



## Stellungnahme

### Anhörung Föderalismusreform 15.- 17. Mai 2006

### Deutscher Bundestag, Rechtsausschuss

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes**

**(Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c)**

**BT.-Drucksache 16/813**

u. a.

### I. Strukturelemente der Reform (Allgemeiner Teil)

Die mangelnde Effektivität und die Entscheidungsschwäche des deutschen Bundesstaats beruht zu einem erheblichen Teil auf der „Zuständigkeitsverflechtung“ von Bund und Ländern (dazu *P. M. Huber*, Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen, Gutachten D 65. Deutschen Juristentag, 2004; *ders.*, Deutschland in der Föderalismusfrage?, 2003 m. w. N.). Der im exekutivföderalistischen System des Grundgesetzes, das zu Recht auch als Beteiligungs- oder Verbundföderalismus beschrieben wird, angelegte Entscheidungsverbund ist seit 1949 auf die Spitze getrieben worden.

Dreh- und Angelpunkt dieses Verbundföderalismus ist der Bundesrat. Über ihn wirken die Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes sowie in Angelegenheiten der Europäischen Union mit (Art. 50 GG). Damit ist naturgemäß ein erhebliches Blockadepotential verbunden, das vom Grundgesetz grundsätzlich durchaus gebilligt wird. Denn es gehört zu den in der Verfassung angelegten Strukturen des Bundesstaates, dass der Verlust von Entscheidungszuständigkeiten der Länder zugunsten des Bundes durch ihre Beteiligung an den Entscheidungen auf Bundesebene kompensiert wird. Wenn also

die Eigenstaatlichkeit der Länder auch bei einem weitgehenden Verlust ihrer Autonomie bewahrt werden soll, dann zwingt dies geradezu zu einem Entscheidungsverbund.

Allerdings hat sich der Bundesrat durch die parteienstaatliche Überformung des verfassungsrechtlichen Institutionengefüges im Laufe der Zeit von einem Organ zur Vertretung spezifischer Länderinteressen mehr und mehr zum institutionellen Anker der parlamentarischen Opposition auf Bundesebene gewandelt. Das hat vor allem die politische Bedeutung der Landesregierungen im Allgemeinen und der Ministerpräsidenten im Besonderen enorm gesteigert. Das Amt des Ministerpräsidenten ist geradezu zum idealtypischen Sprungbrett für das Kanzleramt geworden, nicht, weil die Länder eine so dominierende Rolle im Leben der Nation spielten, sondern weil die Ministerpräsidenten als Mitglieder des Bundesrates, und damit als Angehörige eines obersten Verfassungsorgans des Bundes, über erhebliche bundespolitische Macht verfügen.

Als zweites grundlegendes Problem des deutschen Föderalismus in seiner aktuellen Ausgestaltung lässt sich unter den Bedingungen der weit fortgeschrittenen europäischen Integration die mangelnde Ausrichtung auf die strukturellen Gegebenheiten europäischer Entscheidungsfindung ausmachen. Ungeachtet der offenen Staatlichkeit, der das Grundgesetz von Anfang an verpflichtet gewesen ist, ist es nach wie vor als Verfassung eines in sich ruhenden und sich selbst genügenden Nationalstaats konzipiert, in dem es in erster Linie darum geht, die Macht auf möglichst viele Träger zu verteilen (vertikale Gewaltenteilung). Dieser „introvertierte“ Föderalismus trägt der europäischen Einbindung Deutschlands jedoch nicht (mehr) ausreichend Rechnung, zumal sich der Gedanke der vertikalen Gewaltenteilung angesichts der weitgehenden Übertragung von Zuständigkeiten auf die europäische Ebene bis zu einem gewissen Grad überlebt hat.

Im „Mehr – Ebenen – Verfassungsverbund“ der EU ist die einzelne Verfassung auf die Rolle einer Teilverfassung reduziert. Durch die (Verfassungs-)Verträge, das Primärrecht, verklammert, werden die Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten „strukturell gekoppelt“ und auf das „Integrationsprogramm“ hin ausgerichtet. In ihm besitzen alle Mitgliedstaaten der EU – auch Deutschland – eine identische und grundsätzlich vorrangige Teilverfassung. Die in Deutschland maßgebliche Verfassungsordnung ist daher durch die Öffnung des nationalen Verfassungsrechts für das „Integrationsprogramm“ gekennzeichnet, die es in materieller Hinsicht dazu zwingt, sich den von Art. 6 f. EU formulierten Homogenitätsanforderungen anzupassen, letztlich aber auch den Bedingungen und Strukturen unionaler Entscheidungsfindung. Insoweit bedeutet die Mitgliedschaft in der EU faktisch das Ende nationaler Verfassungsautonomie, auch wenn

das nationale Verfassungsrecht keiner unbegrenzten Öffnung zugänglich ist und auch nur in den Grenzen des vom nationalen Rechtsanwendungsbefehl gebilligten Integrationsprogramms zurücktritt. Dem tragen weder die Kompetenzordnung des Grundgesetzes noch die Vorschriften über die innerstaatliche Willensbildung in europäischen Angelegenheiten ausreichend Rechnung, was eine effektive Wahrnehmung deutscher Mitgliedschaftsrechte in Brüssel und eine wirkungsvolle Vertretung deutscher Interessen nicht unerheblich erschwert.

## **A. Neuordnung der Zustimmungsrechte / Abbau der gegenseitigen Blockaden**

1. Seit Inkrafttreten des Grundgesetzes hat eine kontinuierliche Erosion vor allem der Gesetzgebungskompetenzen der Länder stattgefunden, die mittlerweile ernsthafte Zweifel an ihrer fortdauernden Staatsqualität rechtfertigt. Obwohl Art. 79 Abs. 3 GG, in den Worten des Bundesverfassungsgerichts, fordert, dass den Ländern auch im Bereich der Gesetzgebung ein „Hausgut eigener Zuständigkeit unentziehbar verbleibt“, sind ihre Zuständigkeiten doch bis auf einige Restposten zusammengeschrumpft.

1. 1. 19 Änderungen des Grundgesetzes haben Kompetenzen der Länder auf den Bund übertragen, wobei dieser Trend auch im Gefolge der von der Gemeinsamen Verfassungskommission von 1994 angestoßenen Verfassungsänderungen nur geringfügig abgeschwächt worden ist.

Hinzu kommt, dass der Bund von seinen konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeiten meist abschließend Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Zwar hat der verfassungsändernde Gesetzgeber die Voraussetzungen, unter denen dies geschehen darf, 1994 durch die Neufassung von Art. 72 Abs. 2 GG verschärft. Zu durchgreifenden Änderungen hat dies bislang jedoch nicht geführt, auch wenn die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit Ende 2002 nun eine Trendwende eingeleitet zu haben scheint (BVerfGE 106, 62 ff. – Altenpflege; 111, 226 – 5. HRG-ÄndG; 112, 226 ff. – 6. HRGÄndG; 110, 141 ff. – Kampfhunde; 111, 10 ff. - Ladenschluss).

Die Möglichkeit eines „Freigabegesetzes“ nach Art. 72 Abs. 3 GG und das Rückholrecht des Art. 125a GG stehen bislang ebenfalls nur auf dem Papier. Dazu mag auch beigetragen

haben, dass beide Instrumente als verfassungspolitisch verfehlt kritisiert werden, weil sie die Gefahr der Rechtszersplitterung nach sich ziehen und ein problematisches Nebeneinander von Bundes- und Landesrecht etablieren.

Die Europäisierung des nationalen Verfassungsgefüges und die insoweit sprichwörtliche „Landesblindheit“ des Unionsrechts haben die Gestaltungsspielräume des Landesgesetzgebers auch in den den Ländern noch verbliebenen Regelungsbereichen weiter beschränkt. Praktisch alle Gegenstände der Landesgesetzgebung – vom Rundfunkrecht über das Bildungswesen (Art. 149 EG) bis zur Kultur (Art. 151 EG) – sehen sich zunehmenden unionsrechtlichen Überlagerungen ausgesetzt.

Da Verfassungsänderungen ebenso wie die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU jedenfalls seit 1993 einer Zwei-Drittel-Mehrheit auch im Bundesrat bedürfen (Art. 79 Abs. 2 GG), konnte diese Entwicklung nicht ohne die Zustimmung der Länder oder jedenfalls ihrer großen Mehrheit erfolgen. Und in der Tat haben sie der Erosion ihrer Autonomie nicht nur keinen Widerstand entgegengesetzt, sondern sie kräftig befördert. Die Kompensation war aus der Sicht der Länder, jedenfalls der Landesregierungen, hinreichend attraktiv: die Einräumung immer weitergehender Mitwirkungsrechte bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes sowie in Angelegenheiten der EU. Da diese Mitwirkung ausweislich von Art. 50 GG über den Bundesrat erfolgt, ist dieses Verfassungsorgan mehr und mehr in die Rolle jener gleichberechtigten Zweiten Kammer hineingewachsen, die ihm die Mütter und Väter des Grundgesetzes gerade nicht zuerkennen wollten. Im Austausch gegen umfangreiche Mitwirkungsbefugnisse haben die Länder so die Auszehrung ihrer Autonomie in Kauf genommen bzw. sich dort, wo sie diese Entwicklung – wie im Zuge der europäischen Integration – nicht steuern konnten, doch gefügt – zum Vorteil der Landesregierungen und auf Kosten der Ersten und Dritten Gewalt.

