftsverhältnisse im gesamtstaatlichen Interesse) postuliert. Folglich sind Unterschiede zwischen den Ländern auf Allokationsebene in gewissem Maße gewollt und überdies dem Innovations- und Gestaltungswettbewerb förderlich, weil sie Anreize schaffen, zu den „vorne“ liegenden Ländern aufzuschließen. In ähnlicher Weise bestimmt auch Art. 84 Abs. 1 S. 5 GG, dass der Bund nur „in Ausnahmefällen (...) wegen eines besonderen Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung“ bestimmte Vollzugsaspekte regeln darf. Auch diese Formulierung zeigt, dass nicht die Herstellung von Uniformität, sondern von Harmonie das Leitbild des Grundgesetzes in Bezug auf das Verhältnis der Bundesländer untereinander bildet. Im Ergebnis lässt sich somit aus Art. 106 Abs. 3 Nr. 2 GG kein stichhaltiges Argument gegen eine bundesrechtlich motivierte Möglichkeit zur Abkehr von Bundesvorschriften zugunsten der Länder ableiten.

Anderes folgt auch nicht aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Grundgesetzes. Denn Art. 3 Abs. 1 GG würde im vorliegenden Zusammenhang nur dann auf einheitliche Lebensverhältnisse drängen und einer Abweichungsmöglichkeit entgegen stehen, wenn ein Vergleich der in den einzelnen Bundesländern erfolgten Abweichungsgesetzgebung dem Grunde nach möglich wäre. Dazu bedürfte es jedoch einer tauglichen Vergleichsgruppe. Insofern geht die ganz überwiegende Literaturmeinung in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung überzeugend davon aus, dass der allgemeine Gleichheitssatz nur gegenüber demselben Normgeber Geltung beanspruchen kann. Ein Vergleich verschiedener Landesnormen kommt daher nicht in Betracht. Andernfalls liefe man Gefahr, die aus dem in Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegten Bundesstaatsprinzip ableitbare Eigenverantwortlichkeit der Bundesländer über Art. 3 Abs. 1 GG auszuhebeln.

b) Grundrechtliche Grenzen

Ferner können die Grundrechte, und zwar in ihrer Schutzpflichtendimension, einer bundesgesetzlich motivierten Abweichungsmöglichkeit Grenzen ziehen. Wenn z.B. der Bund den Ländern die Möglichkeit einräumen würde, beliebig von seinen Kontrolltatbeständen abzuweichen, so könnte die Gefahr bestehen, dass betroffene Unternehmen im Sinne eines „Forum Shoppings“ dahin abwandern, wo die niedrigsten Kontrollstandards existieren. Daher dürfte zumindest bei denjenigen Tätigkeiten, die einen Bezug zur Gesundheit und körperlichen Unversehrtheit der Bürger (z.B. im Bereich des Verbraucher- und Umweltschutzes) oder zu minderjährigen Verbrauchern aufweisen, der Spielraum für Abweichungsmöglichkeiten geringer sein. So könnte z.B. eine Beschränkung der Abweichungsmöglichkeiten auf bestimmte Berufsausübungsregeln verfassungsrechtlich geboten sein. Eine solche kommt in den Erprobungsklauseln der §§ 13 GewO, 32 GastG deshalb auch folgerichtig zum Ausdruck.

Soweit Abweichungsmöglichkeiten zugunsten der Bundesländer im Bereich der Leistungsverwaltung eingeführt werden sollen, ist zu berücksichtigen, dass das Grundrecht der Menschenwürde in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip, dem einzelnen Bürger nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ein ökonomisches Existenzminimum gewährleistet. Konkret soll die in Art. 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GG enthaltene Schutzpflicht des Staates jedem Bürger die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sichern. Dabei besteht einerseits zwar keine Beschränkung auf das zur notdürftigen Versorgung Erforderliche, andererseits ist aber auch keine Einebnung jedweder gesellschaftlicher Wohlstandsgefälle intendiert (dazu Martinez, JZ 2005, S. 644 ff.). Vielmehr realisiert sich das Existenzminimum an einer unteren Schwelle des gesellschaftlichen Niveaus. Diese Schwelle dürfen die Länder folglich im Rahmen einer bundesrechtlichen Abweichungsmöglichkeit nicht unterschreiten.

III. Schlussfolgerungen

Bereits jetzt können die Bundesländer unter Beachtung der vorstehend dargelegten Grenzen von Standards des Bundes abweichen. Dies gilt einerseits, wenn der Bundesgesetzgeber eine solche Flexibilisierungs- bzw. Differenzierungsmöglichkeit im jeweiligen Gesetz explizit eröffnet. Diese Möglichkeit ist jedoch eher theoretischer Natur, insbesondere wenn die politische Konstellation auf Bundesebene nicht derjenigen auf Landesebene korrespondiert. Das Vertrauen in eine gesetzliche Öffnungsklausel ist insbesondere auch insoweit problematisch, als die Möglichkeit der Standardabweichung ein zentrales Ventil ist, mit Hilfe dessen die Länder den aus einer verfassungsrechtlichen Verschuldungsgrenze fließenden Druck

regulieren können. Somit ist eine verfassungsrechtliche Regelung notwendig. Die verfassungsrechtlich gewährleistete (und damit gesicherte) Eröffnung von Abweichungsmöglichkeiten erfasst nach der Föderalismusreform I explizit aber nur die in Art. 72 Abs. 3 GG genannten Bereiche. Somit ist eine entsprechende Öffnungsklausel in den Art. 70 ff. GG vorzusehen. Diese könnte sich am Vorbild des Art. 72 Abs. 3 GG orientieren. Deren Inanspruchnahme ist an die vorstehend skizzierten verfassungsrechtlichen Grenzen gebunden; diese erschließen sich bereits in systematischer Auslegung des Grundgesetzes und müssten daher nicht zwingend nochmals ausdrücklich normiert werden. Einer solchen Öffnungsklausel steht weder der manchmal fälschlich als verfassungsrechtlicher Vorgabe gehandelte Topos der „Herstellung einheitlicher Lebensverhältnisse“ noch der allgemeine Gleichheitssatz entgegen.

F. Verstärkte Zusammenarbeit und Föderalismus (Fragenkatalog V., Fragen Nr. 287 ff.)

Zumindest im Vergleich zu einer (konkurrierenden) Bundeszuständigkeit, auf deren Grundlage ein Bundesgesetz mit einheitlichen Standards erlassen würde, können finanzwirksame Gestaltungs- und Innovationsspielräume der Länder auch durch die Möglichkeit einer verstärkten Zusammenarbeit zwischen den Ländern bzw. zwischen Bund und Ländern gesichert werden. Aktuelle, im Fragenkatalog aufgegriffene Beispiele sind insoweit der IT-Bereich oder der Katastrophen- und Zivilschutz, im Hinblick auf die der Bund an einer (in welcher Form auch immer begrenzten) sog. Koordinierungszuständigkeit (zur Problematik schon oben unter D.) interessiert ist.

