

## **„Anhörung Föderalismusreform: Themenstruktur“**

(Stand: 7. April 2006)

Der Unterzeichnende dankt dem Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages für die Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu einzelnen Fragen des Entwurfs. Sie folgt den vom Rechtsausschuß vorgegebenen und -formulierten Themenfeldern im Allgemeinen Teil und beschränkt sich, wie ersichtlich, auf einen Ausschnitt von ihnen.

### **STRUKTURELEMENTE DER REFORM (ALLGEMEINER TEIL)**

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

##### **1. Politikverflechtung: Ausgangslage und Erwartungen, Gestaltungsfähigkeit des Bundestages, institutionelle Balance der gesetzgebenden Körperschaften**

- 1 Jedes Zweikammersystem kompliziert das Gesetzgebungsverfahren. Keine Verfassung, die sich für ein solches System entscheidet, kann garantieren, daß es stets sachgemäß funktioniert, d.h. daß jede Kammer ihre Kompetenzen so ausübt, wie die jeweilige Sache es gestattet oder erfordert. Auch schwächere Kompetenzen – wie eine bloße Beratungszuständigkeit oder das Recht zum nur aufschiebenden Veto – können destruktiv, u.a. durch Verzögerung dringlicher Vorhaben, genutzt werden. Stärkere Kompetenzen – wie Mitentscheidungsbefugnisse – laden zu einem Einsatz, der nicht von der Sache her erklärbar oder geboten ist, geradezu ein. Eine Verfassung, die dennoch eine zweite Kammer an der Gesetzgebung beteiligt, weiß, was sie tut und hofft gleichzeitig das Beste.
- 2 Diese geborene Anfälligkeit des Zweikammersystems läßt sich durch nichts außer durch seine Abschaffung heilen. Art. 79 Abs. 3 GG würde ihr nicht im Wege stehen. Denn die „grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung“ muß nicht die Beteiligung der Länder an der Gesetzgebung des Bundes meinen, und die ließe sich auch anders als durch ein von den Ländern bestücktes Bundesorgan und seine Mitwirkung an der Bundesgesetzgebung verwirklichen, z.B. durch Mantelgesetze der Länder, von denen die Geltung eines Bundesgesetzes in den Ländern abhängig gemacht werden könnte.

- 3 Dennoch sind Reformüberlegungen, die beim Bundesrat als solchem ansetzen, müßig. Auch eine Einkammergesetzgebung garantiert keine „guten“ Gesetze, weil auch innerhalb der einen Kammer Unterschiedlichstes, und nicht nur die Sache, den Inhalt eines Gesetzes prägt. Dasselbe gilt für eine unmittelbare Beteiligung der Landtage.
- 4 Wenn man es deswegen beim Bundesrat in seiner herkömmlichen Gestalt belassen will, muß man bereit sein hinzunehmen, daß der Bundestag immer wieder aus unterschiedlichsten Gründen am Bundesrat „scheitert“ – so wie ja über das Umgekehrte - Bundesratsinitiativen stranden im Bundestag – auch nicht sonderlich viel Aufhebungs gemacht wird. Die Einrichtung des Vermittlungsausschusses zeigt, daß das Grundgesetz im „Durchregieren“ kein Ideal und in der – wie auch immer motivierten – „Blockade“ kein Drama sieht. An dieser realistischen Einschätzung des Aufeinanderangewiesenseins zweier gesetzgebender Körperschaften sollte keine Reform etwas ändern wollen.
- 5 Institutionell läßt sich eine „Balance“ zwischen zwei Körperschaften im Bereich ihrer Gleichberechtigung nicht herstellen. Hier hängt die eine von der anderen nicht weniger ab als die andere von der einen, und je aktiver die eine ist, um so schmerzlicher wird ihr die Abhängigkeit von der anderen sein. „Ausbalancieren“ ließe sich dies allenfalls dann, wenn die andere die eine ebenso häufig oder in ebenso wichtigen Angelegenheiten „brauchen“ würde. Aber dies trifft nicht zu: Der Bundesrat „muß“ nicht im selben Maße aktiv werden wie der Bundestag, bei dem die Hauptlast politischer Gestaltung und Initiative liegt; sein Hauptfeld ist – trotz eigenen Vorlagrauchs – die Reaktion, nicht die Aktion.
- 6 Eine „Balance“ ließe sich (wenn nicht zwischen den beiden Bundesorganen, so doch) zwischen Bund und Ländern nur dadurch herstellen, daß der Bund an der Gesetzgebung der Länder beteiligt wird.
- 7 Da eine Reform in dieser Richtung nicht in Rede steht, muß die Annäherung an eine „Balance“ auf anderem Wege versucht werden. Als ein solcher – drittbester – Weg erscheint eine Vermehrung der Gesetzgebungszuständigkeiten der Länder um den Preis einer Verringerung des Einflusses des Bundesrats auf die Bundesgesetzgebung sinnvoll. Wenn dies der Grundgedanke der angestrebten Verfassungsänderung sein sollte, ist gegen ihn insofern nichts einzuwenden.

