

Föderalismusreform I – Versuch einer Bewertung

Professor Dr. Peter M. Huber, München

I. Geteilte Resonanz

Im Sommer 2006 haben Bundestag und Bundesrat die sog. Föderalismusreform I als 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes beschlossen¹ und damit die umfangreichste Verfassungsänderung seit Verabschiedung des Grundgesetzes ins Werk gesetzt. Seit 1. September 2006 ist sie in Kraft; das rechtfertigt eine erste Bilanz.

Eckpunkte der Föderalismusreform I sind die Abschaffung der Rahmen- (Art. 75 GG a.F.) und die Einführung einer Abweichungsgesetzgebung (Art. 72 Abs. 3, 84 Abs. 1 Satz 2 GG), eine veränderte Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen, das Verbot eines „Durchgriffs“ des Bundes auf die Kommunen (Art. 84 Abs. 1 Satz 7 und Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG), Neuregelungen hinsichtlich des Ländervertreeters (Art. 23 Abs. 6 GG) und einige (spärliche) Veränderungen in der Finanzverfassung.

Hat sie, so lässt sich heute fragen, den „kranken Bundesstaat“ kuriert und bewahrt sie ihn vor dem Stadium „unheilbaren Siechtums“, das ohne eine wirkungsvolle Therapie möglicherweise droht?²

Die Meinungen dazu sind geteilt. Die kritischen Stimmen überwiegen,³ und zu diesen zählt auch *Hans-Jürgen Papier*.⁴ Wieweit die Einwände

¹ 52. GGÄndG vom 28.08.2006, BGBl. I 2006, 2034 ff.

² Zur Diskussion *H. J. Blanke / W. Schwanengel* (Hrsg.), *Zustand und Perspektiven des deutschen Bundesstaates*, 2005; *H. G. Henneke* (Hrsg.), *Föderalismusreform in Deutschland*, 2005; *P. M. Huber*, *Deutschland in der Föderalismusfalle?*, 2003, S. 42; *H. J. Papier*, *Reformstau durch Föderalismus?*, in: *Merten* (Hrsg.), *Die Zukunft des Föderalismus in Deutschland und Europa*, 2007, S. 123 ff.; 136; *R. Scholz*, *Deutschland – In guter Verfassung?*. 2004, S. 147 ff., 166.

tragen oder ob sie in erster Linie Abwehrreflexen entspringen, die Menschen im Allgemeinen und Juristen im Besonderen gegenüber jedweder Veränderung empfinden, kann allein die Zukunft zeigen. Zusätzlich erschwert wird die Bewertung jedenfalls dadurch, dass heute, anders als noch vor fünf Jahren, keine Einigkeit mehr über die Zielrichtung notwendiger Veränderungen besteht.⁵

II. „Entflechtung“ als Zielsetzung der Föderalismusreform I

Als sich Bundestag und Bundesrat im Herbst 2003 anschickten, die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes einer Generalüberholung zu unterziehen, bestand weitgehender Konsens darüber, dass das Land aus der „Politikverflechtungsfalle“ befreit werden müsse. Die Politikverflechtung, also eine Kompetenzverteilung, in der alle über alles entscheiden, galt als eine, wenn nicht als *die* maßgebliche Ursache dafür, dass Entscheidungsverfahren in Deutschland zu lange dauern, typischerweise nur den kleinsten gemeinsamen Nenner der beteiligten Akteure zutage fördern und eine wirkungsvolle Formulierung und Vertretung deutscher Interessen in der Europäischen Union häufig nicht einmal ansatzweise gelingt.⁶ Die „Politikverflechtung“ so die allgemeine Auffassung, zeichnet auch dafür verantwortlich, dass (Bundes-)Regierung und Parlamentsmehrheit ihren Wählerauftrag – wie diffus

³ *Chr. Degenhart*, Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform, NJW 2006, 1209; *H. Meyer*, Föderalismusreform: Wie reformfähig ist unser System?, 2008; in der Tendenz eher positiv dagegen *C. Franzius*, Die Abweichungsgesetzgebung, NVwZ 2008, 492 ff.; *M. Nierhaus / S. Rademacher*, Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle?, LKV 2006, 385;

⁴ *H. J. Papier*, Aktuelle Fragen der bundesstaatlichen Ordnung, NJW 2007, 2145.

⁵ Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen: Kom.-Prot. 04 vom 22.06.2007; Kom.-Prot. 08 vom 08.11.2007; *P. M. Huber*, Entflechtung der Verwaltungskompetenzen als Leitidee der Föderalismusreform, ZSE 6 (2008), 255/256.

⁶ *P. M. Huber*, Deutschland in der Föderalismusfalle? S. 13; *ders.*, Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?, Gutachten D zum 65. DJT, 2004, D 15 ff.

auch immer er ausfallen mag – häufig nicht umsetzen (können). Das macht sie nicht nur zu einem politikwissenschaftlichen und rechtspolitischen Problem, sondern auch zu einem verfassungsrechtlichen.⁷

Die „Entflechtung“ der Zuständigkeiten von Bund und Ländern war deshalb auch das Kernanliegen der im Herbst 2003 eingesetzten „Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung“.⁸ Zwar gelangte diese wegen ihrer vorzeitigen Auflösung im Dezember 2004 nicht mehr zu konkreten Empfehlungen an den (verfassungsändernden) Gesetzgeber;⁹ dieser konnte nach der Bundestagswahl 2005 jedoch nahtlos an ihre Vorarbeiten anknüpfen und hat sie – mit einigen Modifikationen – dann auch kodifiziert.¹⁰

1. Die Ausgangslage

a) Die Erosion der Landesgesetzgebung

Seit Inkrafttreten des Grundgesetzes hatte eine kontinuierliche Erosion der Gesetzgebungskompetenzen der Länder stattgefunden, die mittlerweile ernsthafte Zweifel an ihrer fortdauernden Staatsqualität aufwarf. Obwohl Art. 79 Abs. 3 GG garantiert, dass den Ländern - in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – auch im Bereich der Gesetzgebung ein „Hausgut eigener Zuständigkeit unentziehbar verbleibt“, waren ihre Zuständigkeiten bis auf einige Restposten zusammengeschrumpft. 19 Änderungen des Grundgesetzes hatten zwischen 1949

⁷ P. M. Huber, Deutschland in der Föderalismusfalle, S. 15; ders., Gutachten D 65. DJT, D 33; H. J. Papier, Reformstau durch Föderalismus?, S. 123/124 ff.

⁸ Dokumentiert in Deutscher Bundestag, Bundesrat, Öffentlichkeitsarbeit (Hrsg.), Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Zur Sache 1/2005.

⁹ H. Risse, Föderalismusreform in der Sackgasse?, in: Merten (Hrsg.), Die Zukunft des Föderalismus in Deutschland und Europa, S. 43 ff., 64.

¹⁰ Kritisch zu diesem Verfahren Chr. Degenhart, NJW 2006, 1209/1215 f.; H. Meyer, Föderalismusreform: Wie reformfähig ist unser System?, S.15 ff.

und 2006 Kompetenzen der Länder auf den Bund übertragen, wobei dieser Trend auch im Gefolge der von der Gemeinsamen Verfassungskommission 1994 angestoßenen Verfassungsänderungen¹¹ nur geringfügig abgeschwächt wurde.