Nun lassen sich durch Formen der Kooperation zwar zweifelsohne Größenvorteile erzielen und infolgedessen auch Kosten einsparen. Es stellt sich allerdings die Frage, inwieweit etwaige Zusammenschlüsse dem Wesen eines föderalen Staatswesens entsprechen. Deren Beantwortung hängt nicht zuletzt davon ab, welchem Leitbild des Föderalismus man für Deutschland folgt.

Legt man insoweit die eingangs (unter B.) geschilderten „föderalen Eckpunkte“ sowie das daran anknüpfende Leitbild eines Gestaltungs- und Innovationsföderalismus zugrunde, so hat sich die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern vor allem an der Leistungsfähigkeit der Länder in Relation zur jeweils wahrzunehmenden Aufgabe zu

orientieren. Im Zuge dessen können sich die Gliedstaaten der Wahrnehmung einer ihnen zugewiesenen Aufgabe grundsätzlich nicht unter Hinweis auf ihre beschränkte Leistungsfähigkeit verweigern. Denn die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern unterstellt gerade, dass die Gliedstaaten in der Lage sind, die ihnen zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen.

Die so nochmals zusammengefassten theoretischen Rahmenbedingungen des in Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegten Bundesstaatsprinzips stehen – gerade im Hinblick auf die grundsätzliche Pflicht der Länder zur eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung – in einem gewissen Gegensatz zu etwaigen Kooperationsmöglichkeiten. Eine Aufgabenabwälzung auf den Bund, andere Glieder oder gemeinsame Einrichtungen kann daher allenfalls in engen Grenzen zulässig sein. Somit bedarf es unter dem Leitbild des Gestaltungs- und Innovationsföderalismus, der gerade leistungsfähige Länder voraussetzt, hinreichender Rechtfertigungsgründe, die sich entweder aus der Verfassung selbst oder daraus ergeben können, dass die durch die Kooperation erzielten Gewinne den Verlust an föderaler Vielfalt ausgleichen.

I. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Möglichkeit einer verstärkten Zusammenarbeit zwischen den Ländern kann (auch vor dem Hintergrund des Leitbildes eines Innovationsföderalismus) verfassungsrechtlich nicht pauschal verneint werden.

Zwar lässt sich Art. 32 Abs. 3 GG, wonach die Länder mit Zustimmung der Bundesregierung für ihren Kompetenzbereich Verträge mit auswärtigen Staaten abschließen dürfen, insoweit nicht als verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlage heranziehen. Denn diese Norm bezieht sich nur auf das Verhältnis zu auswärtigen Staaten und trifft folglich keine Aussage über die Vertragschlusskompetenz der Länder untereinander. Jedoch obliegt die Ausübung staatlicher Befugnisse nach Art. 30 GG solange den Ländern, wie keine spezielle verfassungsrechtliche Bestimmung gegeben ist. Gerade das ist mit Blick auf intraföderale Abreden aber der Fall.

1. Möglichkeiten und Grenzen einer verstärkten Zusammenarbeit der Länder

Damit verlagert sich die verfassungsrechtliche Betrachtung auf die Möglichkeiten und Grenzen einer verstärkten Zusammenarbeit der Länder.

a) Abstrakte Betrachtung der verfassungsrechtlichen Grenzen

Nach allgemeiner Ansicht ist es den Ländern verwehrt, im Zuge intraföderaler Kooperationen ihre Eigenstaatlichkeit aufzugeben. Dementsprechend ist ein Verzicht der Länder auf elementare Hoheitsrechte ausgeschlossen, sei es durch Fremdbestimmung anderer Länder oder aber durch Preisgabe der eigenen verfassungsmäßigen Ordnung. Die Länder dürfen auch keine sog. „dritte Ebene“ schaffen und durch einen derartigen Sonderbund in Konkurrenz zum Bund zu treten. Um von einer Aufgabe der Eigenstaatlichkeit sprechen zu können, muss die jeweilige Beeinträchtigung aber von einer gewissen qualitativen Intensität sein.

Desweiteren ist zu beachten, dass eine verstärkte Zusammenarbeit auf den im Grundgesetz zugewiesenen Zuständigkeitsbereich der Länder beschränkt ist. Daraus folgt, dass Kooperationen jedenfalls nicht zu einer Kompetenzverschiebung führen dürfen, und zwar auch im Falle einer Zustimmung der Beteiligten, weil weder Bund noch Länder über die ihnen in der Verfassung zugewiesenen Bereiche disponieren dürfen. Es besteht somit ein Kompetenzerhaltungsgebot bzw. Umgehungsverbot im Sinne einer Verpflichtung auf eine klare Verantwortungsteilung und eine eigenverantwortliche Wahrnehmung von Zuständigkeiten.

Schließlich darf eine interföderale Zusammenarbeit die Landesparlamente nicht entmachten, indem ihnen zugewiesene Aufgaben auf intergouvernementale Gremien verschoben werden. Insoweit drängt vor allem der Wesentlichkeitsgrundsatz auf eine Beteiligung der Landtage bei allen wichtigen Fragen. Zudem fordert das Rechtsstaatsprinzip ein Mindestmaß an Klarheit und Verantwortung bei der Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen und der Erfüllung staatlicher Aufgaben. Verantwortung muss somit im Ergebnis klar zurechenbar sein und bei den jeweils zuständigen Einheiten verbleiben.

b) Projektion auf ausgewählte Kooperationsformen

Die vorstehend geschilderten, abstrakten verfassungsrechtlichen Grenzen einer verstärkten Zusammenarbeit sollen nunmehr genauso wie die eingangs (unter B.) genannten „föderalen Eckdaten“ als Vorgaben des Bundesstaatsprinzips auf ausgewählte Kooperationsformen projiziert werden. Dabei ist allerdings zu beachten, dass im Hinblick auf deren grundsätzliche Zulässigkeit aus bundesverfassungsgerichtlicher Perspektive ein weiter Beurteilungsspielraum besteht.

aa) Kooperation zwischen den Ländern

Unter Berücksichtigung alldessen stehen einer horizontale Kooperation der Bundesländer durch Staats- oder Grundlagenverträge grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen. Denn nach einhelliger Ansicht lässt sich dem Grundgesetz keine Pflicht zur Uneinigkeit der Länder oder zur autistischen Aufgabenwahrnehmung entnehmen. Vielmehr bewegen sich die Länder insoweit im Rahmen dessen, was sie zur Vorbereitung einer eigenverantwortlichen und selbständigen Aufgabenerledigung unternehmen dürfen, wenn auch mit derartigen Kooperationen zumindest ein Stück weit föderale Gestaltungs- und Innovationsspielräume zurückgedrängt werden. Diese sind jedoch kein Selbstzweck, sondern verlangen immer auch eine sachadäquate und ressourcenschonende Aufgabenerledigung.

Gemeinsame Einrichtungen auf Länderebene sind demgegenüber jedoch insoweit problematisch, als die jeweilige Aufgabe nicht mehr nur von einem, sondern von mehreren Bundesländern wahrgenommen wird. Denn damit geht eine Aufgabenabwälzung auf die jeweilige Institution einher, so dass den Ländern keine eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung mehr möglich ist. Dies gilt entgegen zum Teil vertretener Ansicht unabhängig davon, ob in der Einrichtung **mehrheitliche oder einvernehmliche Beschlüsse** gefasst werden, weil das Land entweder überstimmt zu werden droht oder keine Möglichkeit hat, gegen den Willen anderer Länder eigene Vorstellungen durchzubringen (dazu Nettessheim, in: Festschrift für Peter Badura, 2004, S. 363, 388 f.)