**1. 2.** Nach Art. 50 GG wirken die Länder durch den Bundesrat auch in den Angelegenheiten der EU mit. Art. 23 Abs. 2, 4 bis 6 GG sowie das ZusBRG versuchen die bundesstaatliche Kompetenzverteilung des GG in den Bereich der Integrationsgewalt hinein zu verlängern und etablieren zu diesem Zweck ein System abgestufter Bindungen der Bundesregierung an die Auffassung des Bundesrates bei der Wahrnehmung der deutschen Mitgliedschaftsrechte im Rat der EU.

Neben umfassenden Informationsrechten (Art. 23 Abs. 2 GG) verpflichtet das Grundgesetz die Bundesregierung stets zu einer umfassenden „Berücksichtigung“ der Stellungnahme

des Bundesrates (Art. 23 Abs. 5 Satz 1 GG). Wo es um Materien geht, die im Schwerpunkt Gesetzgebungsbefugnisse der Länder, die Einrichtung der Behörden oder das Verwaltungsverfahren betreffen, ist, weitergehend, sogar eine „maßgebliche Berücksichtigung“ des Bundesrates geboten, Art. 23 Abs. 5 Satz 2 GG, § 5 Abs. 2 Satz 1 1. Halbs. ZusBRG. Die Bundesregierung muss hier im Rahmen ihrer Möglichkeiten einen Vertreter der Länder in ihre Verhandlungsdelegation aufnehmen (§ 6 Abs. 1 ZusBRG) und nach Möglichkeit ein Einvernehmen mit dem Bundesrat herstellen (§ 5 Abs. 2 Satz 3 ZusBRG). Kann dieses nicht erzielt werden, kann sich der Bundesrat sogar gegen die Bundesregierung durchsetzen, wenn er mit Zwei-Drittel-Mehrheit beschließt, § 5 Abs. 2 Satz 5 ZusBRG.

**1. 3.** Verbund- und Beteiligungsstrukturen kennzeichnen auch die Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben. Obwohl Verwaltung angesichts des das Grundgesetz prägenden „Exekutivföderalismus“ vorrangig Sache der Länder ist (Art. 83 GG), ist die Verfassungswirklichkeit durch vertikale Zuständigkeitsverflechtungen und zahllose Ingerenzen des Bundes in die Organisation und das Verfahren der Landesverwaltungen gekennzeichnet.

Vertikale Verflechtungen von Bund und Ländern werden vor allem in gemeinsamen Behörden und Einrichtungen greifbar. Zwar kennt das Grundgesetz kein generelles Verbot der sog. Mischverwaltung. Gleichwohl sind gemeinsame Behörden von Bund und Ländern eng begrenzte Ausnahmen. Zu ihnen zählen namentlich die *Oberfinanzdirektionen*, die als Mittelbehörde in ihrem Bezirk sowohl die Finanzverwaltungsaufgaben des Bundes als auch des jeweiligen Landes wahrnehmen (Art. 108 Abs. 1 und 2 GG, §§ 1 f., 8 Abs. 1 und 9 Abs. 1 FVG), aber auch die *Stiftung Preußischer Kulturbesitz*, deren verfassungsrechtliche Rechtfertigung auf Art. 135 Abs. 4 GG beruht. Verbundföderalismus äußert sich darüber hinaus in der Einrichtung *gemeinsamer Koordinierungsgremien*. Mehr oder weniger institutionalisierte Konferenzen der fachlich zuständigen Ressortminister von Bund und Ländern dienen der Beratung von Sachfragen und der Abstimmung untereinander. Sie reichen von der Innen- über die Justiz- und Kultusministerkonferenz (KMK) bis zur Ministerkonferenz für Raumordnung (§ 19 Abs. 4 ROG). Wenn auch nicht mit formellen Entscheidungsbefugnissen ausgestattet, prägen sie wichtige Entscheidungen doch maßgeblich vor und binden die Beteiligten so ein, dass ein Ausbrechen aus einer einmal beschlossenen Linie nur begrenzt möglich ist.

Verfassungsrechtlich ausdrücklich geregelt ist die administrative Verflechtung von Bund und Ländern ferner im Bereich der Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91a f. GG), dem

Hochschulbau, der Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur, der Agrarstruktur und dem Küstenschutz. Auch im Bereich der Bildungsplanung und der Forschungsförderung können Bund und Länder auf der Grundlage von Vereinbarungen zusammenwirken, wobei der 1969 eingefügte Art. 91b GG nur eine ältere Staatspraxis kodifiziert hat. Im Wissenschaftsrat und den anderen Planungsausschüssen und Kommissionen im Bereich der Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91a, 91b GG) findet diese Verflechtung ihren institutionellen Ausdruck.

Die Mischverwaltung im Bereich der Gemeinschaftsaufgaben zieht eine Mischfinanzierung zwangsläufig nach sich. Da die Beteiligung des Bundes von 50 v. H. im Bereich des Hochschulbaus (Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG) bis zu 70 v. H. bei Maßnahmen zur Verbesserung des Küstenschutzes (Art. 91a Abs. 1 Nr. 3 GG) reicht, scheint ihre Erfüllung durchaus im Interesse der Länder zu liegen. Dennoch ist die Institution der Gemeinschaftsaufgaben von Anfang an kritisiert worden. Mit einiger Klarsicht hat man ins Feld geführt, dass die Gemeinschaftsaufgaben die Grundstruktur der bundesstaatlichen Verfassung ändern würden, und dass die Vermischung der Zuständigkeiten zu einer Verantwortungs- und Entscheidungsmüdigkeit führen könnte. Mittlerweile hat die gemeinsame Rahmenplanung in diesem Bereich ein für die Länder geradezu erdrückendes Ausmaß angenommen. Ihre Beteiligung an der Finanzierung bindet wesentliche Teile der – ohnehin geringen – „freien Spitze“ ihrer Haushalte (Manövriermasse), und durch die inhaltliche Mitbestimmung des Bundes über deren Verwendung gefährden sie zugleich ihre Haushaltsautonomie. Diese Vinkulierung der Länderhaushalte erhält zusätzliche Brisanz dadurch, dass die europäischen Förderprogramme – etwa im Rahmen der Regionalpolitik – ebenfalls eine Kofinanzierung durch die Länder fordern und die eigentliche Entscheidungszuständigkeit auch hier nicht bei den Ländern liegt, sondern bei der EU-Kommission. So kann von einem nennenswerten finanzpolitischen Gestaltungsspielraum der Länder in der Regional- und Strukturförderung kaum noch die Rede sein.

Nach Art. 84 Abs. 1 GG ist die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren im Bereich der sog. Landesexekution Sache der Länder, soweit nicht Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes bestimmen. Während die Ingerenzrechte des Bundes somit eigentlich als eng begrenzte Ausnahme konzipiert waren, enthalten heute 30 – 40 % aller Bundesgesetze Regelungen über Organisation und Verfahren der Landesverwaltung und beschränken damit die Organisationshoheit der Länder, ihre – mit einer Anleihe aus dem Europarecht gesprochen – institutionelle und verfahrensmäßige Autonomie.

Art. 84 Abs. 2 GG ermöglicht es der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates darüber hinaus, allgemeine Verwaltungsvorschriften zu erlassen, während Abs. 3 bis 5 ihre Rechtsaufsicht über den landeseigenen Vollzug der Bundesgesetze regeln. Sie kann in diesem Kontext Beauftragte zu den obersten Landesbehörden entsenden, mit deren Zustimmung oder mit Zustimmung des Bundesrates auch zu den nachgeordneten Behörden, eine Mängelrüge erheben und auf der Grundlage eines zustimmungsbedürftigen Bundesgesetzes Einzelweisungen erteilen.