8 Vorausgesetzt ist dabei, daß die „Leistung“ des Bundes und die „Gegenleistung“ der Länder einander entsprechen oder daß, wenn sie dies nicht tun, der Handel ein zuvor vorhandenes Ungleichgewicht hinreichend korrigiert. Die Autoren des Entwurfs nehmen offenbar das eine oder das andere an; ob sie Recht haben, wird die nächste Reform zeigen.

## **2. Bisherige Entwicklung der Zustimmungsrechte / Zustimmungquote(n)**

9 a) Die bisherigen Grundgesetzänderungen haben den Katalog zustimmungsbedürftiger Bundesgesetze nicht verkleinert, sondern – regelmäßig Hand in Hand mit der Begründung neuer Bundeskompetenzen und zu ihrem Ausgleich – moderat vergrößert.

10 Der aktuelle Entwurf liegt auf derselben Linie mit Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a, Abs. 2 GG. Art. 74 Abs. 1 Nr. 27, Abs. 2 GG fügt sich dem Bisherigen ebenfalls ein, indem er die Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen, die sich auf einen nunmehr reduzierten Kompetenztitel stützen, aufrechterhält.

11 Strukturell anders liegt es dort, wo nach dem Entwurf einerseits Bundeskompetenzen, andererseits auf *anderen* Gebieten (also unveränderter, ggf. auch nur konkurrierender, Bundeszuständigkeit) Zustimmungsrechte des Bundesrates entfallen sollen – wie im Bereich des Art. 84 Abs. 1 GG (neu).

12 b) Etwa die Hälfte der vom Bundestag beschlossenen Gesetze bedurfte der Zustimmung des Bundesrates. Hauptauslöser war Art. 84 Abs. 1 GG („... soweit nicht ...“). Nur wenigen Gesetzen versagte der Bundesrat seine Zustimmung endgültig; der Vermittlungsausschuß bewirkte gelegentlich Wunder, wenngleich nicht immer ohne entscheidende Abstriche am ursprünglichen Vorhaben des Bundestages.

13 c) Die Statistik sagt wenig über die praktische Bedeutsamkeit der Zustimmungsbedürftigkeit. Die überwältigende Rolle des Art. 84 Abs. 1 GG hat der Bundestag selbst und freiwillig begründet, weil er immer wieder meinte, die dort angesprochenen Regelungen selbst in die Hand nehmen und nicht den Ländern überlassen zu sollen. Gezwungen war er zu derartigen Arrondierungen des eigentlichen Gesetzeswerkes kaum je, auch wenn sie natürlich meist nahe lagen. Aber beklagen sollte sich der Bundestag nicht, wenn der Bundesrat dann derartige Luxus-Regelungen zum Spiel mit seiner Zustimmungskompetenz nutzt. Er konnte es vermeiden, wenn er –

wie öfter geschehen – die Zuständigkeits- und Verfahrensregelung (wenn er nicht ganz auf sie verzichten mochte) verselbständigte und zwei getrennte Gesetzesbeschlüsse faßte. Mißbrauchsvorwürfe gegen eine derartige Praxis hat das Bundesverfassungsgericht zu Recht abgewehrt.

14 Nachdem der Bundestag es hier – wie auch im Bereich des Art. 85 Abs. 1 GG, aber anders als in anderen Fällen der Zustimmungspflichtigkeit – weithin in der Hand hat, sich mit einem Einspruchsgesetz zu begnügen und damit einer „Blockade“ durch den Bundesrat zuvorzukommen, erscheint die vorgesehene Reform des Art. 84 Abs. 1 GG überflüssig; ihre konkrete Gestalt ist zudem eher schädlich (vgl. dazu unten sub Rn. 18-38).

15 d) Reformbedürftig in diesem Zusammenhang erscheinen mir dagegen drei andere Aspekte:

Erstens war und ist die kompetentielle Bedeutung des soweit-Halbsatzes des Art. 84 Abs. 1 (wie auch des Art. 85 Abs. 1) GG durchaus ungewiß. Beide Texte erwecken den (vielleicht irrigen) Eindruck, es gehe um eine Art konkurrierender Zuständigkeit mit der positiven Besonderheit der Zustimmungspflichtigkeit einer Bundesregelung und der negativen Besonderheit, daß es auf die Voraussetzungen des (bisherigen) Art. 72 Abs. 2 GG nicht ankommt (sofern sie nicht durch die materiellrechtliche Seite der betreffenden Gesetzesregelung ausgelöst werden).