Hieraus resultiert allerdings noch nicht zwingend die generelle Unzulässigkeit von zwischenstaatlichen Einrichtungen der Länder. Ein Blick auf Art. 24 Abs. 1 GG zeigt, dass der Bund (entgegen vereinzelt vertretener Ansicht) auch Hoheitsrechte der Länder auf

zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen kann. Im Zuge eines Erst-Recht-Schlusses muss es den Ländern dann aber **grundsätzlich auch möglich** sein, ihre Hoheitsrechte auf Ländereinrichtungen zu übertragen, ist hiermit doch ein geringeres Maß an Preisgabe von Hoheitsmacht verbunden als im Rahmen des Art. 24 Abs. 1 GG.

Mit Rücksicht auf die Vorgabe einer prinzipiell eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung der Länder als Forderung des Bundesstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 1 GG dürfen derartige Übertragungen allerdings nicht in beliebigen Bereichen erfolgen. Als **grobe Leitlinie** lässt sich in diesem Zusammenhang festhalten, dass die Gründung einer gemeinsamen Einrichtung umso eher unzulässig ist, je stärker der Kernbereich einer den Ländern zugeordneten Aufgabe, z.B. der Bildungs- oder Kulturhoheit, betroffen ist. Umgekehrt ist eine entsprechende Kooperation umso eher möglich, je mehr sie im bloß technischen Bereich angesiedelt ist und/oder eine grundrechtsdienende Funktion erfüllt.

bb) Kooperation zwischen Bund und Ländern

Wenn auch die Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern – sei es durch vertragliche Abreden oder gemeinsame Einrichtungen – dem politischen Tagesgeschäft entsprechen, ist deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit außerhalb spezieller verfassungsrechtlicher Ermächtigungen wie z.B. in Art. 104 b GG nicht unproblematisch. Denn derartige Kooperationsformen sind besonders geeignet, die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsverteilung zu beschneiden, weil die Art. 30, 70 ff. GG bzw. 30, 83 ff. GG das Spektrum möglicher Aufgaben lückenlos auf den Bund oder die Länder, nicht aber auf den Bund und die Länder verteilen. Infolgedessen dürfte grundsätzlich nur dort Raum für Kooperationen sein, wo es um die Klärung von Zuständigkeitszweifeln geht. Kooperationen darüber hinaus sind nur möglich, wenn kein gemeinsames Recht gesetzt wird oder sich die Zusammenarbeit auf bloße Hilfsfunktionen beschränkt. Ansonsten sind Bund und Länder auf die Schaffung getrennter Normierungen und Instrumente angewiesen, die aber natürlich aufeinander abgestimmt sein dürfen.

cc) Schlussfolgerungen

Vor diesem Hintergrund erscheint es verfassungsrechtlich in den genannten Grenzen möglich, dass die Länder untereinander in Form von Staatsverträgen kooperieren und – zumindest in

technischen Bereichen – auch gemeinsame Einrichtungen schaffen. Schwieriger sind Kooperationen unter Einbeziehung des Bundes. Bund und Länder können in technischen Bereichen, also etwa im IT-Bereich oder auch im Bereich der technischen Organisation des Katastrophen- und Zivilschutzes zusammenwirken, um eine eng umgrenzte Aufgabe sachdienlich und kosteneffizient zu lösen. Sie dürfen zu diesem Zweck auch eine gemeinsame Einrichtung schaffen, im Rahmen derer technische Fragen abgestimmt und koordiniert werden (etwa im IT-Bereich mit Blick auf die Schnittstellenproblematik). Angesichts der verfassungsrechtlichen Brisanz einer solchen Bund-Länder-Kooperation in einer gemeinsamen Einrichtung empfiehlt sich jedoch eine verfassungsrechtliche Ermächtigung, die der im Föderalismus geforderten eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung der Länder dadurch Rechnung trägt, dass solche Kooperationen nur mit Blick auf technische Fragen (in Abgrenzung zu politischen Fragen) möglich sind. Mit Blick auf die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung der Länder ist in **grundlegenden Fragen Einstimmigkeit** gefordert. **Mehrheitsentscheidungen** sind allenfalls mit Blick auf spezielle technische Ausführungsentscheidungen möglich. Sofern diese Entscheidungen rechtlich verbindlich sind, muss sich im Entscheidungsprozess die bundesstaatliche Ordnung widerspiegeln. Dies bedeutet, dass dem Bund eine hervorgehobene Rolle und den größeren Bundesländern – analog zur Stimmengewichtung im Bundesrat – ein stärkeres Gewicht zukommt. Sofern Entscheidungen verbindliche Außenwirkung entfalten und grundrechtsrelevant sind, sind auch die Parlamente in den Entscheidungsprozess einzubinden.

II. Kooperation und Art. 72 Abs. 2 GG

Geht man auf Basis der obigen Ausführungen davon aus, dass eine verstärkte Zusammenarbeit auf Länderebene unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist, stellt sich abschließend die Frage, welche Konsequenzen derartige Kooperationen für die Konzeption von Bundesgesetzen im Anwendungsbereich konkurrierender Gesetzgebungskompetenzen gem. Art. 74, 72 Abs. 2 GG haben. So ließe sich die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung jeweils mit der Begründung verneinen, dass eine selbstkoordinierende Rechtsetzung der Länder z.B. in Form eines Staatsvertrages genauso gut der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse oder der Wahrung der Rechts- bzw. Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse dienen kann wie ein Bundesgesetz. Dementsprechend wird von Teilen der Literatur dort, wo die Möglichkeit selbstkoordinierender Rechtsetzung greift, eine bundesgesetzliche Regelung für nicht „erforderlich“ gehalten. Noch darüber hinaus gehend meinen andere Stimmen, dass die

begründete Aussicht auf einen Staatsvertrag der Länder die von Art. 72 Abs. 2 GG verlangte „Erforderlichkeit“ eines Bundesgesetzes sogar nachträglich entfallen lassen könne.