Hinzu kam, dass der Bund von seinen konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeiten meist abschließend Gebrauch macht (Art. 72 Abs. 1 GG). Zwar hatte der verfassungsändernde Gesetzgeber die Voraussetzungen, unter denen dies geschehen darf, 1994 durch die Neufassung der Erforderlichkeitsklausel von Art. 72 Abs. 2 GG ebenfalls verschärft; zu durchgreifenden Änderungen kam es jedoch erst ganz zum Schluss, als das Bundesverfassungsgericht Ende 2002 Gelegenheit erhielt, diese Neufassung mit Leben zu füllen.¹²

Dabei wurde allerdings schnell klar, dass die vom Gericht entwickelte Auslegung nicht den Vorstellungen der politischen Akteure entsprach. Eine spürbare Beschränkung der Bundeszuständigkeiten im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung war von der überwältigenden Mehrheit offenkundig nicht gewollt, und es passt ins Bild, dass die Möglichkeit eines „Freigabegesetzes“ nach Art. 72 Abs. 3 GG und das Rückholrecht des Art. 125a GG „law in the books“ geblieben waren.

Die Europäisierung des nationalen Verfassungsgefüges und die insoweit sprichwörtliche „Landesblindheit“ des Unionsrechts haben die Gestaltungsspielräume der Landesgesetzgeber auch in den ihnen noch verbliebenen Regelungsbereichen weiter beschränkt, sehen sich doch alle Gegenstände der Landesgesetzgebung – vom Rundfunkrecht über

¹¹ Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drs. 12/6000, S. 60 ff.

¹² BVerfGE 106, 62 ff. – Altenpflege; 111, 226 – 5. HRG-ÄndG; 112, 226 ff. – 6. HRGÄndG; 110, 141 ff. – Kampfunde; 111, 10 ff. – Ladenschluss; zustimmend *M. Kennner*, Anmerkung, DVBl 2003, [259](#) ff.; *O. Depenheuer*, Verfassungsgerichtliche Föderalismusreform, ZG 20 (2005), [83/91](#) ff.; *R. Stettner*, Anmerkung, JZ 2005, [619/623](#) f..

das Bildungswesen (Art. 149 EG) bis zur Kultur (Art. 151 EG) – zunehmend unionsrechtlichen Überlagerungen ausgesetzt.

b) Übermäßige Verflechtung der Entscheidungszuständigkeiten

Da Verfassungsänderungen ebenso wie die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU einer Zwei-Drittel-Mehrheit auch im Bundesrat bedürfen (Art. 23 Abs. 1 Satz 3, 79 Abs. 2 GG), konnte diese Entwicklung nicht ohne die Zustimmung der Länder oder jedenfalls ihrer großen Mehrheit geschehen. Und in der Tat haben sie der Erosion ihrer Autonomie nicht nur keinen Widerstand entgegengesetzt, sondern sie kräftig befördert. Die Kompensation war zumindest aus Sicht der Landesregierungen auch hinreichend attraktiv: die Einräumung immer weitergehender Mitwirkungsrechte bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes sowie in Angelegenheiten der EU.

aa) Zustimmungsgesetze

Da diese Mitwirkung über den Bundesrat erfolgt (Art. 50 GG), ist dieser mehr und mehr in die Rolle jener gleichberechtigten Zweiten Kammer hineingewachsen, die ihm die Mütter und Väter des Grundgesetzes gerade nicht zuerkennen wollten.

Hinzu kommt dass 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 hat.¹³ Das hat die politische Bedeutung der Landesregierungen im Allgemeinen und der Mi-

¹³ P. M. Huber, Regierung und Opposition, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl., 2005, § 47 Rdnr. 63.

nisterpräsidenten im Besonderen enorm gesteigert. Denn als Mitglieder des Bundesrates, und damit als Angehörige eines obersten Verfassungsorgans des Bundes, verfügen sie über erhebliche bundespolitische Macht und Präsenz. Die Landtage aber blieben auf der Strecke.

bb) Verflechtungen in der Finanzverfassung

Auch in der Finanzverfassung waren bzw. sind die Finanzhoheit von Bund und Ländern mittlerweile so miteinander verflochten, dass eine Verantwortungszurechnung kaum noch möglich ist. Das wird – jenseits der zustimmungspflichtigen Steuergesetzgebung an den Gemeinschaftsaufgaben ebenso greifbar wie an den Geldleistungsgesetzen nach Art.104a Abs.3 GG a.F., den Finanzhilfen des Bundes nach Art. 104a Abs. 4 GG a.F. oder an dem horizontal und vertikal verschränkten Finanzausgleich. Seit den 1960iger Jahren hat sich im Kulturbereich zudem eine Reihe von ungeschriebenen – parakonstitutionellen – Kofinanzierungstatbeständen herausgebildet, deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit unter dem Gesichtspunkt der Mischfinanzierung mehr als zweifelhaft ist. Verfassungsrechtliche Einwände dagegen 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.

c) Fehlende Ausrichtung auf die Funktionsbedingungen der EU

Als weiteres grundlegendes Strukturproblem des deutschen Bundesstaates gilt unter den Bedingungen der weit fortgeschrittenen europäischen Integration seine mangelnde Ausrichtung auf die strukturellen Gegebenheiten europäischer Entscheidungsprozesse.

Zwar wird die Verfassungsordnung durch die Öffnung des Grundgesetz-

zes für das „Integrationsprogramm“ entscheidend geprägt, die es dazu zwingt, sich den von Art. 6 f. EU formulierten Homogenitätsanforderungen anzupassen, und letztlich auch den Bedingungen und Strukturen unionaler Entscheidungsfindung. Dem tragen jedoch weder die Kompetenzordnung des Grundgesetzes noch die Vorschriften über die innerstaatliche Willensbildung in europäischen Angelegenheiten ausreichend Rechnung, was eine wirkungsvolle Vertretung deutscher Interessen in Brüssel erheblich erschwert bzw. verhindert. Nach wie vor wird das Grundgesetz als Verfassung eines sich selbst genügenden Nationalstaats verstanden, in dem es in erster Linie darum geht, die Macht auf möglichst viele Träger zu verteilen (vertikale Gewaltenteilung).

Diese „introvertierte“ Sicht auf den 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 und angesichts der Etablierung des damit verbundenen Mehr-Ebenen-Systems bis zu einem gewissen Grad überlebt hat.

aa) Rechtssetzungsphase

In der sog. aufsteigenden (Rechtssetzungs)Phase¹⁴ bereitet vor allem die effektive Formulierung und Durchsetzung nationaler Interessen im Rat der EU Probleme, aber auch die zu geringen Mitwirkungsmöglichkeiten des Bundestags nach Art. 23 GG, das unabgestimmte Verhältnis zu den entsprechenden Mitwirkungsrechten des Bundesrates sowie die Einrichtung des Ländervertreeters.¹⁵

¹⁴ Zum Begriff *P. M. Huber*, Der Beitrag der Föderalismusreform zur Europatauglichkeit des Grundgesetzes, ZG 21 (2006), 354/356.

¹⁵ Ausführlich *P. M. Huber*, Gutachten D 65. DJT, D 26 ff., D 103 ff.

bb) Implementationsphase

Schwierigkeiten bereitet(e) aber auch die „absteigende (Implementations-)Phase“, sowohl was die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten zur Umsetzung des Unionsrechts angeht, als auch im Hinblick auf das innerstaatliche Instrumentarium, mit dem die Erfüllung unionaler Verpflichtungen gewährleistet werden kann.

Da die Mitwirkung an der Rechtssetzung auf Unionsebene in erster Linie Sache des Bundes ist, sich die Implementation des Unionsrechts in die deutsche (Teil-)Rechtsordnung jedoch dem Grundsatz der institutionellen und verfahrensmäßigen Autonomie der Mitgliedstaaten entsprechend nach der grundgesetzlichen Kompetenzordnung richtet,¹⁶ ergeben sich hier regelmäßig Diskrepanzen und Brüche. Weil 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 die Neigung, unionalen Rechtssetzungsvorhaben zuzustimmen, ohne die Konsequenzen für die nationale (Teil-)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.