16 Zweitens erwähnt Art. 85 Abs. 1 GG im Gegensatz zu Art. 84 Abs. 1 GG das „Verwaltungsverfahren“ nicht. Landläufig wird gesagt, die Lücke beruhe auf einem Redaktionsversehen des Parlamentarischen Rates. Wenn das seit mehr als einem halben Jahrhundert so ist (was ich bezweifle), könnte sie mühelos beseitigt werden („... so bleiben die Einrichtung der Behörden *und das Verwaltungsverfahren* ...“). Bei der Gelegenheit könnte auch ohne Mühe über die weitere (verbale) Anpassung der beiden „so ...“-Sätze entschieden werden.

17 Drittens sollten, wenn die Länder ohnehin bereit sind, eine Reduzierung der Zustimmungskompetenzen des Bundesrates zu akzeptieren, auch schlichte Lösungen nicht gänzlich außer acht gelassen werden: Zum Gewicht der Zustimmungspflichtigkeit hat nicht nur der Bundestag freiwillig beigetragen (vgl. oben sub c); es verdankt sich auch maßgeblich dem Bundesverfassungsgericht, das meint, der gesamte Gesetzesbeschluß bedürfe der Zustimmung des Bundesrates, wenn auch nur eine

einzig seiner Vorschriften zustimmungsbedürftig sei. Eine kurze Klarstellung im Grundgesetz, daß es sich so nicht verhalte, könnte hier für erhebliche Entspannung sorgen und die einschlägigen Wagnisse des Entwurfs (zu ihnen unten sub Rn. 18 ff.) entbehrlich machen.

### **3. Änderung der Ausführungsregelung für Bundesgesetze durch die Länder**

(Art. 84 Abs. 1 alt/neu, Regelung des Verwaltungsverfahrens und der Behördenorganisation in Bundesgesetzen ohne Zustimmung des Bundesrates; Abweichungsrechte der Länder; Lex-Posterior-Regelung und Inkrafttretensfrist)

18 a) Der Entwurf beläßt es, was im Bereich der Ausführung von Bundesgesetzen die Regelung der Einrichtung der Landesbehörden und des Verwaltungsverfahrens angeht, bei den alten Standorten Artt. 84 Abs. 1, 85 Abs. 1 GG. Dieser Standort befriedigte noch nie, litt unter der Divergenz von Art. 84 Abs. 1 GG und Art. 85 Abs. 1 GG und ließ im Unklaren, was eigentlich der konstitutive Gehalt der beiden Vorschriften sei. Die Reform sollte die Gelegenheit nutzen, den von Artt. 84 Abs. 1, 85 Abs. 1 GG angesprochenen Bereich in die Hauptkompetenzkataloge aufzunehmen. Die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers für die Einrichtung und das Verfahren seiner Behörden könnte in Art. 73 Abs. 1 GG genannt werden, ergibt sich aber auch bereits aus der Natur der Sache. Nachdem die Zuständigkeit für die Einrichtung und das Verfahren der Landesbehörden bei der Ausführung von Bundesgesetzen offenbar unverändert der konkurrierenden Zuständigkeit zugeschlagen werden soll, bietet sich Art. 74 Abs. 1 als natürlicher Standort an. Art. 72 Abs. 3 Satz 1 (neu) würde (sofern es bei der Abweichungskompetenz der Länder bleiben soll) um die betreffende Kompetenznummer (nach der jetzigen Differenzierung des Entwurfs unter Ausklammerung der Auftragsverwaltung) ergänzt. Sätze 4 und 5 des Art. 84 Abs. 1 GG (neu) wären dem Absatz 3 des Art. 72 GG (neu) anzufügen.

19 Satz 6 des Art. 84 Abs. 1 GG (neu) und Satz 2 des Art. 85 Abs. 1 GG (neu) würden, wenn es bei ihnen bleiben soll, in Art. 28 Abs. 2 GG angesiedelt.

20 b) Art. 84 Abs. 1 Sätze 2 bis 5 GG (neu) beseitigt die Zustimmungspflichtigkeit bundesgesetzlicher Regelungen der Einrichtung der Landesbehörden vollständig, räumt den Ländern aber das Recht ein, von derartigen Einspruchsgesetzen abzuwei-

chen. Für bundesgesetzliche Regelungen des Verwaltungsverfahrens der Landesbehörden gilt grundsätzlich dasselbe; ausnahmsweise soll ein Zustimmungsgesetz wegen eines Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung die Abweichung der Länder ausschließen können.

Die Regelung befriedigt nicht.