Diese Sichtweise verkennt jedoch, dass Art. 72 Abs. 2 GG – ganz im Sinne eines Gestaltungs- und Innovationsföderalismus – dazu dient, den Ländern Freiräume für die Kreation eigener Gesetze zu verschaffen, um auf diese Weise differenzierte Problemlösungen zu ermöglichen. Entgegen dieser Zielrichtung würde eine jedwedes Bundesrecht verdrängende Selbstkoordinationsmöglichkeit der Länder im Anwendungsbereich des 72 Abs. 2 GG zu bundesweit einheitlichem Länderrecht führen. Damit wären aber nicht nur die mit dieser Norm an sich intendierten Gestaltungsmöglichkeiten der Länder verloren, sondern vielmehr würde die Länder zum Ersatz-Bundesgesetzgeber. Abgesehen davon, dass dies mit den eingangs (unter B.) dargestellten „föderalen Eckdaten“ nicht in Einklang zu bringen wäre, verlöre man auch den Vorteil einer einheitlichen Auslegung der jeweiligen Rechtsgrundlage. Denn ein Staatsvertrag der Länder zählt nicht zum revisiblen Bundesrecht, so dass das *BVerwG* nicht berufen wäre, etwaige Interpretationsfragen mit bundesweit einheitlicher Geltung zu klären. Hinzu kommt, dass man die konkurrierende Gesetzgebung faktisch um ein Zustimmungserfordernis ergänzen würde, wenn man einer selbstkoordinierenden Rechtsetzung der Länder bundesgesetzverdrängende Wirkung zuschriebe. Denn die Länder könnten durch einen entsprechenden Staatsvertrag dem Bundesgesetzgeber jederzeit zuvor kommen. Ein derartiger Mechanismus ist der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aber gerade fremd; sie geht vielmehr von einem Vorrang des Bundesrechts aus, wenn die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG vorliegen.

So gesehen drängt sich – unter Zugrundelegung der „föderalen Eckdaten“ (vgl. oben unter B.) – umgekehrt vielmehr der gegenteilige Schluss auf: Der Bedarf einer Länderkoordinierung und -kooperation stellt ein Indiz dafür da, dass die Länder in einem bestimmten Sachbereich einzeln überfordert sind und damit die „Erforderlichkeit“ einer bundeseinheitlichen Regelung gegeben ist.

Vor diesem Hintergrund kommt im Innovationsföderalismus eine verstärkte Zusammenarbeit der Länder untereinander, gegebenenfalls unter Einbeziehung des Bundes, grundsätzlich nur **in den Bereichen** in Betracht, in denen der Bund keine Gesetzgebungszuständigkeit hat. In diesem Fall ist Art. 72 Abs. 2 GG zumindest *de lege lata* nicht einschlägig.

G. Möglichkeiten zur Erleichterung des freiwilligen Zusammenschlusses von Ländern (Fragenkatalog VI., Fragen Nr. 325 ff.)

I. Ziele einer Neugliederung

Hauptziel einer Neugliederung ist, wie schon Art. 29 Abs. 1 GG zeigt, die Gewährleistung vergleichbarer Effizienz und Fähigkeiten der Länder. Die genannten Ziele korrespondieren dem eingangs (unter B.) geschilderten Leitbild eines Gestaltungs- und Innovationsföderalismus. Dieses den Bundesstaat legitimierende Leitbild setzt ausreichend leistungsfähige Länder, die eigenverantwortlich handeln können, voraus. Neben wirtschaftlicher und kultureller Leistungsfähigkeit geht es insoweit um die Fähigkeit zur Gewährleistung angemessener Lebensbedingungen i.S. des Art. 72 Abs. 2 GG, aber auch um die „Europafähigkeit“ der Länder i.S. der sich für diese aus Art 23 Abs. 1, 32 Abs. 3 GG ergebenden Verpflichtungen zu nennen. Entsprechendes gebieten die Herausforderungen eines „Europas der Regionen“.

Umstritten ist freilich, ob diese Ziele durch eine Neugliederung tatsächlich erreicht werden können. Einer Vereinigung von wirtschaftlich starken mit wirtschaftlich schwächeren Ländern wird vielfach eine positive Wirkung dergestalt zugesprochen, dass in großen, wirtschaftlich leistungsfähigen Ländern die mangelnde Wirtschaftskraft eines Landesteils durch einen potenten Landesteil ausgeglichen werden kann. Auch wird angenommen, dass eine Verringerung der Anzahl der Länder aufgrund der damit verbundenen Angleichung der Wirtschaftskraft den Umfang der staatlichen Umverteilung zwischen den Ländern verringern und den Länderfinanzausgleich auf seine ursprüngliche Funktion als Spitzenausgleich zurückführen kann. Dieser zu erwartende positive Effekt wird jedoch vereinzelt bezweifelt: Zwar ließe sich die Abnahme des Umverteilungsvolumens zwischen den Ländern im Falle der durch eine Neugliederung entstehenden größeren Ländereinheiten nicht leugnen. Die leistungsstarken Länder müssten jedoch aufgrund der durch Art. 106 Abs. 6 GG sichergestellten landesinternen kommunalen Ausgleichspflicht als Teile einer neu gebildeten größeren Landeseinheit erhebliche Leistungen an die strukturschwachen Teile des neu gebildeten Landes erbringen. Unabhängig davon sind jedoch Strukturverbesserungen zu erwarten. Eine Neugliederung dort, wo einheitliche Wirtschaftsregionen durch Landesgrenzen zerschnitten werden, würde raumordnerische Konflikte abbauen und aufwendige

Kooperationsverfahren überflüssig machen. So können etwa Subventionswettläufe um Investoren, welche dazu führen, dass staatliche Mittel sich gegenseitig blockieren, verhindert werden. Einspareffekte resultieren überdies aus der geringeren Zahl von Länderverwaltungen, zumindest auf der Ministerialebene. Ferner könnten bei den durch die öffentliche Hand bereitgestellten Einrichtungen durch eine intensivere und effizientere Nutzung erhebliche Kosten gespart werden, nicht zuletzt, indem Mehrfachinvestitionen vermieden werden.

Für eine Beibehaltung der jetzigen Ordnung wird häufig auch die Vertrautheit des Bürgers mit „seinem Land“ ins Feld geführt. Insoweit ist einzuräumen, dass sich ein großer Teil der Bürger heute in mehr oder weniger starkem Maß mit „ihrem Land“ identifizieren. So ist die Identität der Bürger, die auch in Art. 29 GG unter den Aspekten der landsmannschaftlichen Verbundenheit sowie der geschichtlichen und kulturellen Zusammenhänge thematisiert wird, bei einer Neugliederung zu berücksichtigen. Keinesfalls sollte diese nur nach den Regeln der Unternehmensberatung, also rein effizienzorientiert, erfolgen. Andererseits darf die „Identitätsfrage“ nicht überhöht werden. So lässt sich mit guten Gründen bezweifeln, dass die Zusammenlegung von Flächenländern mit Stadtstaaten z.B. deren „hanseatische“ Identität aushöhlen würde. Denn diese Form regionaler Identität manifestiert sich vielmehr als soziale Wirklichkeit und hängt weniger von funktionalen Strukturen ab.

II. Das Neugliederungsverfahren als hemmender Faktor

Die Neugliederung des Bundesgebietes ist in Art. 29 GG geregelt. Die an Art. 18 WRV anknüpfende Norm enthielt, als das Grundgesetz am 23. Mai 1949 in Kraft trat, in ihrem Abs. 1 die **Verpflichtung** des Bundesgesetzgebers, das Bundesgebiet neu zu gliedern. Insbesondere zielte die Regelung im Grundgesetz darauf ab, eine Zersplitterung zu verhindern und die Grundlage für eine Neugliederung in leistungsfähige Länder zu schaffen. Zugleich sah man die durch die Besatzungsmächte geschaffenen Bundesländer als vorläufige Zufallsgebilde an und wollte den Weg für eine Veränderung durch Neuordnung ebnen.