Ganz ähnlich liegen die Dinge im Bereich der Bundesauftragsverwaltung, wobei Art. 85 GG noch weitergehende Einwirkungsrechte des Bundes vorsieht – mit Blick auf die Sachkompetenz des Bundes (Art. 85 Abs. 3 GG), seine Fachaufsicht (Art. 85 Abs. 4 GG) und seinen Einfluss auf die Bestellung der Behördenleiter und die Ausbildung der Beamten. In jüngster Zeit hat das Bundesverfassungsgericht den Ländern in diesem Bereich weitere Einschränkungen ihrer Organisations- und Verwaltungshoheit zugemutet: So hat es der Zweite Senat dem Bund erlaubt, mit Blick auf den Vollzug des Atomrechts – einen Fall der Bundesauftragsverwaltung (Art. 87c GG, § 24 Abs. 1 AtG) – „alle Aktivitäten [zu] entfalten, die er für eine effektive und sachgerechte Vorbereitung und Ausübung seines grundsätzlich unbeschränkten Direktions- und Weisungsrechts für erforderlich hält“. Dazu sollen – obwohl der Vollzug gegenüber dem Bürger, die Wahrnehmungskompetenz, eigentlich Sache der Länder ist – auch „unmittelbare Kontakte nach außen gehören, einschließlich etwaiger informaler Absprachen“ (BVerfGE 104, 249 f. – Biblis).

**1. 4.** Auch in der Finanzverfassung ist – insbesondere auf der Ausgabenseite – die Finanzhoheit von Bund und Ländern mittlerweile so miteinander verflochten, dass eine klare Verantwortungszurechnung kaum noch möglich ist. Während die Steuergesetzgebung fast ausschließlich in den Händen des Bundes liegt (Art. 105 GG) – die Länder sind hier nur bei den örtlichen Verbrauchs- und Aufwandsteuern zur Gesetzgebung berufen, solange und soweit sie nicht bundesgesetzlich geregelten Steuern gleichartig sind (Art. 105 Abs. 2a GG) – prägt die Ausgabenseite ungeachtet des in Art. 104a Abs. 1 GG niedergelegten Konnexitätsprinzips ein Entscheidungsverbund, der an der Finanzierung der Gemeinschaftsaufgaben ebenso greifbar wird wie an den Geldleistungsgesetzen nach Art. 104a Abs. 3 GG, den Finanzhilfen des Bundes nach Art. 104a Abs. 4 GG, der informellen Mischfinanzierung sowie dem horizontal und vertikal verschränkten Finanzausgleich.

Nach Art. 104a Abs. 3 GG können Bundesgesetze, die Geldleistungen gewähren und von

den Ländern ausgeführt werden, bestimmen, dass die Geldleistungen ganz oder zum Teil vom Bund getragen werden. Nach Abs. 4 kann der Bund den Ländern Finanzhilfen für besonders bedeutsame Investitionen gewähren, wovon er bis an die Grenze des offensichtlichen Verfassungsbruchs – mit Zustimmung der Länder – Gebrauch macht.

Daneben hat die Staatspraxis schon in den 1960iger Jahren vor allem im Kulturbereich auch noch eine Reihe von ungeschriebenen – parakonstitutionellen – Kofinanzierungstatbeständen entwickelt, deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit unter dem Gesichtspunkt der Mischfinanzierung mehr als zweifelhaft ist. Verfassungsrechtliche Einwände gegen diese Praxis sind freilich nie auf Resonanz gestoßen. Der Bund freut sich i. d. R. über sein Mitspracherecht, die Länder darüber, dass ihnen die finanzielle Entlastung einen größeren Aktionsradius eröffnet.

**2.** Mittlerweile bedürfen ca. 60 % aller Bundesgesetze der Zustimmung des Bundesrates. Entscheidende Ursache dafür ist die Befugnis des Bundesgesetzgebers nach Art. 84 Abs. 1 und Art. 85 Abs. 1 GG, mit Zustimmung des Bundesrates Regelungen über die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren der Länder treffen zu können. Ca. 50 % aller zustimmungspflichtigen Bundesgesetze beruhen heute auf dieser ursprünglich als Ausnahme konzipierten Ermächtigung. Das beeinträchtigt nicht nur die Organisationshoheit der Länder, sondern zieht auch ein flächendeckendes Vetorecht des Bundesrates nach sich – von den finanziellen Auswirkungen, nicht zuletzt für die Kommunen – ganz zu schweigen.

Zustimmungspflichtig sind – vorbehaltlich anderweitiger bundesgesetzlicher Regelung – aber auch alle Rechtsverordnungen des Bundes, soweit sie auf der Grundlage zustimmungspflichtiger Bundesgesetze ergehen oder aufgrund von Gesetzen, die von den Ländern im Auftrage des Bundes oder als eigene Angelegenheiten ausgeführt werden (Art. 80 Abs. 2 GG).

**3.** Vor diesem Hintergrund stellt die beabsichtigte Neufassung von Art. 84 Abs. 1 GG einen deutlichen Fortschritt dar. Sie rechtfertigt nicht nur die Erwartung, dass sich die Anzahl der zustimmungspflichtigen Bundesgesetze – vorbehaltlich des Art. 104a Abs. 4 (Entwurf) – um beinahe die Hälfte reduzieren wird, sondern erledigt auch die schwierigen, mit der sog. Einheitsthese verbundenen Abgrenzungsprobleme.

**3. 1.** Die vorgeschlagene Bestimmung eröffnet dem Bund die Möglichkeit,



uneingeschränkt Regelungen über die Einrichtung der Landesbehörden und deren Verwaltungsverfahren zu erlassen, was bei der Umsetzung von Unionsrecht oder bei einer Gesetzgebung unter Unsicherheitsbedingungen notwendig sein kann, freilich um den Preis eines Abweichungsrechts der Länder. Diese müssten die Ingerenzen des Bundes in ihre Organisationshoheit jedenfalls nur dulden, soweit dies verfassungs- oder unionsrechtlich unmittelbar vorgegeben ist.

Rechtspolitisch dürfte diese Regelung freilich zu einer noch stärkeren Dominanz bundesrechtlicher Vorgaben führen. Staatspraxis und Erfahrung sprechen dafür, dass die Länder, d. h. einzelne oder eine Minderheit, von diesem Abweichungsrecht nur in politisch kontroversen oder grundsätzlichen Fragen Gebrauch machen, es im Übrigen jedoch bei der bundesrechtlichen Regelung bewenden lassen werden (zu den übrigen Problemen des Abweichungsrechts unter B. 1.).

**3. 2.** Dass Art. 84 Abs. 1 Satz 3 und 4 (Entwurf) weiterhin die Möglichkeit vorsehen, mit Zustimmung des Bundesrates auch abweichungsfeste Regelungen über die Behördeneinrichtung und das Verwaltungsverfahren vorzusehen, ändert nichts gegenüber dem Status quo und entfaltet deshalb auch kein weiteres Verflechtungs- oder Blockadepotential. Obwohl dies schon aus dem Tatbestandsmerkmal des „besonderen Bedürfnisses“ und seiner Kombination mit dem Zustimmungserfordernis folgt, sollte zur Vermeidung neuer Abgrenzungsschwierigkeiten in der Begründung klargestellt werden, dass mit der neuen Formulierung keine Änderung der bestehenden Rechtslage beabsichtigt ist, d. h. dass namentlich Satz 3 keine neue – Art. 72 Abs. 2 GG i. d. F. von 1994 entsprechende – justitiable Erforderlichkeitsklausel darstellt.

**3. 3.** Angepasst werden sollte zudem Art. 80 Abs. 2 GG. Da Bundesgesetze Rechtsverordnungen nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend vorausbestimmen müssen, macht es keinen Sinn, die Konkretisierung zustimmungsfreier Gesetze an eine Zustimmung des Bundesrates zu binden. Daher sollte die Vorschrift wie folgt enden: „...sowie Rechtsverordnungen auf Grund von Bundesgesetzen, die der Zustimmung des Bundesrates bedürfen“.

**3. 4.** Es leuchtet nicht ein, weshalb die für Art. 84 Abs. 1 GG vorgesehene Entflechtung nicht auch für die Bundesauftragsverwaltung vorgesehen und Art. 85 Abs. 1 GG entsprechend gefasst wird. Unabhängig davon sollte die Gelegenheit genutzt werden, in Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG auch das „Verwaltungsverfahren“ aufzunehmen. Nach unumstrittener Auffassung beruht das Fehlen dieses Begriffs auf einem

Redaktionsversehen des Verfassungsgebers von 1949.

4. Die in Art. 104a Abs. 4 (Entwurf) vorgesehene Neuregelung wird den Umfang der abzubauenen Zustimmungstatbestände reduzieren und läuft dem Anliegen der Reform deshalb eigentlich zuwider.