Darüber hinaus fehlt dem Bund das Instrumentarium, um den Anforderungen an eine effektive und gleichmäßige Geltung des Unionsrechts (Art. 10 EG) Rechnung zu tragen. Fehlt ihm – etwa im Rundfunkrecht – die Gesetzgebungskompetenz oder war er – wie beim Naturschutz (Art. 75 Abs. 1 Nr. 3 GG a.F.) – auf Rahmenregelungen begrenzt, so scheiterte nicht selten die Erfüllung gegenüber der EU bestehender Ver-

¹⁶ P. M. Huber, *Recht der Europäischen Integration*, 2. Aufl., 2002, § 22 Rdnr.3.

pflichtungen. Und das war bzw. ist nicht nur ein theoretisches Problem, wie zahlreiche Vertragsverletzungsverfahren,¹⁷ der 1996 gestellte Antrag der EU-Kommission auf Verhängung eines Zwangsgeldes wegen Nichtbefolgung von EuGH-Urteilen¹⁸ oder die Schwierigkeiten mit der innerstaatlichen Umsetzung des Stabilitätspaktes¹⁹ gezeigt haben.

Obwohl die Länder durch das Bundesstaatsprinzip und den Grundsatz der Bundestreue (Art. 20 GG)²⁰ gehalten sind, dem Bund die Erfüllung seiner unionsrechtlichen Verpflichtungen zu ermöglichen, und auch wenn der Einsatz der Bundesaufsicht (Art. 84 Abs. 3 bis 5, Art. 85 Abs. 3 und 4 GG) oder gar des Bundeszwangs (Art. 37 GG) hier – je nach Lage der Dinge – durchaus denkbar wäre²¹ – praktische Erfahrungen mit diesem Instrumentarium gibt es nicht.²²

Selbst die Existenz von Haftungsansprüchen zwischen Bund und Ländern war fraglich. Der hier in Betracht kommende Art. 104a Abs. 5 GG sollte auf das Handeln von Gesetzgeber und Regierung keine Anwendung finden, und selbst für den nicht ordnungsgemäßen Vollzug des Unionsrechts hatte das Bundesverwaltungsgericht die Möglichkeit ei-

¹⁷ 20.Jahresbericht über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts (2002) vom 21.11.2003, KOM (2003) 669 endg., S. 82; siehe ferner Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Abgeordneten Rainer Brüderle, Markus Löning, Michael Link (Heilbronn), weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP, Entwicklung und Behandlung von Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Union, BT.-Drucks. 16/7878, BT.-Drucks. 16/8086.

¹⁸ ABl. EG 1997 Nr. C 166/7 f.; konkret ging es um die Nichtumsetzung der GrundwasserRiL 80/68/EWG, der GewässerschutzRiL 75/440/EG und der VogelschutzRiL 79/409/EWG, deren Umsetzung jedenfalls auch an den Ländern hing.

¹⁹ Stabilitäts- und Wachstumspakt, Entschliessung des Europäischen Rates über den Stabilitäts- und Wachstumspakt, ABl. EG 1997 Nr. C 236 / 01; VO/ EG Nr. 1466 /97 des Rates vom 7. Juli 1997 über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken (ABl. EG 1997 Nr. L 209 / 01); VO / EG Nr. 1467 /97 des Rates vom 7. Juli 1997.

²⁰ Grundlegend *H. Bauer*, Die Bundestreue, 1992, S.195; *M. Zuleeg*, Zum Standort des Verfassungsstaats im Geflecht der internationalen Beziehungen, DÖV 1977, 462/466.

²¹ *P. M. Huber*, Recht der Europäischen Integration, § 22 Rdnr. 7..

²² Ein überflüssiges Relikt, wie *Th. Groß*, Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007), 152/169, meint, sind sie deshalb jedoch keineswegs.

ner analogen Anwendung (vorschnell) zurückgewiesen.²³

II. Ansätze zur Entflechtung

1. Reduzierung der Zustimmungsgesetze

Angesichts einer Ausgangslage, in der ca. 60 % aller Bundesgesetze der Zustimmung des Bundesrates bedurften, wobei ca. 50 % dieser Gesetze auf den ursprünglich als Ausnahme konzipierten Ermächtigungen der Art. 84 Abs. 1 und Art. 85 Abs. 1 GG beruhten, angesichts einer Ausgangslage also, die nicht nur durch ein nahezu flächendeckendes Vetorecht des Bundesrates gekennzeichnet war, sondern auch durch empfindliche Eingriffe in die Organisationshoheit der Länder, hat die Föderalismusreform I schon durch die Änderung von Art. 84 Abs. 1 GG eine substantielle Entflechtung bewirkt.

a) Neuregelung von Art. 84 Abs. 1 GG

Denn sie hat dem Bund mit Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG n.F. die Möglichkeit eröffnet, auch ohne Zustimmung des Bundesrates Regelungen über die Einrichtung der Landesbehörden und deren Verwaltungsv erfahren zu erlassen, freilich um den Preis eines Abweichungsrechts der Länder (Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG n.F.- sog. Abweichungsmodell²⁴).

Allein diese Neuerung rechtfertigt nach Erhebungen des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages die Erwartung, dass sich die Anzahl der zustimmungspflichtigen Bundesgesetze – vorbehaltlich

²³ BVerwGE 116, 234 ff. - EAGFL; krit. *J. Hellermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band III, 5. Aufl., 2005, Art. 104a Rdnr. 205; *P. M. Huber*, *Recht der Europäischen Integration*, 2. Aufl., 2002, § 22 Rdnr. 7; die Korrektur BVerfGE 116, 271 ff. – EAGFL erfolgte erst nach Inkrafttreten der Föderalismusreform I.

²⁴ *H. H. Trute*, in: Starck (Hrsg.), *Föderalismusreform*, 2007, S. 78 ff.

des Art. 104a Abs. 4 GG n.F.²⁵ – um etwa die Hälfte reduzieren wird.²⁶ Sie erledigt in ihrem Anwendungsbereich zugleich auch die schwierigen, mit der sog. Einheitsthese verbundenen Abgrenzungsprobleme.

Art. 84 Abs. 1 Satz 3 und 4 GG n.F. erhält daneben allerdings die Möglichkeit aufrecht, bei einem besonderen Bedürfnis nach einer bundeseinheitlichen Regelung mit Zustimmung des Bundesrates auch abweichungsfeste Vorschriften über das Verwaltungsverfahren²⁷ zu erlassen – von *H. H. Trute* „Zustimmungsmodell“ genannt.²⁸ Er knüpft damit in gewisser Weise an den vor der Föderalismusreform I bestehenden Status quo an,²⁹ unterwirft ihn mit dem auf Ausnahmefälle beschränkten „besonderen Bedürfnis“ nach einer bundeseinheitlichen Regelung jedoch höheren Anforderungen als dies nach Art. 84 Abs. 1 GG a.F. der Fall war. Angesichts des Nebeneinanders von „Abweichungs“- und „Zustimmungsmodell“ dürfte das damit verbundene Blockadepotential jedoch gering sein.

Im Ergebnis dürfte die Neuregelung zu einer noch stärkeren Dominanz bundesrechtlicher Vorgaben für die Einrichtung der Landesbehörden und deren Verwaltungsverfahren führen. Die Erfahrungen mit dem VwVfG, dem Vergabe- oder dem Datenschutzrecht sowie die bisherige Staatspraxis rechtfertigen jedenfalls die Prognose, dass die Länder von ihrem Abweichungsrecht nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG nur in punktuellen, (partei-)politisch besonders kontroversen oder grundsätzlichen

²⁵ Dazu sogleich.