Das Neugliederungsverfahren ist freilich durch verschiedene Novellierungen Schritt für Schritt als „Verhinderungsverfahren“ angelegt worden. Mit Wirkung zum 19. August 1969 wurde Art. 29 GG erstmals geändert. Erschwerend wurden die Mehrheitsanforderungen für den Volksentscheid auf $\frac{1}{4}$ der Wahlberechtigten im Abstimmungsgebiet festgelegt, für ein Bundesgesetz nach Abs. 3 war nunmehr die Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder im

Bundestag nötig. Eine grundsätzliche Bindung des Gesetzgebers an das Ergebnis des Volksentscheids wurde angeordnet. Eine weitere, einschneidende Änderung erfuhr Art. 29 GG im Jahre 1976, als die Norm von einer Soll- in eine Kann-Vorschrift und somit von einer Verpflichtung zur Gebietsneugliederung in eine bloße Ermächtigung umgewandelt wurde. Eine Neugliederung sollte nur noch im Falle einer nicht ausreichenden Leistungsfähigkeit einzelner Länder zur Erfüllung ihrer Aufgaben möglich sein. So sollte der gestärkten Stellung der Länder und dem daran anknüpfenden Willen ihrer Bevölkerung entsprochen werden. Die Zuständigkeit blieb beim Bund, den betroffenen Ländern wurde aber das Anhörungsrecht gemäß Art. 29 Abs. 1 Satz 2 GG eingeräumt. Abgeschafft wurde ein Volksentscheid im ganzen Bundesgebiet, der ein in einem Gebietsteil abgelehntes Neugliederungsgesetz nach erneuter Verabschiedung im Bundestag wirksam werden lassen konnte. Eine dritte Änderung erfuhr Art. 29 GG schließlich im Jahre 1994, als durch Einführung des Abs. 8 die Neugliederung auch durch Staatsverträge zwischen den beteiligten Ländern ermöglicht wurde. Die ebenfalls neu eingeführte speziellere Norm des Art. 118a GG soll überdies den Ländern Berlin und Brandenburg (auch nach der 1996 gescheiterten Fusion) einen gegenüber Art. 29 GG deutlich vereinfachten Zusammenschluss ermöglichen.

Wohl größtes Hindernis für Neugliederungen sind die in Art. 29 Abs. 3 und Abs. 4 GG geforderten zwei Volksabstimmungen, zum einen in den betroffenen Gebieten, zum anderen aber auch in den aufnehmenden und abgebenden Ländern. Die Verzahnung der Volksentscheide führt dazu, dass auch nur mittelbar betroffene Bevölkerungsteile in eine „Verhinderungsposition“ gebracht werden. Die Neufassung von 1976 legt somit ein zu großes Gewicht auf die Bevölkerungsbeteiligung. Die Ergebnisse der Volksabstimmung am 5. Mai 1996 zur Zusammenführung von Berlin und Brandenburg zeigen schon im Rahmen des vereinfachten Verfahrens des Art. 118a GG die blockierende Wirkung plebiszitärer Elemente: 62,72% der in Brandenburg Abstimmenden hatten sich damals gegen den Zusammenschluss entschieden und ihn damit verhindert. Dieses Ergebnis hatte laut Analysen weniger mit der Ablehnung der rational zu erfassenden funktionalen Folgen eines Zusammenschlusses zu tun, sondern beruhte vielmehr auf einem politischen, wirtschaftlichen und sozialen Vertrauensmangel zwischen Ost und West.

Neugliederungshemmend in einem weiteren Sinne wirkt sich darüber hinaus der Länderfinanzausgleich in seiner gegenwärtigen Gestalt aus. Denn wenn Bundesländer hoch verschuldet sind, sich nicht selbständig erhalten können und daher streng genommen zur

eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung auch nicht mehr in der Lage sind, sind derzeit die anderen Länder und der Bund nach Art. 107 Abs. 2 GG dazu verpflichtet, finanzielle Ausgleichsleistungen und Ergänzungszuweisungen zur Verfügung zu stellen. Im Zuge dessen wird der Anpassungsdruck in Richtung Modernisierung und Neugliederung bestehender Strukturen reduziert.

III. Gibt es Alternativen zu einer Neugliederung?

1. Verstärkte Zusammenarbeit?

Dort, wo sich länderübergreifende Aufgaben und Probleme stellen, sind Lösungen grundsätzlich auch durch eine bloße Zusammenarbeit zwischen den Ländern möglich. Eine echte Alternative zur Neugliederung könnte jedoch allenfalls die (unter F.) behandelte „verstärkte Zusammenarbeit“ zwischen den Ländern darstellen. Diese ist jedoch unter dem Leitbild eines Gestaltungs- und Innovationsföderalismus – wie (unter F.) gezeigt wurde – nur in eng begrenztem Rahmen, etwa im technischen Bereich, möglich. Fraglich ist überdies, ob diese Zusammenarbeit zwischen den Ländern eine Neugliederung ersetzen kann, etwa um die Probleme in durch Landesgrenzen zerschnittenen Wirtschaftsräumen zu verhindern. Problematisch sind dabei die Länge, die Komplexität und die Kosten der gemeinsamen Planungs- und Entscheidungsprozesse. Ferner bestimmen Eigeninteressen der beteiligten Länder die Koordination. Prallen diese aufeinander, fehlt es zumeist an einer institutionalisierten und handlungsfähigen (Problem der Einstimmigkeit) Entscheidungsinstanz zu deren Lösung. Die Koordination von Entscheidungen und Planungen im grenzüberschreitenden Bereich kann die Schwächen der bestehenden Gliederung zwar in begrenztem Umfang abmildern, jedoch entsteht dabei ein Demokratiedefizit, da die Landesparlamente an Kontrollmöglichkeiten gegenüber den von der Exekutive vollzogenen Verwaltungsabkommen und Staatsverträgen verlieren. Somit kann die verstärkte Zusammenarbeit der Länder untereinander allenfalls ein erster Schritt zur Neugliederung sein: In einer Art „Gewöhnungsphase“ könnten Landespolitiker und Bürger feststellen, dass vieles von dem was durch eine Neugliederung in Frage gestellt wird eine Frage der „Gewohnheit“ ist.

2. Finanzausgleich als Alternative?

Ferner könnte der Finanzausgleich auch in Zukunft eine Alternative zur Neugliederung darstellen. Allein das Argument, der Finanzausgleich kompensiere nur Strukturschwäche, ohne ihre Ursachen zu kompensieren, macht ihn seit der Änderung des Art. 29 Abs. 1 S. 1 GG von 1976 nicht per se als Alternative untauglich. Der Finanzausgleich ist in seiner bestehenden Form jedoch kritikwürdig, wenn nicht im Hinblick auf die damit verbundene Aushöhlung der Bundesstaatlichkeit und der in Art. 107 Abs.1 GG angelegten Eigenverantwortlichkeit der Länder verfassungswidrig. Er beinhaltet keine Leistungsanreize für die ausgleichsberechtigten Bundesländer zur Hebung ihres Steueraufkommens, da die Einnahmen des Landes ohnehin von außen auf ein bundesdurchschnittliches Niveau gebracht werden. Auch einen Zwang zum Sparen gibt es nicht. Dieser mangelnde finanzielle Druck verhindert in den finanzschwachen Ländern wirtschaftsverbessernde Reformen und somit auch gesellschaftliche Veränderungen und Innovationen. Der Finanzausgleich hat seine Funktion als Spitzenausgleich verloren und ist somit an seine Verfassungs- und Leistungsgrenzen gestoßen. Er stellt also langfristig in der bisher bestehenden Form **keine Alternative** zu einer Neugliederung dar, vielmehr sind Finanzausgleich und Neugliederung gemeinsam, als in engem Zusammenhang stehende Faktoren zu betrachten.