21 aa) Satz 4 sieht ein abweichungsresistentes Zustimmungsgesetz über die Einrichtung der Landesbehörden nicht vor. Ich sehe nicht, daß sich ein „Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung“ hier – anders als beim Verwaltungsverfahren – von vornherein ausschließen läßt. Hinzu kommt, daß die Abgrenzung der „Einrichtung der Behörden“ vom „Verwaltungsverfahren“ ausweislich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit Unsicherheiten belastet ist – ein Umstand, der nur so lange unschädlich ist, wie beides – wie bisher und künftig in Satz 1 des Art. 84 Abs. 1 GG – nebeneinander aufgeführt ist.

22 bb) Satz 4 hebt auf „Ausnahmefälle“ und ein „Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung“ ab. Der Begriff „Ausnahmefälle“ ist, erstens, hier nicht weniger problematisch als im bisherigen Art. 75 Abs. 2 GG. Die Bedürfnisklausel weckt, zweitens, ungute Erinnerungen an die bis 1994 geltende Fassung des Art. 72 Abs. 2 GG und macht eine Abgrenzung des „Bedürfnisses“ von der „Erforderlichkeit“ i.S. des Art. 72 Abs. 2 GG erforderlich. Beide Bedenken erledigen sich, wenn Satz 4 statt dessen Art. 72 Abs. 2 GG für entsprechend anwendbar erklärte. Schließlich ist, drittens, das Nebeneinander von „Ausnahmefall“ und „Bedürfnis“ undeutlich. Offenbar soll ein vorhandenes „Bedürfnis“ nicht den „Ausnahmefall“ konstituieren; beides muß offenbar unabhängig von einander vorliegen. Was aber macht dann einen „Ausnahmefall“ aus? Insbesondere zu Beginn der Geltung einer solchen Bestimmung wie der des Satzes 4 läßt sich von Regel und Ausnahme jedenfalls im statistischen Sinne noch nicht sprechen. Beispiel: Als erstes wird das Umweltverfahren durch ein Zustimmungsgesetz geregelt. Wie viele Verwaltungsverfahrens-Regelungen des Bundes nach Sätzen 2, 3 müssen abgewartet werden, ehe der nächste „Ausnahmefall“ vorstellbar ist?

23 Daß die Koalitionäre einmütig an das umweltrechtliche Verwaltungsverfahren als „Ausnahme“ gedacht haben, beantwortet derartige Fragen ersichtlich nicht, schon gar nicht mit Verbindlichkeit für künftige Interpreten.

- 24 cc) Die Abweichungskompetenz ist hier wie im Rahmen des Art. 72 Abs. 3 GG (neu) einer rechtssicheren Kompetenzteilung zwischen dem Bund und den Ländern abträglich. Sie widerspricht dem Gedanken der Rechtsklarheit und durchbricht den tradierten Vorrang gültigen Bundesrechts. Am ehesten mag sie noch im Bereich des Übergangsrechts, Art. 125c GG (neu), tolerierbar sein.
- 25 aaa) Zur Redaktion: Artt. 31, 72 Abs. 1 GG würden nicht mehr zutreffen; beide Vorschriften sollten auf die sie mehrfach einschränkende Abweichungskompetenz („Vorgehen“ statt „Brechen“; Vorrang des jeweils späteren Rechts ungeachtet seines Ranges), wenn es bei ihr bleibt, klarstellend hinweisen.
- 26 Abs. 3 (neu) des Art. 72 GG betrifft die Folgen des Gebrauchmachens von der Bundeszuständigkeit. Er gehört insofern eng zu Abs. 1 (alt) des Art. 72 GG und sollte daher Absatz 2 werden. Absatz 2 (neu) betrifft dagegen wie Absatz 3 (alt) = Absatz 4 (neu) Voraussetzungen des Gebrauchmachens; beides gehört zusammen und sollte daher zu Absätzen 3 und 4 werden.
- 27 bbb) Zur Sache: Ganz unvorbereitet trifft uns der Gedanke der Abweichungskompetenz nicht. Seit 1994 kennen wir erstens die, teils vom Bundesgesetzgeber abhängige, teils nicht auf ihn angewiesene Ersetzungskompetenz, Artt. 72 Abs. 3, 125a GG. Und der Bundesgesetzgeber hat zweitens, wenn er im konkurrierenden Felde tätig geworden ist, nicht selten (und ohne den Segen der Verfassung) die Länder ermächtigt, dasselbe Feld – sei es präzisierend, ergänzend oder gar abändernd – zu besetzen. Diese einfachgesetzlichen Freigaben mochten angehen, soweit sie sich als Klarstellung deuten ließen, hier mache der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch; sie waren stets verfassungsfern, sollten sie sich als echte Ermächtigungen – ob zur Ausführung oder zur Abweichung – verstanden haben.
- 28 Wenn der Entwurf nun diese Idee, die der einfache Bundesgesetzgeber schon öfter hatte, (für spezielle Bereiche jedenfalls und variiert) ins Verfassungsrecht hebt, ist dies an sich zu begrüßen; Sorgen um die Verfassungsmäßigkeit abweichender Landesregelungen muß man sich nun nicht mehr machen. Dennoch entfernt uns dieser Schritt von bundesstaatlichen Idealen um ein Weiteres:
- 29 Die durch Artt. 72 Abs. 2, 93 Abs. 1 Nr. 2a GG (alt) etwas disziplinierte Vorranggesetzgebung des Bundes, die man – auch aus historischen Gründen – nicht lieben mußte, erhält durch den Entwurf eine zwielfichtige Gestalt: Für einige Kompetenztitel