²⁶ Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform, 2006, WD 3 – 37/06, 123/06. Die ersten Erfahrungen bestätigen diese Prognose, dazu **BR.-Drucks. 176/08, S. 34**; *U. Häde*, Die Föderalismusreform I – eine Zwischenbilanz, in: Gröhe u. a. (Hrsg.), Föderalismusreform in Deutschland, 2009, S. 35/38.

²⁷ Die „Einrichtung der Behörden“, insbesondere Regelungen über die Zuständigkeit der obersten, höheren oder unteren Verwaltungsbehörde, können dagegen in Zukunft nicht mehr abweichungsfest ausgestaltet werden.

²⁸ *H. H. Trute*, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, S. 81.

²⁹ Deshalb gilt für das „Zustimmungsmodell“ auch die Einheitsthese fort, *K. Rauber*, Artikel 84 und das Ringen um die Verwaltungshoheit der Länder, in: *Holtschneider / Schön* (Hrsg.), Die Reform des Bundesstaates, 2007, S. 36/49.

Fragen Gebrauch machen, es im Übrigen jedoch bei der bundesrechtlichen Regelung bewenden lassen. Das „Zustimmungsmodell“ dürfte vor diesem Hintergrund keine allzu große Bedeutung erlangen.

b) Neuer Zustimmungstatbestand

Mit Blick auf das Ziel der Entflechtung nicht ganz konsequent nimmt sich die Neufassung von Art. 104a Abs. 4 GG aus, mit dem der verfassungsändernde Gesetzgeber einen weiteren, zusätzlichen Zustimmungstatbestand geschaffen hat.³⁰ Danach bedürfen Bundesgesetze, die Pflichten der Länder zur Erbringung von Geldleistungen, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen begründen, i. d. R. der Zustimmung des Bundesrates, wenn die damit verbundenen Ausgaben von den Ländern zu tragen sind, und zwar unabhängig davon, ob sie das Gesetz als eigene Angelegenheit ausführen oder im Auftrag des Bundes, weil dieser mehr als 50 v. H. der Kosten trägt (Art. 104a Abs. 3 Satz 2 GG).

Diese Regelung, fraglos ein Systembruch im Konzept der Föderalismusreform I, erscheint in etwas milderem Licht, wenn man erkennt, dass sie in gewisser Weise einen Ersatz dafür bietet, dass das Zustimmungsefordernis des Bundesrates nach Art. 84 Abs. 1 und Art. 85 Abs. 1 GG a.F. häufig dazu genutzt wurde, Auswirkungen der entsprechenden Bundesgesetze auf die Länderhaushalte zu verhindern oder abzumildern. So gesehen sichert der neue Zustimmungsvorbehalt in Art. 104a Abs. 4 GG die Haushaltautonomie und dient damit zugleich der Bewahrung ihrer Eigenstaatlichkeit, der Optimierung des Demokratieprinzips und der Absicherung der in Art. 109 Abs. 1 GG ent-

³⁰ Krit. *H. Meyer*, Föderalismusreform: Wie reformfähig ist unser System?, S. 25 f.; *H. H. Trute*, in: *Starck* (Hrsg.), Föderalismusreform, S. 76 .

haltenen Grundentscheidung.³¹

2. Entflechtung zugunsten der Kommunen

Für die Kommunen – Gemeinden und Landkreise - waren die Folgen des in Art. 104a Abs. 1 GG normierten Konnexitätsprinzips bislang besonders gravierend. Obwohl im Finanzverfassungsrecht infolge mehrfacher Änderungen des Art. 106 GG zunehmend als dritte Ebene anerkannt,³² sind sie ausweislich von Art. 106 Abs. 9 GG letztlich doch (nur) Einrichtungen mittelbarer Landesstaatsverwaltung. Institutionell werden sie durch die Länder vollständig mediatisiert. Konsequenterweise besitzen sie grundsätzlich auch keine unmittelbar gegen den Bund gerichteten Finanzierungsansprüche. Betraute sie dieser daher mit finanzwirksamen Aufgaben wie der Sozialhilfe oder der Grundversicherung, so konnte er im wesentlichen frei entscheiden, ob er die damit verbundenen Kosten tragen wollte oder nicht (Art. 104a Abs. 3 GG a.F.). Für einen (entsprechenden) finanziellen Ausgleich bei Kreisen und Städten musste er nicht Sorge tragen, und die Länder konnten ihre Hände in Unschuld waschen: Zwar kennen alle Landesverfassungen mittlerweile ein an die Gesetzeskausalität anknüpfendes „Konnexitätsprinzip“ für den kommunalen Finanzausgleich;³³ 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 in aller Regel nicht anwendbar.³⁴ Es liegt auf der Hand, dass die damit vorgegebene „Sandwich-Position“ für die Kommunen besonders misslich war.

³¹ Ähnlich der Tenor bei *W. Schön*, Kostenfolgen von Bundesgesetzen, in: *Holtschneider / ders.* (Hrsg.), S. 73 ff.

³² So BVerfGE 101, 158/230 – FAG IV.

³³ Siehe etwa Art. 83 Abs. 3 BV; Art. 93 Abs. 1 Satz 2 ThürVerf.

³⁴ *P. M. Huber / St. Storr*, Der kommunale Finanzausgleich als Verfassungsproblem, 1999, S. 61 ff., 66.

Das mit der Föderalismusreform I in Art. 84 Abs. 1 Satz 6 und Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG eingefügte „Durchgriffsverbot“, also das Verbot, durch Bundesgesetz Aufgaben auf Gemeinden und Gemeindeverbände zu übertragen, hat sie aus dieser Zwangslage befreit und es allein den Ländern vorbehalten, den Kommunen (materiell) staatliche Aufgaben zu übertragen. Dann aber greifen die landesverfassungsrechtlichen Garantien, namentlich das überwiegend strikte Konnexitätsgebot. Erste Bewährungsproben hat diese Regelung bereits bestanden.³⁵

3. Entflechtungsansätze in der Finanzverfassung

Im Bereich der Finanzverfassung ist der Föderalismusreform I freilich kein „großer Wurf“ gelungen. Immerhin wurde die Hochschulbauförderung in Art. 91a GG a.F. gestrichen und auf Forschungsbauten an Hochschulen begrenzt (Art. 91b Abs. 1 Nr. 3 GG n. F.). An die anderen Gemeinschaftsaufgaben hat sich der Gesetzgeber jedoch nicht herangetraut. Auch das im Gesetzentwurf noch enthaltene Verbot, im Bereich der Landeszuständigkeiten Finanzhilfen des Bundes zu gewähren,³⁶ wurde abgeschwächt: solche Finanzhilfen sind nunmehr überall dort zulässig, wo der Bund über Gesetzgebungsbefugnisse verfügt, also etwa im Bereich der Hochschulen (arg. e Art. 72 Abs. 1 Nr. 33 GG), nicht dagegen im Bereich des Schulrechts. Zumindest das - unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten problematische - Ganztagschulprogramm der rot-grünen Bundesregierung³⁷ wird sich auf dieser Grundlage nicht wiederholen lassen.

³⁵ Zur Weigerung des Bundespräsidenten, das Verbraucherinformationsgesetz auszufertigen *F. Schoch*, Verfassungswidrigkeit des bundesgesetzlichen Durchgriffs auf die Kommunen, DVBl. 2007, 261 ff.; Hoffnung verheißt auch BVerfGE 119, 331/359; *P. M. Huber*, Das Verbot der Mischverwaltung – de constitutione lata et ferenda, DÖV 2008, 844/849.