Vor diesem Hintergrund könnte eine schrittweise Reduzierung der Ausgleichsintensität nicht nur zu mehr Leistungsbereitschaft bei den ausgleichsberechtigten Ländern führen, sondern gleichzeitig zu einer Entlastung der ausgleichspflichtigen Länder führen. Der horizontale Finanzausgleich hat dabei, wie vom BVerfG ausgeführt, „die richtige Mitte zu finden zwischen der Selbstständigkeit, Eigenverantwortlichkeit und Bewahrung der Individualität der Länder auf der einen und der solidarischen Mitverantwortung für die Existenz und Eigenständigkeit der Bundesgenossen auf der anderen Seite.“ Dem Leitbild eines solidarischen Innovationsföderalismus entspräche ein Satz von 50%. Das Interesse der Länder an der Pflege und Ausschöpfung ihres Steueraufkommens ließe sich so beleben.

Dies gilt um so mehr, als der Neuordnung der Kompetenzen im Zuge der Föderalismusreform I ein Verständnis von eigenständigen leistungsstarken Ländern zugrundeliegt. Um das föderale Gleichgewicht wiederherzustellen, die zu einseitige Betonung der bundesstaatlichen Solidarität samt Gleichheitsgrundsatz und Postulat der „einheitlichen Lebensverhältnisse“ zu relativieren sowie die gliedstaatliche Eigenverantwortung stärker zu betonen, erfolgt nun eine

entsprechende Reform der Finanzverfassung. Insoweit erscheint es nicht völlig abwegig, eine **Pflicht** der selbstständig nicht funktionsfähigen („überlebensfähigen“) Länder **zur Neugliederung** anzunehmen – gewissermaßen als eine dem Recht auf Solidarhilfe immanente Nebenpflicht zur Selbsthilfe. Der dem Föderalismus notwendig innewohnende Grundsatz der Zulassung von (begrenzter) Ungleichheit lässt es durchaus zu, die Landesregierung und das Landesvolk selbst die Konsequenzen ihrer vermeidbaren Untätigkeit tragen zu lassen, anstatt dass der Bund und die anderen Länder auf unbestimmte Zeit dafür zahlen. Auf diesem Wege könnte eine „freiwillige“ Neugliederung der Länder gefördert werden.

Im Ergebnis ist der Finanzausgleich keine Alternative zur Neugliederung, vielmehr kann und muss die Neugliederung flankierend zu den Finanzverfassungsänderungen erleichtert werden. Im Zusammenspiel von Änderungen im Finanzausgleich und Änderungen des Verfahrens nach Art. 29 GG kann auf eine freiwillige Neugliederung hingewirkt werden.

IV. Optionen für die Erleichterung von freiwilligen Zusammenschlüssen

Um das Grundgesetz der Verfassungswirklichkeit anzupassen – in der Art. 29 GG in seiner heutigen Fassung nicht zu einer Neugliederung geführt hat – könnte man es als konsequent erachten, die Norm ganz aus dem Grundgesetz zu streichen. Mangels bundesgesetzlicher Vorgaben würde die Neugliederung damit komplett in die Hände der Länder gelegt. Die in ihrer Gebietshoheit betroffenen Gliedstaaten könnten dann die Neugliederung durch Staatsvertrag oder Gesetz regeln. Teilweise wird angemerkt, faktisch sei die Neugliederung seit Einführung des Abs. 8 ohnehin schon Aufgabe der Länder, der Bund habe von seinen Möglichkeiten keinen Gebrauch gemacht und sich somit aus seiner ihm vom Grundgesetz zugewiesenen Funktion zurückgezogen.

Durch eine Neugliederung werden jedoch die Rechte beider bundesstaatlicher Ebenen, die des Bundes und die der Länder, berührt. Einerseits findet eine Neuordnung des gesamten Bundesstaates statt. Andererseits ist die Frage nach der Existenz der betroffenen Gliedstaaten deren ureigene Angelegenheit. Das Verfahren zur Neugliederung muss also sowohl zentral- als auch gliedstaatliche Interessen berücksichtigen. Aufgrund seiner unmittelbaren Betroffenheit ist eine Beteiligung des Bundes notwendig, denn nur der Gesamtstaat hat die Übersicht über das gesamte Staatsgefüge und die gesamtstaatlichen Folgen einer Neugliederung.

Vielorts wird überzeugend eine Vereinfachung des Neugliederungsverfahrens durch Verkürzung bzw. Streichung der plebiszitären Elemente im Art. 29 GG vorgeschlagen. So könnte der Wortlaut des gesamten Art. 29 GG wie folgt formuliert sein: „Das Bundesgebiet kann durch einen Staatsvertrag der beteiligten Länder neu gegliedert werden. Der Staatsvertrag bedarf der Zustimmung des Bundestages.“

Etwas vorsichtiger, da weniger weitgehend, zielen in diese Richtung auch Vorschläge, die Spezialregelung des Art. 118a GG zu verallgemeinern. Wie oben bereits erwähnt, vereinfacht Art. 118a GG einen möglichen Zusammenschluss der Länder Berlin und Brandenburg. Mitwirkungshandlungen des Bundes und formalisierte Elemente unmittelbarer Demokratie, wie in Art. 29 GG, sind hier entbehrlich, wenn auch eine Beteiligung der Wahlberechtigten vorzusehen ist. Die erforderliche Mitwirkung des Bundes an der Neugliederung würde bei einer Verallgemeinerung der Norm in der Verabschiedung der verfassungsrechtlichen Vorschrift selbst liegen, sie würde also gewissermaßen antizipiert. Ansonsten käme ein Zustimmungserfordernis des Bundestages in Betracht. Das plebiszitäre Element würde durch die Formulierung „Beteiligung“ geschwächt, indem die Ausformung der Bevölkerungsbeteiligung dem Staatsvertrag bzw. den Verfassungen der beiden Länder überlassen bleibt. Dies könnten es dann z.B. bei einer Beteiligung der Landesparlamente belassen oder nach Alternativen, etwa im Kontext einer bloßen Volksbefragung, suchen.

In inhaltlicher Hinsicht könnte man die Einleitung eines Neugliederungsverfahrens unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtend machen. Kriterium könnte die vorstehend erörterte Funktionsfähigkeit der Länder im Hinblick auf die ihnen obliegenden Aufgaben unter dem Leitbild des Gestaltungs- und Innovationsföderalismus sein. Ist diese nicht gegeben, so spricht dies für eine Neugliederung.

