

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

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

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

Berlin, den 29. August 2004

<p>Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung Kommissionsdrucksache 0071 -neu- f</p>

Versuch einer Antwort auf die Fragen des Abgeordneten Kröning

(Kommissionsdrucksache 0071 – neu -)

Da ich verhindert war, früher auf die Fragen einzugehen, habe ich die willkommene Gelegenheit, die schon eingegangenen Antworten der Kollegen Scharpf, Homburg, Benz und Huber (Kommissionsdrucksachen 0071 - neu - a, b, c, und d) berücksichtigen zu können.

Bei der Beantwortung erlaube ich mir, den umgekehrten Weg zu gehen. Frage 5 lässt sich isoliert von den anderen Fragen beantworten. Die Beantwortung der Fragen 1 und 2 hängt von der Einstellung zu Art. 72 Abs. 2 GG ab, dessen Existenzberechtigung die Frage 4 „fragwürdig“ macht. Das wiederum präjudiziert die Antwort auf die Frage 3.

Zu Frage 5.

Wechselt eine Gesetzgebungsmaterie vom Bund zu den Ländern, dann sollte das als die Entscheidung des Verfassungsänderungsgesetzgebers akzeptiert werden, dass nunmehr eine Bundeszuständigkeit nicht mehr notwendig ist. Art. 125a Abs. 1 GG hat bei der Verfassungsnovelle 1994 daraus den Schluss gezogen, bestehendes Bundesrecht auf dem Gebiet gleichwohl als Bundesrecht weiter gelten zu lassen, das freilich von den Ländern durch Landesgesetz ersetzt werden kann.

Ein solches den Zuständigkeitswechsel überlappendes Bundesrecht ist nicht notwendig. Sein positiver Effekt, dass sich nicht jedes Land unmittelbar oder nach einer gesetzten Frist der Materie durch Gesetzgebung annehmen muss, lässt sich eben so gut durch die verfassungsrechtlich angeordnete Verwandlung des bestehenden Bundesrechts dieser Materie in Landesrecht erreichen. Zu Recht verweist die Kommissionsdrucksache 0071 - neu - auf die parallele Lösung, die 1949 in Art. 123 ff. GG für weitergeltendes Reichsrecht getroffen worden ist, nachdem der nationalsozialistische Einheitsstaat durch ein föderales System ersetzt worden war. Schwierigkeiten hat diese Lösung nicht gemacht.

Die Lösung hat fünf Vorteile.

1. Mit dem Inkrafttreten der Verfassungsänderung entspricht die einfachgesetzliche Lage automatisch der neuen Verfassungslage.
2. Anders als bei Art. 125a Abs. 1 GG kann kein partielles Bundesrecht entstehen.
3. Es entsteht für kein Land ein Zwang, gesetzgeberisch tätig zu werden. Das wäre bei einer Aufhebung oder einer nur befristeten Weitergeltung des Bundesgesetzes anders.
4. Die Verantwortung für das Recht der in die Landeskompetenz gelangten Materie liegt ausschließlich bei dem einzelnen Land.
5. Die schwierige Frage, ob der Bund in der Lage wäre, das weiterhin bestehende Bundesrecht, jedenfalls soweit es räumlich noch gilt, zu reformieren, stellt sich nicht. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat das für den parallelen Fall des Art. 125 Abs. 2 Satz 1 GG bei aller Unsicherheit im Einzelnen („modifizieren“ ja, „grundlegende Neukonzeption“ nein) im Ladenschlussurteil angenommen (Urteil vom 9. 6. 2004, NJW 2004, 2363, 2364/5). Der Zweite Senat hat dem im Urteil zur 5. Novelle des Hochschulrahmengesetzes grundsätzlich zugestimmt (Urteil vom 27. Juli 2004, Umdruck S. 62, B II 5). Die mit dieser Rechtsprechung eröffnete Unsicherheit über die weiter bestehende Reichweite der Bundesgesetzkompetenz im Hinblick auf ein bestehendes Bundesgesetz lässt sich nur durch die Verwandlung bestehenden Bundesrechts in Landesrecht vermeiden.