³⁶ BT.-Drucks. 16/813, S. 4 – Art. 104b Abs. 1 Satz E.

³⁷ „Investitionsprogramm Zukunft Bildung und Betreuung 2003 – 2007“, Finanzplan des Bundes 2003 – 2007, BT.-Drucks. 15/1501.

III. Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen

Weiterer zentraler Baustein der Föderalismusreform I ist eine partielle Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern. Sie verschafft den Landtagen vermehrte Rechtssetzungsbefugnisse und bremst damit die Sklerose des deutschen Föderalismus. Zudem gelingt es ihr, die Materien zwischen Bund und Ländern so zu verteilen, dass erstmals so etwas wie ein Leitgedanke erkennbar wird.

1. Abweichungs- statt Rahmengesetzgebung

Nach allgemeiner Auffassung hatte sich der in Art. 75 GG geregelte Typus der Rahmengesetzgebung nicht bewährt. In der Kompetenzordnung des Grundgesetzes war er schon insoweit ein Fremdkörper, als die mit ihm verbundene kooperative Rechtssetzung die Art. 70 GG zugrunde liegende Idee durchbrach, dass entweder der Bund oder die Länder für die Gesetzgebung zuständig sein sollen, nicht aber beide zugleich. Zudem war die Abgrenzung zwischen den – nicht unmittelbar geltenden – Rahmenregelungen und den Ausnahmefällen, in denen in Einzelheiten gehende oder unmittelbar geltende Regelungen des Bundes zulässig waren (Art. 75 Abs. 2 GG a. F.), schwierig und in der Praxis trotz jahrzehntelanger Bemühungen nicht gelungen. Der Rahmen war, einem Diktum *Johannes Rau's* zufolge Diktum zufolge, häufig so breit, dass man das Bild nicht mehr sah.³⁸ Daran hätte die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 75 und Art. 72

³⁸ *J. Rau*, Festrede zur 50-Jahr-Feier des Landes Baden-Württemberg, zit. bei *E. Teufel*, Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Kommissionsprotokoll 1, Sten.Bericht vom 7.11.2003, S. 8.

Abs. 2 GG zwar voraussichtlich einiges geändert;³⁹ beseitigt hätte sie die Abgrenzungsschwierigkeiten und die mit ihnen verbundene Rechtsunsicherheit jedoch nicht.⁴⁰ Vor allem aber genügte die Rahmengesetzgebung nicht, um eine unionsrechtskonforme Umsetzung von EU-Richtlinien bzw. die Operationalisierung⁴¹ entsprechender EU-Verordnungen sicherzustellen.

a) Abweichungsgesetzgebung

Angesichts dieses Ausgangsbefundes hat Art. 72 Abs. 3 GG n.F. die Rahmengesetzgebung abgeschafft und im wesentlichen durch einen neuen Typus von Gesetzgebung ersetzt, die Abweichungsgesetzgebung.⁴² „Politische Prozeduralisierung“⁴³ ersetzt damit einen starren, mit Auslegungsunsicherheiten behafteten, den sachlichen Anforderungen nicht mehr genügenden Gesetzgebungstyp. Dies verschafft dem Bund einerseits die Möglichkeit, 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.

b) Kritik

Die Abweichungsgesetzgebung stellt ebenfalls einen erheblichen Bruch im System von Art. 30, 31 und 70 ff. GG dar und ist deshalb

³⁹ BVerfGE 111, 226 ff. – Juniorprofessur; 112, 226 ff. – Studiengebühren.

⁴⁰ St. Oeter, Die Änderungen im Bereich der Gesetzgebungskompetenzen, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, S. 9/15, Rdnr. 27 f.

⁴¹ Zum Begriff P. M. Huber, Recht der Europäischen Integration, § 8 Rdnr. 95.

⁴² Ein fester Begriff hat sich bislang nicht herausgebildet. Z. T. ist auch von „konkurrierender Gesetzgebung mit Abweichungsrecht“ die Rede, von „Auffanggesetzgebung mit Zugriffsrecht“ oder „Zugriffsgesetzgebung“ (H. Risse, Föderalismusreform in der Sackgasse, S. 43/53 f.

⁴³ H. Schulze-Fielitz, Umweltschutz im Föderalismus – Europa, Bund und Länder, in: GfU (Hrsg.), Dokumentation zur 30. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Leipzig 2006, 2007, S. 35/51.

nicht zuletzt von *Hans Jürgen Papier* heftig kritisiert worden.⁴⁴ In der Tat beinhaltet sie – wie in der Debatte der letzten Jahre immer wieder betont worden ist – die Gefahr der Rechtszersplitterung sowie das Risiko, dass die Länder systematische Konzeptionen des Bundes konterkarieren. Sie kann zudem umfangreiche Auslegungs- und Vollzugsprobleme nach sich ziehen: Wann weicht ein Land vom Bundesrecht ab, wann wiederholt es dieses nur deklaratorisch und umgekehrt? Eine Notifizierungspflicht – wie in der Sachverständigenanhörung gefordert⁴⁵ – hat der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht vorgesehen. Stattdessen soll es eine informelle Dokumentation bei Juris richten.

Zusätzliche Abgrenzungsschwierigkeiten werden dadurch geschaffen, dass für die meisten Materien des Art. 72 Abs. 3 GG abweichungsfeste Kerne normiert worden sind (Jagdscheine, allgemeine Grundsätze des Naturschutzes, stoff- und anlagenbezogene Regelungen im Wasserrecht). Das könnte die alten Abgrenzungsprobleme der Rahmenkompetenz in neuem Gewande weiterleben lassen, wenn Bund und Länder denn von den ihnen eingeräumten Möglichkeiten zur Abweichung breiten Gebrauch machen.

Schließlich: galt bislang, dass Bundesrecht Landesrecht „bricht“ und dass 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 im Bereich der Abweichungsgesetzgebung in Zukunft gestattet, sich über bundesgesetzliche Regelungen hinwegzusetzen. Immerhin wird das Bundesrecht durch die Abweichung eines Landes nicht „gebrochen“, sondern

⁴⁴ *H. J. Papier*, NJW 2007, 2145/2147 unter Berufung auf *F. Kirchhof*, Gemeinsame öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform, Stenographischer Bericht, 12. Sitzung, Rechtsausschussprotokoll vom 15./16. 5. 2006, Prot. S. 10.

⁴⁵ Gemeinsame öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform, Stenographischer Bericht, 12. Sitzung, Rechtsausschussprotokoll vom 15./16. 5. 2006, Prot. S. 8.

nach dem lex posterior-Satz nur verdrängt. Gleiches gilt auch im Verhältnis zwischen abweichendem Landesrecht und Bundesrecht (Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG). Es gilt in diesen Fällen m. a. W. ein „Anwendungsvorrang“ des jeweils späteren Gesetzes.

c) Wertung

Bei näherem Hinsehen verlieren die Einwände gegen die Abweichungsgesetzgebung freilich an Gewicht. Erkennt man, dass es hier „eigentlich“ um Landeskompetenzen geht, und dass es sonst mit der Regel des Art. 70 GG sein Bewenden hätte, dann überwiegen die Vorteile dieses „Systembruchs“:

Zunächst sind die Gegenstände, die unter die Abweichungsgesetzgebung fallen, begrenzt: das Jagdwesen (Nr. 1), Detailfragen des Naturschutzes und der Landschaftspflege (Nr. 2), die praktisch gegenstandslose Bodenverteilung (Nr. 3), ein Teil des Wasserhaushaltsrechts (Nr. 5) sowie die Hochschulzulassung und die Hochschulabschlüsse (Nr. 6).