Sie trägt aber dem Umstand Rechnung, dass in Fällen, in denen die Zustimmung des Bundesrates zu einem Gesetzesvorhaben nach Art. 84 Abs. 1 und Art. 85 Abs. 1 GG bislang Schwierigkeiten bereitet hat, die eigentliche Ursache häufig in den Auswirkungen des Vorhabens auf die Länderhaushalte lag. Zudem entspricht es der Eigenstaatlichkeit der Länder, dem Demokratieprinzip und Art. 109 Abs. 1 GG, dass jedes Land größtmögliche Gestaltungsfreiheit hinsichtlich seines eigenen Budgets besitzt. Die vorgesehene Regelung trägt dem jedenfalls insoweit Rechnung, als sie zwar für die Landeshaushalte belastende Bundesgesetze – anders als bei den Gemeinden und Gemeindeverbänden (Art. 84 Abs. 1 Satz 5 (Entwurf), Art. 85 Abs. 1 letzter Satz (Entwurf) – nicht untersagt, aber doch an die Zustimmung des Bundesrates bindet. Sie erscheint auch rechtspolitisch alternativlos.

## **B. Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen**

### **1. Abschaffung der Rahmengesetzgebung/neuer Typus der konkurrierenden Gesetzgebung mit Abweichungsrecht**

1. 1. Bei den Rahmenkompetenzen des Bundes sind ins Einzelne gehende und unmittelbar geltende Bestimmungen, wenngleich als Ausnahme konzipiert (Art. 75 Abs. 2 GG), breit gestreut. Das mag sich im Lichte der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwar ändern, aber wohl nur um den Preis, dass der Bund in den betreffenden Materien kaum noch legislieren kann.

Insgesamt hat sich der Typus der Rahmengesetzgebung nicht sonderlich bewährt, so dass seine Abschaffung zu befürworten ist. Die Rahmengesetzgebung ist schon insoweit ein Fremdkörper im Kompetenzverteilungssystem des Grundgesetzes, weil die mit ihr verbundene kooperative Rechtssetzung die Art. 70 GG zugrunde liegende Idee durchbricht, dass entweder der Bund oder die Länder für die Gesetzgebung zuständig sein sollen, nicht

aber beide. Die Abgrenzung zwischen den – nicht unmittelbar geltenden – Rahmenregelungen und den Ausnahmefällen, in denen in Einzelheiten gehende oder unmittelbar geltende Regelungen des Bundes zulässig sind (Art. 75 Abs. 2 GG) ist schwierig und in der Praxis trotz jahrzehntelanger Bemühungen nicht gelungen. Daran dürfte auch die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nichts Grundlegendes ändern. Überdies genügt die Rahmengesetzgebung nicht, um eine unionsrechtskonforme Umsetzung von EU-Richtlinien bzw. eine Operationalisierung entsprechender EU-Verordnungen sicherzustellen. Auch bietet jedenfalls der gegenwärtige Kompetenzkatalog keine überzeugende Begründung für ihre Beibehaltung.

**1.2.** Art. 72 Abs. 3 (Entwurf) ersetzt die Rahmengesetzgebung im wesentlichen durch einen neuen Typus der Gesetzgebung, die konkurrierende Gesetzgebung mit Abweichungsrechten. Das ist unter dem Gesichtspunkt von Flexibilität und Innovationsfähigkeit der bundesstaatlichen Ordnung im Allgemeinen und ihrer Europatauglichkeit im Besonderen trotz der damit verbundenen Probleme grundsätzlich zu begrüßen. Denn es erleichtert in den in Art. 72 Abs. 3 Nr. 1 – 6 (Entwurf) genannten Bereichen nicht nur die Implementation des Unionsrecht, sondern gibt dem Bundesgesetzgeber auch die Möglichkeit zur Kodifikation von Materien, die bislang an der Aufsplitterung der Gesetzgebungszuständigkeiten scheiterte. Es wird ihm so insbesondere möglich sein, das seit bald 20 Jahren stecken gebliebene Vorhaben eines Umweltgesetzbuches zu verwirklichen. Denn dieser Gesetzgebungstyp gibt dem Bund einerseits die Kompetenz, in den einschlägigen – bislang überwiegend den Ländern zugeordneten – Materien Vollregelungen zu erlassen, gestattet es diesen aber gleichzeitig, ohne weitere (verfassungsrechtliche) Voraussetzungen von den Vorgaben des Bundesrechts abzuweichen.

**1.3.** In der Sache ist die „konkurrierende Gesetzgebung mit Abweichungsrecht“ damit in gewisser Weise ein Pendant zur überkommenen konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 i. V. m. Art. 72 Abs. 1 GG.

**1.3.1.** Die Aufnahme der „konkurrierenden Gesetzgebung mit Zugriffsrecht“ stellt freilich einen gewissen Bruch im System von Art. 30, 31 und 70 ff. GG dar. Gilt bislang, dass Bundesrecht Landesrecht „bricht“ und die Länder das Recht der Gesetzgebung nur besitzen, solange und soweit der Bund von seinen Kompetenzen keinen (abschließenden) Gebrauch gemacht hat (arg. e Art. 72 Abs. 1 GG), ist es ihnen für diesen Bereich in Zukunft gestattet, sich über bundesgesetzliche Regelungen hinwegzusetzen. Allerdings wird das

Bundesrecht durch den „Zugriff“ eines Landes nicht „gebrochen“, sondern nach dem *lex posterior* – Satz verdrängt. Gleiches gilt auch im Verhältnis zwischen abweichendem Landesrecht und Bundesrecht (Art. 72 Abs. 3 Satz 3 (Entwurf)).

Das beinhaltet – wie in der wissenschaftlichen Diskussion der letzten Jahre immer wieder betont worden ist – die Gefahr der Rechtszersplitterung, der Verwischung politischer Verantwortung, das Risiko, systematische Konzeptionen des Bundes durch einen partiellen Zugriff der Länder zu konterkarieren, und kann auch umfangreiche Auslegungs- und Vollzugsprobleme nach sich ziehen.

**1. 3. 2.** Bei näherem Hinsehen verlieren diese Einwände jedoch an Gewicht. Erkennt man, dass es hier „eigentlich“ um Landeskompetenzen geht, bei denen der Bund entweder mit Blick auf die unionsrechtlichen Verpflichtungen aus übergeordnetem Interesse in einer Art subsidiären Garantenstellung tätig wird (arg. e Art. 28 Abs. 3 GG), oder im Interesse einer modernen, effektiven und umfassenden Gesetzgebung, und dass es sonst mit der Regel des Art. 70 GG sein Bewenden hätte, dann überwiegen die Vorteile dieses „Systembruchs“: Er eröffnet der bundesstaatlichen Kompetenzordnung zusätzliche Flexibilität und die Chance zu föderalem Wettbewerb – soweit die Länder organisatorisch, personell und finanziell dafür gerüstet sind. Er kann – in den begrenzten Materien – im gesamtstaatlichen Interesse einen Prozess von „trial and error“ anstoßen, in dem sich der „Zugriff“ eines Landes bundesweit als Erfolg durchsetzen oder als Fehlentwicklung herausstellen kann. Mit Blick auf die EU gestattete es dieser Typus von Gesetzgebungskompetenz der Bundesrepublik Deutschland, ihre unionsrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen und die Gefahr zu verringern, Vertragsverletzungen und Strafzahlungen unterworfen zu werden. Er würde dem Bund zudem die Möglichkeit verschaffen, den verfassungsrechtlichen Kern der betroffenen Materien bundesweit festzustellen und ihn damit zugleich auch politisch abzusichern.

**1. 3. 3.** Ein offenkundiger Nachteil dieses Gesetzgebungstyps ist die allerdings die damit verbundene Rechtszersplitterung. Dieser erscheint gleichwohl hinnehmbar.

Zum einen sind die Gegenstände, die unter diesen Gesetzgebungstyp fallen, begrenzt: das Jagdwesen (Nr. 1), Detailfragen des Naturschutzes und der Landschaftspflege (Nr. 2), die praktisch gegenstandslose Bodenverteilung (Nr. 3), ein – immerhin substantieller – Teil des Wasserhaushaltsrechts (Nr. 5) sowie die Hochschulzulassung und die Hochschulabschlüsse (Nr. 6). Zum ändern und vor allem aber rechtfertigen die bisherige Staatspraxis zu den bundesrechtlichen Öffnungsklauseln, die Erfahrungen mit der

temporären Geltung von Bundesrecht in den östlichen Ländern nach 1990, die 30-jährigen Erfahrungen mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz und dem Datenschutzrecht, die (freiwillige) Selbstkoordination der Länder im Bereich des Polizei- und Baurechts, das Interesse nicht nur ausländischer Investoren an möglichst uniformen Regelungen sowie die Konvergenz im Bereich des Kommunalrechts die Prognose, dass ein Land nur in seltenen Fällen vom Bundesrecht abweichen wird. Auch die *lex posterior*-Regel, die auch zu Lasten abweichenden Landesrechts gilt, wird die Bereitschaft zum Abweichen dämpfen.

**1. 3. 4.** Soweit es zu Abweichungen kommt, kann dies jedoch die Rechtssicherheit empfindlich beeinträchtigen. Da jedenfalls nicht verfassungsrechtlich gewährleistet ist, dass sich die Anwendungsbereiche von Bundes- und Landesgesetzen auf den Feldern des Art. 72 Abs. 3 (Entwurf) decken, kann die Feststellung, ob eine Abweichung vorliegt, Schwierigkeiten verursachen, vor allem, wenn die *lex posterior*-Regel mehrfach zur Anwendung gekommen ist.