Die vom Kollegen Homburg vorgeschlagene Lösung der mit der Frage 5 aufgeworfenen Probleme, nämlich ein neuer Art. 72 Abs. 3 GG mit dem Inhalt „*Unterfällt ein Gegenstand nicht mehr der konkurrierenden Gesetzgebung, gilt das bereits erlassene Bundesgesetz als Landesrecht fort*“, erfasst, weil er den geltenden Art. 72 Abs. 3 GG ersetzen will, nicht nur den Fall, den Frage 5 offensichtlich im Auge hat, nämlich den durch Verfassungsänderung

ausdrückliche verfügten Wechsel der Zuständigkeit vom Bund auf die Ländern, sondern auch den viel komplizierteren Fall des nachträglichen Wegfalls der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG bei einem kompetenzgemäß erlassenen Bundesgesetz. Für diesen Fall ist der Lösungsvorschlag inakzeptabel, wie bei der Behandlung des einschlägigen Art. 72 Abs. 3 GG dargelegt wird (siehe Antwort auf die Frage 4).

Zu Frage 4.

Wenn Art. 72 Abs. 2 GG entfällt, verliert Art. 72 Abs. 3 GG seinen Sinn, falls man davon ausgeht, dass er einen hat. Bleibt Art. 72 Abs. 2 GG, modifiziert oder nicht, erhalten, stellt sich gleichwohl die Frage, ob man an Art. 72 Abs. 3 GG festhalten soll. Insofern enthält Frage 4 zwei Fragen, die nach dem eigenständigen Sinn von Art. 72 Abs. 3 GG, und die nach dem Sinn von Art. 72 Abs. 2 GG und mit ihr verbunden die nach der Schicksalsgemeinschaft von Abs. 2 und Abs. 3. Der ersten Frage wende ich mich zunächst zu.

(1) Art. 73 Abs. 3 GG meint im Gegensatz zu Art. 125 Abs. 2 GG den Fall, dass ein Bundesgesetz unter der Geltung des 1994 verschärften Art. 72 Abs. 2 GG und in Übereinstimmung mit dessen Anforderungen, also kompetenzgemäß, erlassen worden ist, nun aber sich die Sachlage so ändert, dass die beim Erlass zu Recht angenommene Bedingung, das Gesetz sei zur „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“ oder zur „Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit“ „im gesamtstaatlichen Interesse“ erforderlich, nicht mehr gegeben ist. Es ist nicht leicht, sich einen solchen Fall vorzustellen, theoretisch denkbar ist er aber.

Art. 72 Abs. 3 GG verfügt nun, dass das Bundesgesetz in einem solchen Fall als ein solches weitergilt, dass aber die Länder bundesgesetzlich ermächtigt werden können, das Bundesgesetz durch Landesrecht zu „ersetzen“. Es dürfte auf der Hand liegen, dass keine Bundesregierung, gleich welcher Ausrichtung, geschweige denn die entsprechende Bundestagsmehrheit die Verflüchtigung der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG durch Änderungen des gesetzlichen Umfeldes konstatieren wird. Seit den fast zehn Jahren der Wirksamkeit des Art. 72 Abs. 3 GG ist es denn auch noch nicht geschehen. Es liegt die Annahme nahe, dass nicht einmal eine entsprechende systematische Überprüfung der nach 1994 auf Grund der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis erlassenen Bundesgesetze existiert. Das ist auch verständlich, da die Frage, ob die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG (noch) vorliegen, sich auch

unter Berücksichtigung der - noch spärlichen - Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zuverlässig beantworten lässt.