In diesen Bereichen eröffnet sie zusätzliche Flexibilität und die Chance zu einem föderalen Lernprozess – soweit die Länder organisatorisch, personell und finanziell dafür gerüstet sind. Sie kann im gesamtstaatlichen Interesse einen Prozess von „trial and error“ anstoßen, in dem sich das Abweichen eines Landes bundesweit als Erfolg durchsetzen oder als Fehlentwicklung herausstellen kann. Vor allem aber gestattet es die Abweichungsgesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland mit Blick auf die EU besser als die alte Rahmenkompetenz, unionsrechtliche Umsetzungs- und Implementationspflichten zu erfüllen und verringert so die Gefahr, dass Deutschland Vertragsverletzungsverfahren und Strafzahlungen ausgesetzt wird.

Die bisherige Staatspraxis zu den bundesrechtlichen Öffnungsklauseln, die Erfahrungen mit der temporären Geltung von Bundesrecht in den östlichen Ländern nach 1990, der 30-jährige Umgang mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz und dem Datenschutzrecht, die (freiwillige) Selbstkoordination der Länder im Bereich des Polizei-, Bau- und Kommunalrechts sowie das typische Interesse von Investoren an möglichst einheitlichen Regelungen rechtfertigen zudem die Prognose, dass ein Land nur in seltenen Ausnahmefällen von seinem Abweichungsrecht Gebrauch machen wird. Dabei wird die lex posterior-Regel, die auch zu Lasten abweichenden Landesrechts gilt, die Bereitschaft zum Abweichen zusätzlich dämpfen.

Schließlich erübrigen sich in den genannten Bereichen auch verfassungsgerichtliche Auseinandersetzungen über die Zulässigkeit der Abweichung, da diese voraussetzungslos möglich ist.

Die Abweichungsgesetzgebung ist unter dem Gesichtspunkt von Flexibilität und Innovationsfähigkeit der bundesstaatlichen Ordnung im Allgemeinen und ihrer Europatauglichkeit im Besonderen daher trotz der mit ihr verbundenen Probleme zu begrüßen. Sie erleichtert in den eng begrenzten Materien von Art. 72 Abs. 3 GG n.F. nicht nur die Implementation des Unionsrecht, sondern gibt dem Bundesgesetzgeber auch dort die Möglichkeit zur Kodifikation, wo sie bislang an der Aufsplitterung der Gesetzgebungszuständigkeiten gescheitert ist. Namentlich wäre es ihm möglich, das seit bald 20 Jahren stecken gebliebene⁴⁶ Vorhaben eines Umweltgesetzbuches zu verwirklichen. Möglicherweise lässt sich Art. 125b Abs. 1 Satz 3 GG n.F. mittelbar sogar ein entsprechender Verfassungsauftrag entnehmen. Diesen hat der Ge-

⁴⁶ Siehe nur *R. Breuer*, empfiehlt es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?, Gutachten B 59. DJT, 1992.

setzgeber der 16. Wahlperiode allerdings nicht eingelöst.⁴⁷

2. Rationalere Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen

Was die Zuordnung der einzelnen Gesetzgebungskompetenzen angeht, so vermittelt die Neuordnung erstmals seit 1949 Züge eines rationalen Konzeptes: danach ist der Bund für die Außenvertretung zuständig sowie für die ihrer Natur nach überregionalen Angelegenheiten. Beide übersteigen die Leistungsfähigkeit der Länder a priori. Diese erhalten dagegen weitgehende Autonomie bezüglich ihres Selbstorganisationsrechts, typischerweise regionaler Angelegenheiten sowie von Bildung und Kultur – „vom Kindergarten bis zur Habilitation“, wie es der Abgeordnete *Norbert Röttgen* in der Bundesstaatskommission formuliert hat.⁴⁸ Das kann man – mit Einschränkungen im Detail (z. B. Rundfunk) – als Ausdruck einer letztlich auf dem Subsidiaritätsprinzip aufbauenden Zuständigkeitsordnung begreifen.

a) Stärkung der Bundeskompetenzen

Als (geringfügige) Stärkung der Außenkompetenz des Bundes wird man jedenfalls bei wohlwollender Betrachtung die Begrenzung des Ländervertreeters nach Art. 23 Abs. 6 Satz 1 GG auf schulische Bildung, Kultur und Rundfunk einordnen können sowie die neue ausschließliche

⁴⁷ Dazu Entwurf UGB I - V vom 20.05.2008, <http://www.bmu.de/umweltgesetzbuch/aktuell/40437/php>; *W. Durner* (Hrsg.), Umweltgesetzbuch – Ziele und Wirkungen, Integrierte Genehmigung – Naturschutz – Wasserwirtschaft, 2009.

⁴⁸ Siehe aber *P. M. Huber*, „Vom Kindergarten zur Habilitation“? – Der Bund als Gewinner der Föderalismusreform im Bildungswesen, RdJB 55 (2007), 4; *F. Wollenschläger*, Die Föderalismusreform: Genese, Grundlinien und Auswirkungen auf die Bereiche Bildung und Wissenschaft, RdJB 55 (2007), 8 ff.

Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung ins Ausland (Art. 73 Abs. 1 Nr. 5a GG).

Aufgaben von überregionaler Bedeutung hat der Bund mit der Repräsentation des Gesamtstaates in der Hauptstadt (ausdrücklich) zugewiesen erhalten (Art. 22 Abs. 1 GG),⁴⁹ mit dem Melde- und Ausweiswesen (Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG), der 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 GG), mit dem Waffen- und Sprengstoffrecht (Art. 73 Abs. 1 Nr. 12 GG), der Versorgung der Kriegsbeschädigten, Kriegshinterbliebenen und der Fürsorge für die ehemaligen Kriegsgefangenen (Art. 73 Abs. 1 Nr. 13 GG) und nicht zuletzt mit dem Atomrecht (Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG).

b) Erweiterung der Landeskompetenzen

Zur Organisationshoheit der Länder i. w. S. kann dagegen das Dienst- und Besoldungsrecht gerechnet werden. Es war daher nur konsequent, das *Landesbeamtenrecht* hinsichtlich der Laufbahnen sowie der Besoldungs- und Versorgungsfragen in die Zuständigkeit der Länder zu überführen.⁵⁰ Dass die Regelung der Statusrechte und -pflichten hingegen in der konkurrierenden Gesetzgebung verblieben ist (Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG), ist kein wirklicher Widerspruch. Denn sie sind durch Art. 33 Abs. 5 GG ohnehin weitgehend determiniert.⁵¹

⁴⁹ P. M. Huber, in: Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl., 2009, Art. 22 Rdnr. 2 f.

⁵⁰ Emphatisch R. Stettner, in: Dreier (Hrsg.), Band II, Supplementum 2007, 2007, Art. 74 Rdnr. 133.

⁵¹ Freilich gehören dazu auch die Laufbahnen, deren Regelung an die Länder gefallen ist, R. Stettner, in: Dreier (Hrsg.), Supplementum 2007, Art. 74 Rdnr. 135 f.

Wegen ihres bloß regionalen Zuschnitts wurden auf die Länder ferner übertragen: das Heimrecht (arg. e Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG), das Ladenschluss-, Gaststätten- und Gewerberecht, soweit es Spielhallen, die Schaustellung von Personen, Märkte und Messen betrifft (arg. e Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG), die Flurbereinigung (arg. e Art. 74 Abs. 1 Nr. 17 GG) der verhaltensbezogene Lärm (arg. e Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG) und das Hochschulrecht jenseits der Hochschulzulassung und der Hochschulabschlüsse (arg. e Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG).