tel gilt die Erforderlichkeitsklausel unverändert, und eine Abweichung steht folgerichtig den Ländern hier nicht zu. Speziell für Art. 84 Abs. 1 GG mutiert die Erforderlichkeit zum verrufenen Bedürfnis (in Ausnahmefällen). Bei weiteren Kompetenztiteln ist Erforderlichkeit nicht (mehr) vorausgesetzt, dürfen die Länder aber dennoch nicht von einem Bundesgesetz abweichen. Bei wieder anderen Kompetenztiteln, die der Bund ebenfalls ohne Erforderlichkeit nutzen kann, dürfen die Länder abweichen.

30 Und soweit die neue Abweichungskompetenz reicht, darf mit Verwirrung, Unübersichtlichkeit und Gesetzgebungswettlauf gerechnet werden: Das wechselseitige Abweichen ist an keinerlei inhaltliche Voraussetzungen gebunden. Länder, die sonst vielleicht an „Blockade“ im und über den Bundesrat denken würden, können sich im Bundesgesetzgebungsverfahren kooperativ zeigen und vielleicht Gegenleistungen des Bundes acquirieren, um sich anschließend durch Landesgesetz vom in Wahrheit ungeliebten, wenn auch mitgetragenen Bundesgesetz zu verabschieden. Und der Bundesgesetzgeber mag sich „rächen“ wollen, indem er stets und prompt mit dem Inkraftsetzen seines womöglich unveränderten (und kurzfristig durch Landesgesetz beiseite geschobenen) Gesetzes antwortet. „Blockade“-Ebenen verschieben und „Blockade“-Methoden ändern sich. Geholfen ist nichts, im Gegenteil: Nunmehr kann und jedes Land aus Eigenem „blockieren“ und ist dabei nicht einmal mehr auf die Schützenhilfe anderer angewiesen.

31 Satz 3 des Art. 72 Abs. 3 GG (neu), wenn man eine Abweichungskompetenz will, konsequent. Ob später jedermann (einschließlich des Bundesverfassungsgerichts) mit den Autoren des Entwurfs das „Vorgehen“ als bloßen (ggf. temporären) Anwendungsvorrang wird verstehen wollen, erscheint mir nicht sicher; die getroffene Wortwahl jedenfalls garantiert es nicht.

32 Satz 2 des Art. 72 Absatz 2 GG (neu) entspannt die durch Sätze 1 und 3 geschaffene Situation nur geringfügig. Einmal fragt sich, ob eine Sechsmonatsfrist ab der Verkündung wirklich notwendig ist. Schon zwischen dem Zustandekommen des Gesetzes und der Verkündung liegen oft mehrere Wochen, und die Länder sind über den Bundesrat immerhin an dem Zustandekommen des Gesetzes nicht ganz unbeteiligt, können sich also schon sehr früh auf Kommendes einstellen. Zum andern und vielleicht wichtiger fragt sich, was die anfängliche Karenzzeit nützt, wenn in der Folge-



zeit der Bürger dann nicht mehr vor „kurzfristig wechselnden Rechtsbefehlen“ geschützt wird und in beliebig kurzen Zeittakten aus beliebigen Gründen Bundes- und Länderregelungen sich abwechseln können; auch für die zweite und dritte Bundesregelung gilt dann womöglich die Sechsmonatsfrist, aber doch nicht für die Länder.

33 Hinzu kommt: Das Zustimmungsquorum für ein früheres Inkrafttreten entspricht dem für eine Verfassungsänderung; das erscheint ungewöhnlich hoch und ermuntert „Blockaden“; zudem wird der Wunsch nach einem früheren Inkrafttreten (wenn man auch hier der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt) die Zustimmungsbedürftigkeit des *gesamten* betreffenden Gesetzes auslösen, falls nicht klargestellt wird, daß jedenfalls hier nur die Inkrafttretens-Vorschrift der Zustimmung unterliegt.