In Betracht kommt ferner eine Änderung der komplexen Verfahrensregelungen in Abs. 3. Dessen Satz 4 gibt den von Neugliederungen nicht direkt betroffenen Bewohnern des gesamten Landesrestgebietes die Möglichkeit, eine Neugliederung entgegen dem Willen der Bewohner des direkt betroffenen Gebietes zu verhindern. Dies scheint nicht sachgerecht, da dem Votum der unmittelbar betroffenen Menschen ein größerer Stellenwert einzuräumen ist. Selbiges gilt für Art. 29 Abs. 5 S. 4 GG. Auf eine weitere Abstimmung auch in den betroffenen Ländern sollte demnach zugunsten eines vereinfachten und unmittelbar ergebnisbezogenen regionalen

Referendums verzichtet werden, die endgültige Entscheidung sollte bei den unmittelbar betroffenen Gebieten liegen.

Auch kann der Sinn und Zweck des Nachsatzes in Art. 29 Abs. 6 S.1 GG in Frage gestellt werden, der eine Mehrheit bei Volksentscheiden und Volksbefragungen nur als solche gelten lässt, wenn sie mindestens ein Viertel der zum Bundestag Wahlberechtigten umfasst. Wenn sich weniger als ein Viertel der Wahlberechtigten an einer Entscheidung beteiligen, so zeugt dies allerdings von einem hohen Maß an allgemeinem Desinteresse. Andererseits ist es bedenklich, dass die bloße Nichtwahrnehmung des Wahlrechts und die mangelnde Mobilisierung eines großen Teils der Abstimmungsberechtigten eine Neugliederung verhindern könnte.

V. Grenzen einer die Neugliederung ohne Beteiligung der betroffenen Länder oder ihrer Bevölkerung ermöglichenden Regelung

Wie sich schon aus den allgemein akzeptierten Abweichungen von Art. 29 GG ergibt, kann die Vereinfachung der Neugliederung an sich keinen Verstoß gegen die durch Art. 79 Abs. 3 GG garantierte Gliederung des Bundes in Länder darstellen. Geschützt wird nämlich nur die Existenz eines Bundesstaates schlechthin, nicht aber die Existenz der derzeit bestehenden Länder.

Ein Verzicht auf plebiszitäre Elemente in Art. 29 GG könnte jedoch gegen Art. 79 Abs. 3 Alt. 4 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG verstoßen, nach welchem die Staatsgewalt vom Volke ausgeht und u.a. auch durch Abstimmungen ausgeübt wird. In diesem Zusammenhang ist jedoch zunächst fraglich, ob es sich bei den Plebisziten in Art. 29 GG überhaupt um Abstimmungen i.S.v. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG handelt. Ein beachtlicher Teil der Literatur verneint dies zu Recht, da es sich in Art. 29 GG um „Bevölkerungsentscheide“ handelt, die im Gegensatz zu „Volksentscheidungen“ nicht als Abstimmungen gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG anzusehen sind. Bei den Territorialplebisziten aus Art. 29 GG trifft nicht das gesamte abstimmungsberechtigte Staatsvolk anstelle des parlamentarischen Gesetzgebers eine allgemeine Regelung, vielmehr stimmt nur ein von der Neugliederung betroffener Bevölkerungsteil über eine Frage ab. Unabhängig davon liegt durch eine Streichung der plebiszitären Elemente im Art. 29 GG aber auch deswegen kein Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3

Alt. 4 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG vor, weil die Nennung von Abstimmungen in Art. 20 Abs. 2 GG lediglich eine **Option** des Grundgesetzes für Volksentscheidungen darstellt.

Wenn man auf die grundgesetzliche Vorgabe eines Volksentscheides in Art. 29 GG verzichtet, so stellt sich weiterhin die Frage, ob dies dann in dem Sinne für landesverfassungs- bzw. staatsvertragliche Regelungen der Länder verbindlich wäre, als dass sie gehindert wären, auf Landesebene einen Volksentscheid vorzusehen bzw. zu vereinbaren. Insoweit ließe sich auf Basis des Art. 31 GG, wonach Bundesrecht entgegen stehendes Landesrecht bricht, argumentieren, dass der Bund durch bewusste Nichtregelung klar gestellt hat, dass er keinen Volksentscheid wünscht und eine gegenteilige Regelung der Länder dieser Auffassung des Bundes mit den Konsequenzen des Art. 31 GG widersprechen würde. Jedoch ist insoweit zu bedenken, dass der Begriff „Bundesrecht“ die Existenz geschriebener oder ungeschriebener Rechtssätze voraussetzt, Art. 31 GG wäre so gesehen bei einem absichtsvollen Regelungsverzicht nicht anwendbar. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn man dem bewussten Regelungsverzicht des Bundes in einem neuen Art. 29 GG eine Sperrwirkung beimessen würde. Eine solche Regelung stünde allerdings in Widerspruch zur in Art. 30, 70 GG niedergelegten Zuständigkeitsvermutung für die Länder. Manches spricht daher dafür, dass es den Ländern unbenommen bliebe, selbst Regeln unmittelbarer Bürgerbeteiligung vorzusehen. Wie im Falle des Art. 118a GG, der die hier betroffenen Länder zu einer wie auch immer gearteten Beteiligung ihrer Wahlberechtigten verpflichtet, könnten die Länder dann Vorschriften wie Art. 116 Bbg Verf und Art. 85a Berl Verf erlassen.

Zu prüfen ist schließlich die Frage, ob die Auflösung eines Bundeslandes sowohl gegen den Willen der betroffenen Landtage und Landesregierungen als auch gegen den Willen seiner Bevölkerung möglich ist.

Denn das BVerfG leitet aus dem Demokratieprinzip ab, dass ein Volk über seine staatliche Grundordnung und damit auch über das Fortbestehen seines Staates grundsätzlich selbst zu bestimmen habe. Zwar hat das BVerfG zu Art. 29 GG i.d.F. von 1949 ausgeführt, dass die Neugliederung des Bundesgebietes nach Art. 29 Abs. 1 GG allein Angelegenheit des Bundes sei. Die Länder als bloße Objekte der Neugliederung anzusehen, ließe sich zudem damit begründen, dass Art. 29 Abs. 4 Satz 2 GG i.d.F. von 1949 vorsah, dass dann, wenn ein Bundesneugliederungsgesetz nicht die erforderliche Mehrheit der Stimmen in den betroffenen Ländern erreichte, dieses Gesetz erneut im Bundestag einzubringen war und dem Volk im

gesamten Bundesgebiet zur Abstimmung zu unterbreiten war. Damit ermöglichte Art. 29 GG i.d.F. von 1949 die Auflösung eines Bundeslandes sowohl gegen den Willen der betroffenen Landtage und Landesregierungen als auch gegen den Willen seiner Bevölkerung (zu alledem BVerfGE 13, S. 54, 73 ff.; E 49, S. 10, 13).