3. Rückführung der Erforderlichkeitsklausel

Das Altenpflegeurteil und die ihm nachfolgende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 72 Abs. 2 GG a.F.⁵² hatten die Hürden für ein Tätigwerden des Bundesgesetzgebers im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung empfindlich erhöht. Eine Gesetzgebung des Bundes sollte nur mehr zulässig sein, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt hätten oder sich eine derartige Entwicklung abzeichnete, falls eine Rechtszersplitterung drohte, die sowohl im Interesse des Bundes als auch der Länder nicht hätte hingenommen werden können, oder wenn die Untätigkeit des Bundes erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich gebracht hätte.⁵³

Zwar war eine gewisse Einschätzungsprärogative des Bundesgesetzgebers auch unter Zugrundelegung dieser Anforderungen nicht zu vermeiden.⁵⁴ Schon aus funktionellrechtlichen Gründen ist es kaum vor-

⁵² BVerfGE 106, 62 ff. – Altenpflege; 111, 226 – 5. HRG-ÄndG; 112, 226 ff. – 6. HRGÄndG; 110, 141 ff. – Kampfhunde; 111, 10 ff. – Ladenschluss.

⁵³ Grundlegend BVerfGE 106, 62/142 ff.

⁵⁴ P. M. Huber, Deutschland in der Föderalismusfalle?, 2003, S. 25; missverständlich insoweit BVerfGE 106, 62/148 ff.

stellbar, 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. Und in der Tat hat es trotz ungewöhnlich breiter Ausführungen zu der ihm eröffneten Kontrolldichte einen derartigen Prognosespielraum des Gesetzgebers sowohl hinsichtlich des Gesetzesziels als auch hinsichtlich seiner Auswirkungen letztlich nicht in Frage gestellt:

„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“.⁵⁵

Obwohl das Bundesverfassungsgericht den verfassungsändernden Gesetzgeber von 1994 mit der Verschärfung der Erforderlichkeitsklausel nur ernst genommen hat, war diese Rechtsprechung alles andere als willkommen. Sofort und zu Recht wurde gegen sie eingewandt, dass sie die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes in großem Umfang leer zu laufen lassen drohe und alle bundesgesetzlichen Regelungen mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit befrachte. Dass die Ablösung von überholtem Bundesrecht zudem an eine Freigabe durch den Bund

⁵⁵ BVerfGE 106, 62/150 ff.

geknüpft war – Art. 72 Abs. 3 GG a. F., Art. 125a GG a. F. – beschwor, wie namentlich an der Kampfhunde-Problematik deutlich wurde,⁵⁶ zudem die Gefahr einer „Versteinerung“ des Bundesrechts herauf. Denn der Bund dachte überhaupt nicht daran, den „*acquis fédéral*“⁵⁷ auch nur in einem Punkt zur Disposition zu stellen.

Vor diesem Hintergrund muss es geradezu ein Befreiungsschlag gelten, dass die Föderalismusreform I die konkurrierende Gesetzgebung von der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG weitgehend freigestellt und auf die in Art. 72 Abs. 2 GG n.F. genannten Gegenstände, d. h. auf 10 von 33 Materien begrenzt hat. Deutlicher kann man die Handlungsfähigkeit des Bundes kaum stärken.

4. Berlin – Klausel

Auch die in Art. 22 Abs. 1 GG neu aufgenommene Berlin-Klausel wird man auf der „Haben-Seite“ der Föderalismusreform I verbuchen können. Sie spiegelt ein gewandeltes, d. h. gereiftes Staatsverständnis wider, das staatliche Repräsentation und Selbstdarstellung nach Jahrzehnten der Abstinenz wieder als legitimes und notwendiges Instrument der Politik erkennt. Die Sichtbarkeit des Staates nicht nur, aber gerade in der Hauptstadt, durch Gebäude, Veranstaltungen oder Symbole dient – wie die seit nunmehr 10 Jahren zu verzeichnenden Besucherschlangen vor dem Reichstag zeigen – der Integration des Volkes in die und der Identifikation mit der Bundesrepublik Deutschland. Sie ist, wie die staatliche Repräsentation insgesamt, Verfassungsvoraussetzungspflege.⁵⁸

⁵⁶ BVerfGE 110, 141 ff. – Kampfhunde.

⁵⁷ In Anlehnung an den „gemeinsamen Besitzstand“ des Unionsrechts, Art. 2 Abs. 1 5. Sp. EU.

⁵⁸ P. M. Huber, in: Sachs (Hrsg.), GG Art. 22 Rdnr. 4; A. Uhle, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, 2004, S. 353 ff.

Die Repräsentation des Gesamtstaates in der Hauptstadt wird als Aufgabe des Bundes definiert (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 GG), verbunden mit entsprechenden Finanzierungskompetenzen (Art. 22 Abs. 1 Satz 3 GG). Das ist eine klare Verantwortungszuweisung und holt diese Staatsaufgabe aus dem Dunkel des (finanz-)verfassungsrechtlichen Instrumentenmix⁵⁹ heraus. Sie ist zudem geeignet, für Berlin die Folgen abzumildern, die sich aus dem erfolglosen Antrag ergeben haben, durch das Bundesverfassungsgericht eine „extreme Haushaltsnotlage“ feststellen zu lassen.⁶⁰

IV. Verbesserte Europatauglichkeit des Grundgesetzes

Die Föderalismusreform I erhöht schließlich auch die Europatauglichkeit des Grundgesetzes, wenn auch nicht im erforderlichen Ausmaß. Zwar lassen sich im Hinblick auf die (absteigende) Implementationsphase durchaus signifikante Verbesserung ausmachen; für die (aufsteigende) Rechtssetzungsphase hat sie jedoch lediglich marginale Verbesserungen gebracht, die weder das Legitimationsniveaus der deutschen Europapolitik steigern noch die Durchsetzung deutscher Interessen erleichtern werden.

1. Signifikante Verbesserungen bei der Implementationsphase

Zu den spürbaren Verbesserungen, die die Föderalismusreform I mit Blick auf die (absteigende) Implementationsphase erreicht hat, gehören neben der bereits angesprochenen Ersetzung der Rahmen- durch

⁵⁹ P. M. Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, III, 5. Aufl., 2005, Art. 107 Rdnr. 116.

⁶⁰ BVerfGE 116, 327 ff.

die Abweichungsgesetzgebung vor allem die Normierung von Haftungstatbeständen mit unionsrechtlichem Anknüpfungspunkt: Für Verstößen gegen das Unionsrecht in Art. 104a Abs. 6 GG und für die Lastentragung bei Sanktionen im Zusammenhang mit dem europäischen Stabilitätspakt in Art. 109 Abs. 5 GG. Beide Regelungen führen so etwas wie ein Verursacherprinzip ein, das sich auf der Ebene der Länder nur disziplinierend auswirken kann.

a) Haftung für Verstöße gegen das Unionsrecht

Die nunmehr in Art. 104a Abs. 6 GG normierte Haftungsregelung, deren es nach der zu spät gekommenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Oktober 2006⁶¹ eigentlich nicht mehr bedurft hätte – ordnet zunächst an, dass Bund und Länder die Lasten einer Verletzung von supranationalen und völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands nach Maßgabe der innerstaatlichen Zuständigkeits- und Aufgabenverteilung tragen. Bei länderübergreifenden Finanzkorrekturen verteilt Satz 2 die Haftungsquoten zwischen Bund und Ländern im Verhältnis von 15:85. Von letzteren tragen die Gesamtheit der Länder 35 v. H., die verursachenden Länder 50 v. H. (Satz 3). Auch wenn diese Regelungen einer Ausgestaltung durch Bundesgesetz bedürfen (Satz 4) und zwischen Satz 1 und 2 Abgrenzungsschwierigkeiten auftreten werden, dürfte mit dieser Neuregelung ein bereits unmittelbar anwendbarer Regresstatbestand geschaffen worden sein, der es Deutschland insgesamt erleichtern wird, seinen unionsrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen (Art. 10 EG).

b) Haftung für Verstöße gegen den Stabilitätspakt

⁶¹ BVerfGE 116, 271 ff.