Wenn der Bund etwa im DRiG am Staatsexamen als Voraussetzung für den Zugang zu juristischen Berufen festhält, so wie es der aktuellen Koalitionsvereinbarung entspricht, ein Landeshochschulgesetz jedoch flächendeckend und ausnahmslos Bachelor-/ und Masterabschlüsse vorschreibt, ist das dann ein Fall des Art. 72 Abs. 3 Nr. 6 (Entwurf)? Und wie verhält sich das zur Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, mit der der Zugang zur Rechtsanwaltschaft geregelt werden kann? Hier sind Konflikte und Rechtsunsicherheit vorprogrammiert.

Sie könnten deutlich entschärft werden, wenn das Grundgesetz in Art. 72 Abs. 3 (Entwurf) eine Verpflichtung statuieren würde, eine Abweichung im Gesetz kenntlich zu machen und sie dem Bund bzw. dem betroffenen Land zu notifizieren. Sie sollte im BGBl. veröffentlicht werden und der Bund dazu verpflichtet werden, ein Register zu führen, aus dem sich sämtliche Abweichungen ergeben. Im Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 GG sowie in der vor einigen Jahren etablierten Praxis, in den Gesetzen die Richtlinien und EG-Verordnungen anzugeben, deren Umsetzung ein Gesetz dienen soll, fände diese Verpflichtung in gewisser Hinsicht auch Vorläufer.

**1. 3. 5.** Da ein Abweichen der Länder von den Regelungen des Bundesrechts in den genannten Bereichen *voraussetzungslos* möglich ist, scheiden verfassungsgerichtliche Auseinandersetzungen über die Zulässigkeit der Abweichung aus.

**1. 3. 6.** Die Vermeidung verfassungsgerichtlicher Auseinandersetzungen und die Rechtssicherheit sprechen auch dagegen, die Abweichungsbefugnis der Länder an

materiell-rechtliche Kriterien zu binden und damit zu begrenzen. Sollte eine derartige Begrenzung tatsächlich gewünscht sein, was aus systematischen Gründen und angesichts des Anliegens der Reform, die Eigenverantwortung jedes einzelnen Landes zu stärken, nicht wünschenswert erscheint, empfiehlt es sich, dies entsprechend der in Art. 72 Abs. 3 Satz 2 2. Halbs. GG enthaltenen Wertung an einen mit 2/3-Mehrheit der Stimmen des Bundesrates zu fassenden Beschluss zu binden.

**1. 3. 7.** Da es sich bei der konkurrierenden Gesetzgebung mit Abweichungsmöglichkeit um einen neuen Typus der Gesetzgebung handelt, der die Rahmenkompetenz des Bundes ersetzt, erscheint es mit Blick auf die Systematik des Grundgesetzes vorzugswürdig, die Art. 72 Abs. 3 (Entwurf) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 28 – 33 (Entwurf) in einem neuen Art. 75 GG zusammenzufassen.

**1. 4.** Die Aufteilung der bisher der Rahmengesetzgebung zugeordneten Materien überzeugt im wesentlichen:

**1. 4. 1.** Die Rahmenkompetenz für das Landesbeamtenrecht (Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG) wird durch eine auf die Statusrechte und –pflichten der Landesbeamten und Richter i. w. S. begrenzte konkurrierende Gesetzgebungskompetenz ersetzt (Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 (Entwurf)).

Da Art.33 Abs. 1 bis 5 GG eine Reihe grundlegender Gewährleistungen wie das Leistungsprinzip, das Diskriminierungsverbot, den Funktionsvorbehalt sowie zahlreiche hergebrachte Grundsätze (Alimentation, Fürsorge, amtsangemessene Besoldung und Amtsbezeichnung etc.) garantiert, und sich aus dem Unionsrecht (Art.39 EG) weitere Vorgaben entnehmen lassen, gibt es einen bundeseinheitlichen Kernbestand von Regelungen, über den auch im Interesse der Freizügigkeit im Bundesgebiet wie in der EU aus Gründen der Solidarität und Effektivität Klarheit herrschen sollte.

Da das Landesbeamtenrecht andererseits jedoch den Kern der den Ländern zustehenden Personalhoheit betrifft, macht es unter dem Gesichtspunkt der Eigenverantwortlichkeit Sinn, es im Übrigen dem Zugriff der Länder zu überlassen (Siehe aber unter II. B. 1.).

**1. 4. 2.** Geht man davon aus, dass Bildungspolitik „vom Kindergarten bis zur Habilitation“ (*N. Röttgen*) Sache der Länder sein soll, so erscheint es konsequent, dass das *Hochschulrecht* – mit Ausnahme der Hochschulzulassung und der Hochschulabschlüsse – Sache der Länder sein soll. Hier ergeben sich für den Hochschulzugang zentrale Vorgaben wie die Kapazitätserschöpfung, die Gestaltung von Prüfungen etc. aus Art.12 Abs.1 GG, so

dass es Sinn macht, dies auch bundeseinheitlich zu regeln. Was die Abschlüsse und ihre Anerkennung angeht, legt jedenfalls der mit dem Stichwort Bologna – Prozess verbundene europapolitische Druck – rechtliche Verpflichtungen gibt es insoweit bislang nicht – auch eine bundeseinheitliche Regelung nahe. Freilich sprechen der Gedanke der Autonomie als auch die Effizienz eher für Wettbewerb zwischen den Ländern, besser noch zwischen den Hochschulen, Fakultäten, Wissenschaftlern und Studierenden, so dass auf staatliche Reglementierungen des Bundes wie der Länder in diesem Bereich soweit wie möglich verzichtet werden sollte.

**1. 4. 3.** Die Rahmenkompetenz für die „*Allgemeinen Rechtsverhältnisse der Presse*“, eine nie in Anspruch genommene Zuständigkeit (Art.75 Abs.1 Nr.2 GG), erscheint insoweit entbehrlich. Die Erfahrungen mit der gescheiterten Fusion von Springer und ProSiebenSat.1 haben zudem gezeigt, dass eine umfassende Regelung crossmedialer Verflechtungen dringend geboten ist. Da die Zuständigkeit für den Rundfunk bei den Ländern verbleiben wird, sollten sie deshalb auch die ausschließliche Zuständigkeit für das Pressewesen haben, um (denkbare) Regelungen zur Sicherung publizistischer Vielfalt auf der Höhe der Zeit treffen zu können. Bislang allein nach Maßgabe des Kartellrechts (GWB) gesichert, besitzt diese Aufgabe in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG einen spezifisch grundrechtlichen Anknüpfungspunkt.

**1. 4. 4.** Das *Jagdwesen*, der *Naturschutz* und die *Landschaftspflege* (Art.75 Abs.1 Nr.3 GG) eignen sich für den Typus der konkurrierenden Gesetzgebung mit Abweichungsbefugnis und können einem „Zugriff“ der Länder durchaus geöffnet werden. Die bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben sind hier jenseits des Art.20a GG gering; die unionsrechtlichen nehmen – wie das Beispiel der FFH – Richtlinie zeigt – freilich ständig zu, so dass zur Erfüllung unionsrechtlicher Verpflichtungen und zur Vermeidung von Vertragsverletzungsverfahren ein „Vorgriff“ des Bundes notwendig sein kann. Die Staatspraxis hat dafür eine Fülle von Beispielen geliefert.

**1. 4. 5.** Die Rahmenkompetenz des Bundes für die „*Bodenverteilung*“ ist unter dem Grundgesetz gegenstandslos geblieben. Daran dürfte sich auch in Zukunft wenig ändern, weil eine Bodenreform (!) schon mit Blick auf Art. 14 Abs.1 GG auf enge Grenzen stieße. Die Vorschrift sollte daher ersatzlos wegfallen. Sie in eine konkurrierende Zuständigkeit des Bundes mit Abweichungsbefugnis umzuwandeln (Art. 72 Abs. 3 Nr. 3 (Entwurf)) ist jedenfalls unschädlich.

**1. 4. 6.** Dass die *Raumordnung* in die konkurrierende Gesetzgebung mit

Abweichungsbefugnis überführt werden soll (Art. 72 Abs. 3 Nr. 4, Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 (Entwurf)) erscheint alternativlos. Einerseits gibt es von der Natur der Sache her Gegenstände, die nur der Bund regeln kann (Grundsätze der Raumordnung, länderübergreifende Fragen, transeuropäische Netze u. a. m). Wie die Länder ihr Staatsgebiet im Übrigen überplanen und entwickeln, kann andererseits Gegenstand föderalen Wettbewerbs sein. Schon die bestehenden Unterschiede im Landesplanungsrecht und die ganz heterogenen Träger der Landesplanung zeigen, dass es insoweit keiner bundeseinheitlichen Regelungen bedarf. Das rechtfertigt jedenfalls die Abweichungsbefugnis.