Fraglich ist jedoch, ob daraus geschlossen werden kann, dass auch solche Verfassungsänderungen mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar sind, die eine Länderneugliederung ohne jede Beteiligung der Länder und deren Bevölkerung vorsehen. Denn wenn das BVerfG (E 5, S. 34, 42) andererseits in der Beteiligung der betroffenen Bevölkerung am Neugliederungsverfahren eine Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts des Volkes sieht, dann ist eine irgendwie geartete Beteiligung vorzusehen. Die in Art. 29 Abs. 4 GG in seiner ursprünglichen Fassung vorgesehene Möglichkeit, den regionalen Mehrheitswillen der Bevölkerung durch den Mehrheitswillen des Gesamtvolkes zu überwinden, erscheint vor diesem Hintergrund als Ausnahme von diesem Grundsatz, der sich vor allem auch daraus rechtfertigte, dass die Länder nach 1945 weitgehend als historische Zufallsprodukte angesehen wurden, deren Neugliederung, und damit auch die Möglichkeit, sich sträubende Bevölkerungsteile zu überstimmen, im gesamtstaatlichen Interesse als unbedingt erforderlich erschien.

Hält man dementsprechend eine Beteiligung der von einer Neugliederung betroffenen Länder bzw. ihrer Bevölkerung für erforderlich, dann verstößt zumindest die Möglichkeit einer Neugliederung nur durch einfaches Bundesgesetz gegen Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 GG. Das führt freilich zu dem kuriosen Ergebnis, dass eine Rückkehr zum alten Art. 29 Abs. 4 GG dem verfassungsändernden Gesetzgeber aus heutiger Sicht untersagt wäre.

Jedoch zeigen die vorstehenden Ausführungen auch, welche Spielräume mit Blick auf eine Neugliederung bestehen. Insbesondere verlangt das Erfordernis einer Rückführung der Neugliederung von Bundesländern auf den Willen der dortigen Bevölkerung nicht unbedingt nach einer Beteiligung der Betroffenen in Form eines Volksentscheids. Vielmehr reicht es aus, wenn der Wille der Bevölkerung – wie in einer repräsentativen Demokratie sonst auch üblich – über demokratisch legitimierte Organe in die Entscheidung einfließt.

Vor diesem Hintergrund könnte man daran denken, in einer bloßen Volksbefragung mit Votum des Bundesrates eine hinreichende Beteiligung eines Landes und seiner Bevölkerung zu sehen.

Das *BVerfG* fordert zwar grundsätzlich ein bestimmtes Legitimationsniveau, um dem Demokratieprinzip gem. Art. 28 Abs. 1, 20 Abs. 2 GG gerecht zu werden. Es reicht dabei allerdings aus, wenn ein Amtsträger durch ein seinerseits über das Parlament legitimiertes Gremium bestellt wird (E 93, 37, 67). Diese Voraussetzungen liegen in Bezug auf den Bundesrat vor, weil dessen Mitglieder nach Art. 51 GG von den Regierungen der Länder entsandt sind, deren Ministerpräsident wiederum von den Landesparlamenten gewählt wird. Erforderlich ist insoweit freilich eine einstimmige Entscheidung im Bundesrat, damit diejenigen Bundesratsmitglieder, deren Länder von der Neugliederung betroffen sind, nicht von den Mitgliedern aus den übrigen Ländern in der Abstimmung übergangen werden können.

Obwohl der unmittelbare Legitimationsstrang im Falle des Erfordernisses einer einstimmigen Zustimmung im Bundesrat unter diesen Prämissen personell gewahrt sein dürfte, stellt sich vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips jedoch die Frage, ob nicht die betroffenen Landesparlamente zu einer eigenständigen Regelung über etwaige Neugliederungen verpflichtet sind, um eine hinreichende sachliche Legitimation im Sinne einer inhaltlichen Herleitung der Entscheidung aus dem Willen des Volkes zu gewährleisten. Insoweit verlangt der insbesondere aus dem Demokratieprinzip ableitbare Wesentlichkeitsgrundsatz, dass der Gesetzgeber alle besonders wichtigen Fragen selbst regeln muss. Wenn man dieses Prinzip nicht nur im grundrechtssensiblen, sondern auch im staatsorganisationsrechtlichen Bereich zur Geltung bringt, dann sprechen die besseren Gründe dafür, dass sich die Länder nicht auf ihre Vertreter im Bundesrat verlassen dürfen, sondern über sie betreffende Neugliederungen selbst durch Parlamentsgesetz entscheiden müssen. Vor diesem Hintergrund könnte freilich die vorgeschlagene, der Entscheidung des Bundesrates vorgeschaltete Volksbefragung eine gewisse kompensatorische Wirkung entfalten.

VI. *Schlussfolgerungen*

Um eine Neugliederung zu ermöglichen, sind weitreichende Änderungen des Art. 29 GG, verfassungsrechtlich denkbar. Insoweit gilt es jedoch zunächst im Rahmen der Föderalismusreform II die Intensität des Finanzausgleichs zurückzufahren sowie die Regionalisierung von Besteuerungsrechten und der Sozialversicherung zu erwägen. So kann die in Art. 107 Abs. 1 GG angelegte Eigenverantwortlichkeit der Länder und das Fortbestehen ihrer Leistungsfähigkeit und Selbständigkeit im Sinne des Leitbild eines Gestaltungs- und Innovationsföderalismus gewährleistet werden. Flankierend dazu sind Vereinfachungen des

Neugliederungsverfahrens notwendig, um im Zuge vorgenannter Änderungen zu erwartende Neugliederungsinitiativen zu begünstigen:

Sinnvoll und verfassungsrechtlich möglich erscheint ein vereinfachtes Verfahren in Art. 29 GG dergestalt, dass eine Neugliederung des Bundesgebiets durch Vereinbarung der betroffenen Länder unter Beteiligung ihrer Wahlberechtigten und mit Zustimmung des Bundestages erfolgen kann.

Eine weitergehende (eventuell als gegenüber der vorgenannten als subsidiäre „2. Stufe“ auszugestaltende) Regelung, die unter Berücksichtigung der Regelung des alten Art. 29 Abs. 4 GG aber fast schon harmlos erscheint, könnte wie folgt aussehen: Eine Neugliederung könnte unter der Voraussetzung, dass ein Land mit Blick auf die ihm übertragenen Aufgaben nicht leistungsfähig ist (wichtig ist insoweit der Zusammenhang mit dem Länderfinanzausgleich), auf Initiative des Bundestages oder Bundesrates angeregt werden. In diesem Fall könnten dann der Bundestag mit verfassungsändernder 2/3-Mehrheit und der Bundesrat einstimmig nach Durchführung einer Volksbefragung in den betroffenen Ländern über die Neugliederung entscheiden.

Sollte man sich zu einer solchen großen Reform des Art. 29 GG nicht durchringen können, empfiehlt sich jedenfalls

- ein Verzicht auf Art. 29 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 29 Abs. 5 S. 4 GG, um nur mittelbar Betroffenen die Blockademöglichkeit zu nehmen
- die Streichung des Art. 29 Abs. 8 S. 5 2. HS und Art. 29 Abs. 6 S.1 GG, um zu verhindern, dass die bloße Nichtwahrnehmung des Wahlrechts durch einen großen Teil der Berechtigten die Neugliederung verhindert.
- Ergänzend könnte die Option des Art. 118a GG für alle Bundesländer zugänglich gemacht werden.