Das gilt – mutatis mutandis – auch für die den Stabilitätspakt betreffende Haftungsregelung in Art. 109 Abs. 5 GG. Sie enthält eine Spezialregelung für Zahllasten, die sich aus dem Vollzug von Art. 104 EG einschließlich des sog. Stabilitätspaktes ergeben und sieht vor, dass Bund und Länder die Sanktionen im Verhältnis 65:35 zu tragen. Von dem auf die Länder entfallenden Anteil von 35 v.H. sollen 35 v.H. von allen Ländern solidarisch getragen werden, 65 v.H. jedoch nach Maßgabe ihres Verursachungsbeitrags (Satz 3). Es liegt auf der Hand, dass diese – ausgestaltungsbedürftige (Art. 109 Abs. 5 Satz 4 GG), in einem Kernbereich aber unmittelbar anwendbare – Vorschrift mehr Disziplinierungspotential enthält als das bis dahin in § 51a HGrG geregelte Instrumentarium.

2. Geringfügige Veränderungen in der Rechtssetzungsphase

a) Enttäuschende Gesamtbeurteilung

Die Föderalismusreform bringt weder die Einrichtung eines Bundes – Europaministeriums noch ändert sie etwas an der defizitären Rolle des Deutschen Bundestags in der (aufsteigenden) Rechtssetzungsphase. Nicht einmal die Ratifizierung des VVE bzw. des Vertrags von Lissabon konnte das Parlament aus seiner Lethargie befreien. Dabei versucht der Vertrag von Lissabon nun, die nationalen Parlamente stärker als bisher in die europäische Rechtssetzung einzubinden und dem Funktionswandel, den sie durch die Einordnung in den Staaten- und Verfassungsverbund der EU durchgemacht haben (Art. 12 EU-E; Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union; Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit), Rechnung zu tragen.

Das deutsche Europaverfassungsrecht setzt diese „Steilvorlage“ jedoch eher pflichtschuldig um (Art. 23 Abs. 1a GG, §§ 4, 6 EUZBBG); an die Wurzel des Problems – die Entparlamentarisierung – wagt es sich nicht. Daran werden die erhöhten Informationspflichten der Bundesregierung, wie sie in der Neufassung von § 4 EUZBBG und der Vereinbarung vom 28.9.2006 niedergelegt sind, wenig ändern. Im Bereich des Bundesrates wird es zu keiner Vereinfachung kommen, und auch die Hoffnung auf die von nahezu allen Sachverständigen empfohlene Streichung des Art. 23 Abs. 6 GG bleibt unerfüllt.

Die Durchsetzung nationaler – d. h. gesamtstaatlicher – Interessen ist den Ländern offenkundig kein Anliegen. Die Ministerpräsidentenkonferenz hat, jegliche Kritik zurückweisend, im Gegenteil sogar die Auffassung vertreten, Art. 23 GG habe sich bewährt.⁶² Dagegen hat die Bundesregierung durch den ehemaligen Staatssekretär im Bundesministerium der Justiz *Geiger* die von sämtlichen Sachverständigen in den Anhörungen der Föderalismuskommission I geäußerte Kritik untermauert und anhand zahlreicher Rechtssetzungsvorhaben dokumentiert, wie lähmend sich die innerstaatliche Mitwirkung des Bundesrates bislang ausgewirkt hat,⁶³ dass Verständigungen zwischen Bund und Ländern häufig erst kurz vor der abschließenden Sitzung des Rates der EU zustande kommen und dass eine wirkungsvolle Einflussnahme Deutschlands so vielfach nicht erfolgen kann. Dass „Enthaltung“ im Brüsseler Jargon „*german vote*“ heißt, sollte zu denken geben.

⁶² Deutscher Bundestag / Bundesrat Öffentlichkeitsarbeit (Hrsg.), Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Zur Sache 1/2005, S. 168.

⁶³ Deutscher Bundestag / Bundesrat Öffentlichkeitsarbeit (Hrsg.), Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Zur Sache 1/2005, S. 169 ff.

b) Marginale Verbesserungen beim Ländervertreter

Immerhin wurde Art. 23 Abs. 6 GG neu gefasst. Aus der Sollvorschrift ist eine gebundene Entscheidung geworden; im Gegenzug wurde ihr Anwendungsbereich deutlich begrenzt. In Zukunft wird der Ländervertreter nur noch in drei Bereichen tätig werden: bei Fragen der Schulen, des Rundfunks und der Kultur. In diesen Fällen *muss* ein Landesminister Deutschland in Abstimmung mit der Bundesregierung vertreten. Das schafft Klarheit, reduziert die Anwendungsfälle, in denen der Ländervertreter zum Einsatz kommt und verringert das mit dieser missglückten Institution verbundene Konfliktpotential.⁶⁴

V. Fazit

Mit der Föderalismusreform I ist eine durchaus substantielle Entflechtung der Entscheidungszuständigkeiten von Bund und Ländern erreicht worden, und damit zugleich eine Optimierung des demokratischen Prinzips (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG). Dieses zielt nämlich auf eine Zurechenbarkeit politischer Verantwortung aus der Perspektive des Bürgers, die es ohne Entflechtung der Zuständigkeiten nicht geben kann. Zwar mögen Formen der Politikverflechtung im Einzelfall die Problemlösungsfähigkeit erhöhen; dann kann dies Abstriche am demokratischen Legitimationsniveau, Einflussknicks, rechtfertigen. Mit Demokratie aber hat dies nichts zu tun.⁶⁵

So gibt es letztlich Gewinner auf beiden Seiten: den Bund, weil er an Kompetenzen und Handlungsfähigkeit gewonnen hat und die Länder, weil sie ihre Staatlichkeit wieder ein Stück mehr entfalten können. Das

⁶⁴ Andere Wertung bei *H. Meyer*, Föderalismusreform: Wie reformfähig ist unser System?, S. 38.

⁶⁵ Das verkennt *Th. Groß*, VVDStRL 66 (2007), 152/177 mit seiner Kritik am Verf.

gilt vor allem für die Landtage, mit denen das demokratische Prinzip auf Landesebene an Substanz gewinnt. Dass das nicht nur theoretische Überlegungen sind, konnte heute morgen beobachten, wer vor dem Maximilianeum, dem Sitz des bayerischen Landtags, die Demonstrationen gegen den Entwurf des neuen bayerischen Versammlungsgesetzes⁶⁶ gesehen hat. Auch die Auseinandersetzung um die Nichtraucherschutzgesetze hat die Landespolitik belebt,⁶⁷ und das das ist gut so.

Freilich gilt für den Bundesstaat wie für die katholische Kirche: *semper est reformanda*. Wenn auch bei weitem nicht alle eingangs skizzierten Probleme mit der Föderalismusreform I gelöst worden sind,⁶⁸ so stellt sie doch einen großen Schritt in die richtige Richtung dar.

⁶⁶ BayVersG vom 22.07.2008, GVBl. S. 421.

⁶⁷ Siehe etwa BVerfGE 121, 317 ff. mit Sondervoten von Bryde (S. 378 ff.) und Masing (S.381 ff.)

⁶⁸ *Kritisch H. Meyer, Föderalismusreform: Wie reformfähig ist unser System?, S. 19 ff., 40 ff.: H. J. Papier, Reformstau durch Föderalismus?, S. 123/132 f.*