**1. 4. 7.** Das „*Melde- und Ausweiswesen*“, bislang in Art. 75 Abs. 1 Nr. 4 GG geregelt, soll Gegenstand der ausschließlichen Bundeskompetenz werden. Das ist angesichts seines Zusammenhangs mit der Freizügigkeit im Bundesgebiet (Art. 73 Nr. 3 GG), dem Ausländerrecht und der überregionalen und internationalen Verbrechensbekämpfung sinnvoll.

**1. 4. 8 .** Beim „*Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung ins Ausland*“ handelt sich um eine gesamtstaatliche Aufgabe, die darüber hinaus Verbindungen zur internationalen Verbrechensbekämpfung aufweist und nach allgemeiner Auffassung notleidend ist. Es ist daher zu begrüßen, wenn sie nach der verunglückten Zuordnung zur Rahmengesetzgebung im Jahre 1994 nun in die ausschließliche Gesetzgebung des Bundes überführt wird (Art. 73 Abs. 1 Nr. 5a (Entwurf)).

**2.** Insgesamt vermittelt die vorgesehene Neuordnung der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes erstmals Züge eines rationalen Konzeptes: danach ist allein der Bund für die Außenvertretung zuständig sowie für die ihrer Natur nach überregionalen Angelegenheiten. Beide übersteigen die Leistungsfähigkeit der Länder a priori. Schließlich ist der Bund Garant des Ganzen und gewährleistet die Handlungsfähigkeit des Staates, wenn andere Stellen dazu nicht in der Lage sind (Art. 28 Abs. 3 GG). Die Länder erhalten dagegen weitgehende Autonomie bezüglich ihres Selbstorganisationsrechts, typischerweise regionaler Angelegenheiten sowie von Bildung und Kultur. Das ist – mit Einschränkungen im Detail (z. B. Rundfunk) - im wesentlichen Ausdruck einer auf dem Subsidiaritätsprinzip aufbauenden Zuständigkeitsordnung.

**2. 1. 1.** Zur Stärkung der Außenkompetenz des Bundes wird man

- die Begrenzung des Ländervertreeters nach Art. 23 Abs. 6 Satz 1 (Entwurf) auf schulische Bildung, Kultur und Rundfunk rechnen können sowie



- die neue ausschließliche Zuständigkeit für den Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung ins Ausland (Art. 73 Abs. 1 Nr. 5a (Entwurf)).

**2. 1. 2.** Von ihrer Natur her gesamtstaatlich bzw. überregional angelegt sind

- die Repräsentation des Gesamtstaates in der Hauptstadt (Art. 22 Abs. 1 (Entwurf));
- das Melde- und Ausweiswesen (Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 (Entwurf));
- die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt in Fällen, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um die Übernahme ersucht (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a (Entwurf));
- das Waffen- und Sprengstoffrecht (Art. 73 Abs. 1 Nr. 12 (Entwurf));
- die Versorgung der Kriegsbeschädigten, Kriegshinterbliebenen und die Fürsorge für die ehemaligen Kriegsgefangenen (Art. 73 Abs. 1 Nr. 13 (Entwurf));
- das Atomrecht (Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 (Entwurf));

**2. 1. 3.** Zur Personalhoheit der Länder und ihrem Selbstorganisationsrecht i. w. S. können dagegen gerechnet werden und werden deshalb konsequentermaßen in die Zuständigkeit der Länder überführt:

- das „*Notariatswesen*“ wegen seiner Nähe zum öffentlichen Dienst der Länder;
- das *Landesbeamtenrecht* (einschränkend unter II. B. 1.) einschließlich der Besoldungs- und Versorgungsfragen.

**2. 1. 4.** Wegen ihres bloß regionalen Zuschnitts werden zu Recht auf die Länder übertragen:

- das Heimrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG);
- das Ladenschluss-, Gaststätten- und Gewerberecht, soweit es Spielhallen, die Schausstellung von Personen, Märkte und Messen betrifft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG);
- die Flurbereinigung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 17 GG (Entwurf));
- Sport- und Freizeitlärm sowie Lärm von Anlagen sozialer Zweckbestimmung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 (Entwurf)).

**3.** Die oben zitierte Rechtsprechung des BVerfG seit dem Altenpflegeurteil hat die Hürden für ein Tätigwerden des Bundesgesetzgebers substantiell erhöht. Danach ist eine Gesetzgebung des Bundes in den in Art. 74 GG genannten Bereichen nurmehr zulässig, wenn (1.) sich die Lebensverhältnisse in den Ländern in erheblicher, das bundesstaatliche

Sozialgefüge beeinträchtiger Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung abzeichnet, wenn (2.) eine Rechtszersplitterung droht, die sowohl im Interesse des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann, oder wenn (3.) die Untätigkeit des Bundes erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich bringt.

Zwar ist eine gewisse Einschätzungsprärogative des Bundesgesetzgebers auch unter Zugrundelegung dieser Anforderungen nicht zu vermeiden. Schon aus funktionellrechtlichen Gründen ist es kaum vorstellbar, dass das Bundesverfassungsgericht darüber befinden sollte, wann sich die Lebensverhältnisse in den Ländern so auseinander entwickelt haben, dass eine Beeinträchtigung des bundesstaatlichen Sozialgefüges droht, welches Maß an Rechtszersplitterung in Deutschland hinzunehmen ist oder wann genau „erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft“ drohen. So hat es denn trotz der ungewöhnlich breiten Ausführungen zu der ihm eröffneten Kontrolldichte einen Prognosespielraum des Gesetzgebers letztlich sowohl hinsichtlich des Gesetzesziels als auch hinsichtlich seiner Auswirkungen einräumen müssen:

„Prognostische Einschätzungen sind insbesondere bei der Beurteilung von Gesetzeswirkungen und bei der Antwort auf die Frage unumgänglich, wie sich die tatsächlichen Verhältnisse ohne ein Eingreifen des Bundesgesetzgebers oder durch ein Eingreifen der Landesgesetzgeber künftig entwickeln werden ...

Auch für die Feststellung künftiger Entwicklungen, von denen die „Erforderlichkeit“ im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG abhängt, hat der Gesetzgeber einen Prognosespielraum. Entwickelt sich ein Geschehensablauf anders als zuvor angenommen, so realisiert sich darin vielfach nur das prognosetypische, jeder Abschätzung komplexer künftiger Entwicklungen innewohnende Risiko. Fehlprognosen sind selbst bei größter Prognosesorgfalt letztlich nicht auszuschließen. Also muss auch dem Gesetzgeber, der Prognosen nicht vermeiden kann, innerhalb gewisser Grenzen zugestanden werden, dass er dieses Risiko eingeht, ohne eine negative verfassungsrechtliche Beurteilung befürchten zu müssen“.

Dennoch droht diese Rechtsprechung die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes in großem Umfang leer laufen zu lassen und befrachtet alle bundesgesetzlichen Regelungen mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit.

Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass der Gesetzentwurf die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG nurmehr auf die in Art. 72 Abs. 2 (Entwurf) genannten Gegenstände begrenzen will. Der Katalog könnte freilich noch weiter reduziert werden:

- beim Aufenthalts- und Niederlassungsrecht von Ausländern (Nr. 4) liegt der gesamtstaatliche Bezug auf der Hand;
- beim Recht der Wirtschaft (Nr. 11) werden sämtliche regional radizierten Materien ohnehin in die Zuständigkeit der Länder überführt;
- beim Lebensmittel-, Genussmittel- und Futtermittelrecht (Nr. 20) ist der gesamtstaatliche Bezug wiederum offensichtlich (Nr. 20),
- ebenso beim Straßenverkehrsrecht und dem Recht der Bundesfernstraßen (Nr. 22).

4. Für die Kommunen – Gemeinden und Landkreise - sind die Folgen des in Art. 104a Abs. 1 GG normierten Konnexitätsprinzips besonders gravierend. Ausweislich von Art. 106 Abs. 9 GG stellen sie sich auch im Rahmen der Finanzverfassung letztlich (nur) als Einrichtungen mittelbarer Landesstaatsverwaltung dar, und obwohl sie der verfassungsändernde Gesetzgeber durch mehrfache Änderungen des Art. 106 in den vergangenen Jahren zunehmend als – dritte – Ebene im Finanzverfassungssystem des Grundgesetzes anerkannt hat, werden sie vollständig durch die Länder mediatisiert. Unmittelbar gegen den Bund gerichtete Finanzierungsansprüche besitzen sie deshalb nicht. Betraut sie dieser daher auf der Grundlage von Art. 84 Abs. 1, Art. 85 Abs. 1 GG mit finanzwirksamen Aufgaben wie der Sozialhilfe oder der Grundsicherung, so kann er dabei im wesentlichen frei entscheiden, ob er die damit verbundenen Kosten tragen will oder nicht (Art. 104a Abs. 3 GG). Da das Grundgesetz kein an die Gesetzeskausalität anknüpfendes Konnexitätsprinzip kennt, muss er für einen (entsprechenden) finanziellen Ausgleich bei Kreisen und Städten auch nicht Sorge tragen.