34 Daß die Abweichungskompetenz im Bereich des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 GG (neu) offenbar die Gegengabe für die Aufrüstung von Rahmen- zu (wenn auch konkurrierenden) Vollkompetenzen darstellt, erklärt die vorgesehenen Neuregelungen vielleicht politisch, ändert aber an den Bedenken nichts, fügt ihnen vielmehr noch dies hinzu: Wenn es diesem Teil der Reform insbesondere darum geht, daß „dem Bund insoweit die einheitliche Umsetzung von EU-Recht ermöglicht“ wird (die bei bloßer Rahmenkompetenz schwieriger gewesen sein mochte), ist bei allen Freiheiten, die Richtlinien gelegentlich lassen mögen, besonders wenig einleuchtend, daß die Länder anschließend von der soeben beschlossenen einheitlichen Umsetzung ohne weiteres sollen abweichen dürfen. Und unabhängig davon auch der andere Umstand, daß dem Bund offenbar daran lag, sich hier von der Erforderlichkeit freizumachen, obwohl sie gerade in EU-Sachen regelmäßig ohne weiteres vorliegen dürfte, so daß diese Bereiche angemessener in Absatz 2 (neu) des Art. 72 GG als in Absatz 3 (neu) aufgehoben sein dürften.

35 ccc) Unabhängig von der Frage der föderalen Angemessenheit einer Abweichungskompetenz darf an die angeborne und unveränderte innere Unstimmigkeit von Bedürfnis- und Erforderlichkeitsklauseln erinnert werden, die eigentlich den gänzlichen Verzicht auf sie nahe legen: Kompetenztitel ermächtigen den jeweiligen Gesetzgeber, verpflichten ihn nicht, tätig zu werden. Daran ändern Art. 72 Abs. 2 GG (alt und neu) und mutmaßlich auch Art. 84 Abs. 1 Satz 4 GG (neu) nichts: Trotz eines Bedürfnisses nach oder der Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung darf

sich der Bund versagen und dürfen, bis er sich anders besinnt, vorerst die Länder – und dies, wenn sie wollen, uneinheitlich – tätig werden. Wenn dies so ist und bleibt, sollte entweder auf zusätzliche inhaltliche Voraussetzungen für das Tätigwerden des Gesetzgebers gänzlich verzichtet oder sie jedenfalls so „soft“ formuliert werden, daß nicht der Eindruck entstehen kann, der trotz Erforderlichkeit untätige Bund und die trotz Erforderlichkeit tätigen Länder verstießen gegen verfassungsrechtliche Obliegenheiten.

36 Den danach nahe liegenden Abschied von derartigen Klauseln könnten die Erinnerung daran, daß sie ihren Ursprung im Unmut der Alliierten Militärgouverneure über einen recht umfangreich geratenen Katalog von Vorrangkompetenzen des Bundes haben, und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu beiden Klauseln erleichtern. Begleitet werden sollte der Abschied von einer drastischen Verkleinerung des Katalogs konkurrierender Zuständigkeiten, besser noch: seiner Streichung und Verlagerung in die ausschließlichen Zuständigkeiten teils des Bundes, teils der Länder.

37 ddd) Sollte es dessen ungeachtet bei den Vorstellungen des Entwurfs bleiben, mag bedacht werden: In jedem Falle ist mißlich, daß zur Ersetzungskompetenz nun eine – doch sehr verwandte – Abweichungskompetenz hinzutreten soll. Was unterscheidet das Eine von dem Anderen? Wenn die Unterscheidung nicht die Kompetenz, sondern nur ihre Voraussetzungen betrifft, sollte sie aufgegeben werden. Hinzu kommt, daß nicht gesichert ist, daß der Bundesgesetzgeber seine oben erwähnte verfassungsferne Praxis nicht beibehält oder gar ausbaut.

38 Beiläufig mag hinzugefügt werden dürfen, daß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GG (neu) mit den „Grundsätzen des Naturschutzes“, von deren bundesgesetzlicher Festlegung nicht soll abgewichen werden dürfen, die soeben abgeschaffte Rahmenkompetenz (unter anderem Etikett) für diesen einen Bereich der Sache nach unversehens wieder einführt. Die abweichungsresistenten „Grundsätze“ müssen definiert, und daß die Definition „nur“ für die Unterscheidung von „Naturschutz“ schlechthin und seinen „Grundsätzen“ Bedeutung hat, macht sie nicht weniger anfällig als es die Grundsatzzkompetenz nach Reichsverfassung von 1919 war und der Begriff der Rahmenvorschrift noch heute ist.