Für die Kommunen ist dies deshalb besonders misslich, weil die Länder, die einem solchen Gesetz im Bundesrat ihre Zustimmung bislang verweigern könnten – die Zuweisung einer Aufgabe an die Kommunen ist eine „Einrichtung der Behörden“ i. S. v. Art. 84 Abs. 1 GG – finanzwirksamen Aufgaben in Bundesgesetzen i. d. R. schon deshalb keinen hartnäckigen Widerstand entgegen gesetzt haben, weil sie bei dieser Übertragung einigermaßen ungeschoren davon kamen. Zwar kennen alle Landesverfassungen heute ein an die Gesetzeskausalität anknüpfendes „Konnexitätsprinzip“ für den *kommunalen* Finanzausgleich. Dieses nimmt die Länder jedoch nur in die Pflicht, wenn sie staatliche Aufgaben auf Kreise und Gemeinden abwälzen. Auf eine Übertragung durch den Bund ist

es jedoch in aller Regel nicht anwendbar. Den letzten also bislang die Hunde.

Das in Art. 84 Abs. 1 Satz 6 (Entwurf) und in Art. 85 Abs. 1 Satz 2 (Entwurf) vorgesehene Verbot, durch Bundesgesetz Aufgaben auf Gemeinden und Gemeindeverbände zu übertragen, beendet diese Situation. In Zukunft sind allein die Länder berufen, den Kommunen (materiell) staatliche Aufgaben zu übertragen. Hier aber greifen die landesverfassungsrechtlichen Garantien, namentlich das überwiegend strikte Konnexitätsgebot.

5. Die neuen Übergangsregelungen (Art. 125a – Art. 125c (Entwurf)) belassen es im Hinblick auf die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG bei der geltenden Rechtslage. Die damit verbundene „Versteinerungsgefahr“ erscheint aus Gründen der Rechtssicherheit hinnehmbar bzw. notwendig.

Im übrigen aber vermeiden die Regelungen diese Gefahr, indem sie die nach der Neuordnung berufenen Gesetzgeber ohne Zustimmung des bisherigen zur Gesetzgebung berechtigen – jedenfalls von einem bestimmten Stichtag an.

### **C. Bau und Verkehr**

Siehe oben.

### **D. Europatauglichkeit des Grundgesetzes**

Die Europäisierung bereitet gerade dem deutschen Verbundföderalismus besondere Schwierigkeiten. Die effektive Durchsetzung nationaler Interessen im Rat wirft schon auf der Ebene der Bundesregierung erhebliche Koordinationsprobleme auf und kann insgesamt nur als notleidend bezeichnet werden. Die Bundesressorts entwickeln i. d. R. keine fachlichen Konzepte für die unionale Rechtssetzung; auf entsprechende Vorschläge der Kommission reagieren sie meist nur defensiv, statt die Kommission für eigene Rechtssetzungsanliegen zu gewinnen.

Das liegt zum einen daran, dass sie mit der zügigen Bündelung der Interessen parteipolitisch unterschiedlich geprägter Landesregierungen sowie von Bund und Ländern nicht selten überfordert sind. Zum andern verfügen sie angesichts des

exekutivföderalistischen Systems häufig auch nicht über die notwendige Vollzugserfahrung, um den Bedarf nach einer unionalen Rechtssetzung oder ihrer Veränderung frühzeitig zu erkennen. Damit fehlen Deutschland im Grunde die institutionellen und organisatorischen Voraussetzungen für eine konsistente Europapolitik auf der Fachebene und für die Formulierung und effektive Durchsetzung nationaler Interessen.

1. Eine Ursache ist auch die Institution des sog. Ländervertreeters. Nach Art. 23 Abs. 6 GG soll, wenn mit einem Vorhaben auf Unionsebene im Schwerpunkt ausschließliche Gesetzgebungsbefugnisse der Länder betroffen sind (Art. 70 GG), die Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte Deutschlands im Rat auf einen vom Bundesrat zu benennenden Vertreter der Länder im Ministerrang übertragen werden. Die Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte durch diesen „Ländervertreter“ muss unter Beteiligung und in Abstimmung mit der Bundesregierung erfolgen, wobei die gesamtstaatliche Verantwortung des Bundes zu wahren ist (Art. 23 Abs. 6 Satz 2 GG). Eine nähere Ausgestaltung dieser Vorschrift findet sich in § 6 Abs. 2 bis 4 ZusBRG.

Art. 23 Abs. 6 GG, § 6 ZusBRG sind zu Recht der Kritik ausgesetzt, weil sie eine effektive Verhandlungsführung auf deutscher Seite erheblich erschweren. So ist es etwa im Hinblick auf die im Rat üblichen „*Paketlösungen*“ misslich, dass die Bundesregierung u. U. nicht über alle Verhandlungsgegenstände verfügen kann, denn es kann vernünftigerweise nicht erwartet werden, dass die anderen Mitgliedstaaten der EU ihre Verhandlungslinie gerade an der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung Deutschlands ausrichten werden. Die Beteiligungs- und Abstimmungserfordernisse zwischen der Bundesregierung und dem Bundesrat (Art. 23 Abs. 6 GG, § 6 Abs. 2 Satz 3 ZusBRG) mögen dieses Defizit mildern; beseitigen können sie es nicht. Hinzu kommen die Schwierigkeiten, die *Kontinuität der Verhandlungsführung* im Rat sicherstellen zu müssen. Da die Landesminister turnusmäßig wechseln und die Landesregierungen auch unterschiedliche politische Profile aufweisen, erweist sich dies als instabiles Element für die Vertretung Deutschlands in Brüssel. Schließlich bleibt das *Zeitproblem*, wenn bei dringendem Entscheidungsbedarf die Standpunkte von 16 Ländern koordiniert werden müssen. Das gelingt – wie die Erfahrung lehrt – des Öfteren nicht, zu Lasten des Gesamtstaates.

Die Neufassung von Art. 23 Abs. 6 GG geht insoweit in die richtige Richtung; seine vollständige Streichung wäre allerdings vorzugswürdig. Immerhin vermag die Möglichkeit, in der Europakammer des Bundesrates Beschlüsse im Umlaufverfahren fassen zu können

(Art. 52 Abs. 3a (Entwurf)), die Handlungsfähigkeit dieses Verfassungsorgans in europäischen Angelegenheiten zu erhöhen.

**2.** Schwierigkeiten bereitet aber auch die Implementation des Unionsrechts in Deutschland. Da die Mitwirkung an der Rechtssetzung auf unionaler Ebene – von den geschilderten Ausnahmen abgesehen – in erster Linie Sache des Bundes ist, die Implementation des Unionsrechts in die nationale (Teil-) Rechtsordnung sich nach dem Grundsatz der institutionellen und verfahrensmäßigen Autonomie der Mitgliedstaaten jedoch nach der grundgesetzlichen Kompetenzordnung richtet (Art. 30, 70 ff., 83 ff. GG), und daher sowohl durch den Bund als auch durch die Länder erfolgt, ergeben sich hier regelmäßig Diskrepanzen.

Da dem Regierungsapparat auf Bundesebene i. d. R. die Vollzugserfahrungen fehlen und der Bund weder die Auswirkungen unionaler Regelungen auf die Verwaltungspraxis spürt noch mit den Kosten belastet ist (Art. 104a Abs. 1 GG), besteht im Bund die Neigung, Rechtssetzungsvorhaben auf Unionsebene zuzustimmen, ohne die Konsequenzen für die nationale Rechtsordnung in allen Einzelheiten zu bedenken – d.h. die verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten der Umsetzung und die Probleme bei der Einfügung unionaler Vorgaben in einen häufig ganz anderen dogmatischen Rahmen des nationalen Rechts. UVP-Richtlinien (RiL 85/337/EWG; RiL 97/11/EG) und IVU-Richtlinie (RiL 96/61/EG) mögen hier als Stichworte genügen. Daneben fehlt der Bundesrepublik Deutschland das notwendige Instrumentarium, um den aus Art. 10 EG abgeleiteten Anforderungen an eine effektive und gleichmäßige Geltung des Unionsrechts Rechnung zu tragen. Fehlt dem Bund – etwa im Rundfunkrecht – eine Gesetzgebungskompetenz oder ist sie – wie beim Naturschutz (Art. 75 Abs. 1 Nr. 3 GG) – auf Rahmenregelungen begrenzt, so bereitet die Erfüllung der gegenüber der EU bestehenden Verpflichtungen Probleme. Und das ist nicht nur ein theoretisches Problem, wie zahlreiche Vertragsverletzungsverfahren, der 1996 gestellte Antrag der EU-Kommission auf Verhängung eines Zwangsgeldes gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Nichtbefolgung von EuGH-Urteilen oder die Schwierigkeiten mit der innerstaatlichen Umsetzung des Stabilitätspaktes zeigen.