....

## **B. Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen**

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

(Art. 75 alt, Art. 72 Abs. 3 neu, Bewährung und Europatauglichkeit der Rahmengesetzgebung, Aufteilung der Materien des Art. 75; Möglichkeit Umweltgesetzbuch; zusammenhängender Politikbereich Bildung und Hochschule bei Ländern, Begrenzung der Abweichungsrechte)

39 a) Die Idee einer Richtlinien-, Grundsatz- oder Rahmenzuständigkeit des zentralen Gesetzgebers respektiert die Eigenständigkeit der Gliedstaaten in einem Bundesstaat in besonderer, wenn auch komplizierter Weise. Sie ist in der Praxis auf die gleichbleibende Loyalität der Regelungspartner angewiesen und überfordert deswegen die Beteiligten u.U. zeitweise.

40 Klarer, einfacher, weniger störanfällig – aber auch weniger kooperativ – als sie ist die strikte Kompetenzteilung. Die Abschaffung der Kategorie Rahmenkompetenz ist ein erster kleiner Schritt in diese Richtung. Die Abschaffung der konkurrierenden Zuständigkeit wäre der zweite, größere Schritt. Mit ihm würden sich zugleich das mißglückten Kompromißgebilde der Ersetzungs- und der Abweichungskompetenz erledigen.

41 b) Die konkrete Gestalt des bisherigen Art. 75 GG, die – von seinem Absatz 1 Satz 1 abgesehen – durch die Reform von 1994 beträchtlich an Profil gewonnen hatte, dokumentierte vor allem in den Absätzen 2 und 3 zugleich die sich mit dem Gedanken des Rahmens notwendig verbindenden Schwierigkeiten. Sie allein rechtfertigen keine neuerliche Reform.

42 Dies gilt auch und gerade im Lichte des Europarechts. Europäische Richtlinien im Bereich des Art. 75 Abs. 1 Satz 1 GG könnte der Bund unmittelbar und zügig in seine Rahmenvorschriften inkorporieren und alles weitere den Ländern zuweisen - natürlich wie auch sonst mit dem Risiko, für Säumnisse und Versäumnisse der Länder der Union gegenüber zunächst gerade stehen zu müssen. Der europarechtliche Umsetzungsbefehl würde in einen bundesrechtlichen umgewandelt.

43 c) Die eigentliche Schwäche des Art. 75 GG lag und liegt in seinem Absatz 1 Satz 1 (alt). Daß er Art. 72 nennt und nur dessen Absatz 1 meint, ist dabei nebensächlich, wenn auch ärgerlich. Maßgeblich war oder ist der mißlungene (und deswegen zeit-

weise auch variierende) Zuschnitt des Kompetenzkatalogs: Niemand wußte und weiß wirklich, was die „allgemeinen Grundsätze“ des Hochschulwesens sind, niemand, was ich unter den „allgemeinen Rechtsverhältnissen“ der Presse verstehen darf. „Naturschutz“ und Landschaftspflege“ sind kaum ohne Willkür abgrenzbar. Die bloße Rahmzuständigkeit für die „Raumordnung“ hat nicht gehindert, dem Bund aus der Natur der Sache eine Vollkompetenz für seine Raumordnung zuzusprechen. Und einige Kompetenztitel schienen, wie die Enthaltbarkeit des Bundes (vor 1994 und danach) belegt, überflüssig.

## **2. Stärkere Trennung der Kompetenzen**

(zusammenhängende Politikbereiche, neue ausschließliche Bundeskompetenzen, neue konkurrierende Bundeskompetenzen mit und ohne Abweichungsrecht der Länder, neue Landeskompetenzen)

44 Eine stärkere Trennung der Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes und der Länder entspricht der bundesstaatlichen Grundidee eines Entweder/Oder des Grundgesetzes. Diese Grundidee hat die Verfassung von Beginn an selbst nicht rein verwirklichen wollen. Insbesondere Artt. 72, 74 und 75 GG trugen kooperative Aspekte in den Bereich der Gesetzgebung hinein, Artt. 83 ff., 92 ff. GG in die Beziehungen zwischen Bundesgesetzgebung und Landesverwaltung sowie zwischen den Gerichten des Bundes und der Länder und ihrem Recht.

45 Der Entwurf macht einen kleinen Schritt auf die Grundidee zu, indem er die Rahmenkompetenz beseitigt. Die Ausdehnung der konkurrierenden Zuständigkeiten und ihre Relativierung durch bereichsspezifische wechselseitige Abweichungskompetenzen entfernen uns von dieser Grundidee um einen sehr viel größeren Schritt.

## **3. Neuregelung der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2**

(Auswirkung der Reform 1994 und der Juniorprofessoren-Entscheidung des BVerfG auf Art. 75 und Art. 72/74, Freistellung konkurrierender Bundeskompetenzen von der Erforderlichkeitsklausel, Durchsetzbarkeit der Erforderlichkeitsklausel in den restlichen Materien durch Art. 72 Abs. 4 neu/Art. 93 Abs. 2 neu)

46 a) Mit der Änderung des Art. 72 Abs. 2 GG und der Einfügung der Nr. 2a in Art. 93 Abs. 1 GG hatte die Reform 1994 einer langjährigen verfassungsfernen (wenngleich vom Parlamentarischen Rat so erhofften) Praxis ein Ende bereitet. Das Bundesverfassungsgericht ist, denke ich, insoweit, aber auch hinsichtlich der ernstgenommenen Neufassung des Art. 75 GG, den Erwartungen der Reformer gerecht geworden.

Seine Rechtsprechung zu den Neuerungen gibt keinerlei Anlaß zu erneuter Reform. Sie hat im Gegenteil beiden Bestimmungen – Art. 72 Abs. 2 wie Art. 75 – ein Grundprofil verliehen, auf dem weiterzubauen und auf das weiter zu vertrauen, sich gelohnt hätte.

47 b) Die im Entwurf vorgesehene Vierklassengesellschaft im Bereich der konkurrierenden Zuständigkeit – Bundeszuständigkeit bei Erforderlichkeit, Bundeszuständigkeit bei Bedürfnis, Bundeszuständigkeit ohne Erforderlichkeit (und Bedürfnis), aber auch ohne Abweichungsmöglichkeit der Länder, Bundeszuständigkeit ohne Erforderlichkeit (und Bedürfnis), aber mit Abweichungsmöglichkeit der Länder – ist politisch nachvollziehbar, praktisch durchführbar und juristisch lernbar, aber vom Verfassungsoptimum weit entfernt (Näheres bereits oben).

48 c) Absatz 3 (alt) = Absatz 4 (neu) des Art. 72 GG ist insofern mißglückt, als er die Ersetzungskompetenz vom Tätigwerden des Bundesgesetzgebers abhängig macht. Erklärt der Bundesgesetzgeber – entgegen der wirklichen Rechtslage – seine Regelung nicht für nicht mehr erforderlich, können die Länder nicht ohne weiteres tätig werden, obwohl objektiv die Voraussetzungen für das Gebrauchmachen nach Art. 72 Abs. 2 GG entfallen sind.

49 Diesen Geburtsfehler von 1994 mildert Art. 93 Abs. 2 GG (neu) in wohl gerade noch angemessener Weise. Die vorgeschlagene Neuregelung (die redaktionell besser in den Absatz 1 integriert worden wäre) setzt den Bundesgesetzgeber unter einen gewissen Druck, sich selbst zu vergewissern und dann zu erklären, mutet aber zugleich den interessierten Ländern einen erheblichen Aufwand bei dem Versuch zu, ihre Auffassung vom Wandel der Verhältnisse durchzusetzen. Das erfolglose „Vorverfahren“ nach Satz 3 des Absatzes 2 (neu) ist zwar in der Lage, das Klarstellungsinteresse des Normenkontroll-Antragstellers zu belegen, aber es erscheint im Vergleich zu den sonstigen Normenkontrollverfahren (Art. 93 Abs. 1 Nrn. 2 und 2a GG), in denen der Antragsteller die Verfassungswidrigkeit der Norm behauptet, viel zu aufwendig. Warum soll hier das für Nichtighalten allein nicht ausreichen?

50 Es würde deswegen wohl reichen, es bei Nr. 2a des Absatzes 1 zu belassen, deren Formulierung ohne weiteres auch unseren Fall abdeckt. Letzte Klarheit in diesem Sinne könnte die wenig aufwendige Einfügung der Wörter „bzw. noch entspricht“ hinter das Wort „entspricht“ vermitteln. Der Vollständigkeit halber: Art. 125a Abs. 2

GG (neu) könnten als Satz 3 die Worte „Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a gilt entsprechend“ o. ä. angefügt werden.

51 Besser noch wäre es, wenn nicht nur Art. 93 Abs. 2 GG (neu) gestrichen würde, sondern zusätzlich auch Art. 72 Abs. 4 GG (neu). Damit es dennoch dabei bleibt und deutlich ist, daß der Verlust der Erforderlichkeit kompetentielle Konsequenzen hat, könnte es in Art. 72 Abs. 2 GG statt „... wenn und soweit die Herstellung ...“ „wenn, soweit *und solange* die Herstellung ...“ heißen.



Berlin, 9. Mai 2006

*Christian Pestalozza*