Zwar werden die Länder durch das Bundesstaatsprinzip und den Grundsatz der Bundestreue (Art. 20 GG) dazu verpflichtet, dem Bund die Erfüllung seiner unionsrechtlichen Verpflichtungen zu ermöglichen; auch wäre hier – je nach Lage der Dinge – der Einsatz der Bundesaufsicht (Art. 84 Abs. 3 bis 5, Art. 85 Abs. 3 und 4 GG) oder

gar des Bundeszwangs (Art. 37 GG) denkbar. Praktische Erfahrungen mit diesem Instrumentarium gibt es jedoch nicht. Hinzu kommt, dass seine Anwendung typischerweise auch eine Klärung durch das Bundesverfassungsgericht erforderlich macht, so dass die hier im Betracht kommenden Verfahren zu schwerfällig und zu langwierig sind, um innerhalb der vom Unionsrecht i. d. R. vorgegebenen engen Zeitspannen eine abschließende Klärung im nationalen Bereich herbeizuführen. Das gilt erst recht, wenn es hier – was regelmäßig der Fall sein dürfte – auch noch der Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 234 EG) bedarf.

Vor diesem Hintergrund erhöhen sowohl die Abschaffung der Rahmengesetzgebung als auch die Einführung des neuen Typus der „konkurrierenden Gesetzgebung mit Abweichungsbefugnis“ die Europatauglichkeit des Grundgesetzes. Ersteres beseitigt die fachliche Zersplitterung der Rechtsmaterien, die ihre (europapolitische) Koordination erheblich erschwert hat, letzteres gestattet es dem Bund, in den dort genannten Materien, etwa im Naturschutz, in die Vorhand zu gehen und die unionsrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands zu erfüllen, ohne allerdings dauerhaft „draufsatteln“ zu können.

**3.** Auch Haftungsansprüche zwischen Bund und Ländern gibt es in diesem Zusammenhang nicht. Der hier in Betracht kommende Art. 104a Abs. 5 GG findet auf das Handeln von Gesetzgeber und Regierung keine Anwendung, und selbst für den nicht ordnungsgemäßen Vollzug des Unionsrechts hat das Bundesverwaltungsgericht die Möglichkeit einer analogen Anwendung dieser Haftungsnorm erst jüngst – etwas vorschnell – zurückgewiesen (BVerwGE 116, 234 ff.). Da Art. 104a Abs. 5 GG auf unionsrechtlich begründete Aufgaben von vornherein keine Anwendung findet, bedarf es einer Verfassungsänderung, um einen innerstaatlichen Ausgleich für fehlerhaft verausgabte Mittel, die Anlastung von Zwangsgeldern oder die Verteilung der Defizitgrenzen nach Art. 104 EG zu ermöglichen.

Beide unverzichtbaren Regelungen enthält der Gesetzentwurf. Art. 104a Abs. 6 (Entwurf) regelt die Haftung für Anlastungen, Strafzahlungen u. ä. für Bund und Länder. Bei von den Ländern verursachten Zahllasten gibt er die Aufteilung so detailliert vor, dass er als Anspruchsgrundlage selbst dann herangezogen werden kann, wenn es nicht zu dem in Satz 4 vorgesehenen Bundesgesetz kommen sollte.

Art. 109 Abs. 5 (Entwurf) enthält - systematisch korrekt – eine Spezialregelung für Zahllasten, die sich aus einer Verletzung der Stabilitätskriterien der Art. 104 ff. EG sowie des sog. Stabilitätspaktes ergeben. Auch diese Norm ist in einem Kernbereich unmittelbar

anwendbar.

## II. Justiz/ Inneres

### A. Justiz

1. Nicht in die Grundkonzeption der neuen Kompetenzverteilung passt die vorgesehene Übertragung des Strafvollzugs in die Zuständigkeit der Länder. Die sachliche Verknüpfung mit dem Strafrecht, dem Strafprozessrecht und dem Recht der Maßregeln ist hier so eng, dass diese Trennung nicht sinnvoll sein dürfte.

2. Von jeher weist das Notariat eine nicht unerhebliche Spannbreite auf (Art.138 GG, §§ 3, 9 d 114 f. BNotO). Das lässt die Notwendigkeit einer bundeseinheitlichen Regelung fragwürdig erscheinen.

Zwar mag ein Verzicht auf die konkurrierende Zuständigkeit des Bundes als Rückschritt in dem seit der Reichsgründung vereinheitlichten Justizwesen erscheinen und er wird von den Betroffenen auch so empfunden. Letztlich stehen allerdings weder Gründe des Verbraucherschutzes noch die Beweiskraft (§ 415 ZPO) und Anerkennung notarieller Urkunden im Rechtsverkehr und ihre Eigenschaft als Vollstreckungstitel (§ 794 Abs.1 Nr. 5 ZPO) der Übertragung dieser Kompetenz auf die Länder entgegen.

Allerdings könnten die Rückgriffe der EU auf das Notariat (etwa Art.6 Abs.3 lit.c RiL 2002/65/EG ) und das Interesse an seiner internationalen Wettbewerbsfähigkeit ein sachlicher Grund für eine Beibehaltung des Status sein.

### B. Inneres

1. **Beamtenrecht.** Obwohl die Umwandlung der Rahmenkompetenz in eine konkurrierende Zuständigkeit grundsätzlich zu begrüßen ist (siehe oben I. B. 1. 4. 1.), erscheint der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 (Entwurf) doch zu eng gefasst. Indem er dem Bund die Zuständigkeit für die Laufbahnen entzieht, nimmt er ihm auch die Möglichkeit, den *Zugang zu den Laufbahnen* zu regeln. Das ist im Hinblick auf die Garantien des Art. 33 Abs. 1 und 2 GG – gleicher Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Maßgabe des Leistungsprinzips – nicht zu empfehlen. Die Staatspraxis ist schon bisher durch eine Relativierung dieser (Freizügigkeits-)Garantien beim Wechsel zwischen dem öffentlichen Dienst verschiedener Länder gekennzeichnet, und das obwohl Art. 33 Abs. 2 GG jedem Deutschen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang



zu jedem öffentlichen Amt verheißt. Mitunter ist es schwieriger, vom öffentlichen Dienst eines deutschen Landes in den eines anderen zu wechseln als unter der Garantie des Art. 39 EG vom öffentlichen Dienst eines anderen Mitgliedstaates der EU. Vor diesem Hintergrund sollte die Regelung der Laufbahnen und der mit ihnen verbundenen Zugangsvoraussetzungen weiterhin bundeseinheitlich geregelt werden (können).

**2. – 3.** siehe oben

**4.** Die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das *Versammlungsrecht* – Art.74 Abs.1 Nr. 3 GG – sollte erhalten bleiben.

Zwar steht das Versammlungsrecht in einem unmittelbaren Bezug zum Polizei- und Ordnungsrecht und wird traditionell als dessen Teil begriffen, was eine Übertragung in die Zuständigkeit der Länder nahe zu legen scheint.

Auf der anderen Seite regelt das Versammlungsrecht die Ausübung eines democratiespezifischen Grund- und Mitwirkungsrechts und besitzt in der explizit repräsentativen Demokratie des Grundgesetzes „die Bedeutung eines grundlegenden und unentbehrlichen Funktionselements“. Das Bundesverfassungsgericht sieht in ihm sogar ein Substitut für fehlende direktdemokratische Beteiligungsformen auf Bundesebene.

Da der demokratische Diskurs zudem primär auf die Bundesebene ausgerichtet ist und die Ländergrenzen überschreitende Versammlungen nicht nur atypische Ausnahmefälle darstellen, da Großveranstaltungen wie z. B. die Münchner Sicherheitskonferenz regelmäßig den Einsatz von Polizeikräften mehrerer Länder und des Bundesgrenzschutzes erfordern, sprechen gewichtige Gründe dafür, an der bundeseinheitlichen Regelung des Versammlungsrechts festzuhalten. Nicht zuletzt streitet die Überlegung, dass es seit dem Umzug von Regierung und Parlament nach Berlin eine vermehrte Neigung gibt, Versammlungen und Aufzüge in der Bundeshauptstadt abzuhalten, gegen die Streichung von Art.74 Abs.1 Nr.3 GG.

München, den 15. Mai 2006



(Prof. Dr. Peter M. Huber)