Bei einer anstehenden „grundlegenden Neukonzeption“ wird der Bund also seine Gesetzgebungsbefugnis reklamieren, und im Streitfall wird das Bundesverfassungsgericht das letzte Wort haben. Dem kann der Bund auch nicht entgehen, wenn er die mögliche Ersetzung seines Bundesgesetzes durch Landesrecht gestützt auf Art. 72 Abs. 3 GG ausdrücklich erlaubt, aber umstritten bleibt, ob die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG zwischenzeitlich wirklich weggefallen sind. Ist das nicht der Fall, dann ist sowohl das Öffnungsgesetz des Bundes als auch das danach erlassenen Landesrecht kompetenzwidrig gesetzt.

Art. 72 Abs. 3 GG ist zwar fein gesponnen, weil er die Parallelität zu Art. 125a Abs. 2 GG im Auge hat, sein Realitätsgehalt tendiert aber gegen Null. Das ist für eine Verfassungsnorm in meinen Augen zu wenig. Einen für eine Verfassungsnorm hinreichenden eigenständigen Sinn hat Art. 72 Abs. 3 GG daher nicht.

Der Vorschlag des Kollegen Homburg, den Art. 72 Abs. 3 GG durch die Formulierung zu ersetzen: *„Unterfällt ein Gegenstand nicht mehr der konkurrierenden Gesetzgebung, gilt das erlassene Bundesgesetz als Landesrecht fort“*, ist inakzeptabel, weil der Wechsel von Bundes- in Landesrecht um der Rechtssicherheit willen aus rechtsstaatlichen Gründen an einem eindeutigen Akt oder einen Termin festgemacht werden muss. Ein solcher fehlt bei einer Verflüchtigung der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG im Laufe der Zeit.

(2) Die zweite und wichtigere in Frage 4 steckende Unterfrage ist die nach dem Schicksal des Art. 72 Abs. 2 GG „bei einer konsequenten Entflechtung der Materien des Art. 74 und Art. 74a GG“ und man müsste hinzufügen, des Art. 75 GG, da er im einleitenden Satz auf Art. 72 Abs. 2 GG zurückgreift.

Zu klären ist zunächst, was sinnvoller Weise unter „konsequenter Entflechtung“ in diesem Sinne verstanden werden kann. Eine Verflechtung hinsichtlich einzelner Gesetzgebungsmaterien gibt es im strengen Sinne nur bei der Rahmengesetzgebung (und bei der Grundsatzgesetzgebung = Art. 109 Abs. 3 GG). Bei der Rahmengesetzgebung sind Bund wie Länder hinsichtlich *eines* Regelungsgegenstandes gemeinsam zuständig und schließen sich nicht ge-

genseitig aus. Der Bund gibt rahmenrechtliche Vorgaben im Sinne des Art. 75 GG „für die Gesetzgebung der Länder“. Dagegen sind hinsichtlich der Materien der konkurrierenden Gesetzgebung beide nur potentiell zuständig, der Bund nur dann und nur insoweit, als die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG vorliegen, die Ländern nur dann und nur insoweit, als der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch gemacht hat. Der Begriff der Verflechtung eignet sich für diesen Tatbestand weniger gut.

Mit der in Frage 4 angesprochenen „konsequenten Entflechtung der Materien des Art. 74 und Art. 74a GG“ könnte dagegen auch etwas anderes gemeint sein oder zumindest verbunden werden, nämlich der Gedanke, die genannten Materien (und die des Art. 75 GG) vollständig entweder der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder oder aber der selben Kompetenz des Bundes zuzuweisen, also den Typus der konkurrierenden Gesetzgebung aufzugeben. Dann freilich erübrigte sich Art. 72 Abs. 2 (und Abs. 3) GG automatisch.

Es wäre jedoch ein - freilich häufig anzutreffender - Irrtum, wenn man annähme, mit der Akzeptanz einer konkurrierenden Gesetzgebung wäre automatisch die Existenz von Art. 72 Abs. 2 GG oder einer entsprechenden Bedingung für die Ausübung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes verbunden. So spricht Scharpf (aa0, S. 2) von den „im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz grundsätzlich regelungsbedürftigen Abgrenzungsprobleme(n)“, ähnlich äußert sich Benz (aa0, S. 4 zu Frage 4). Das ist nicht denknotwendig so, wie schon die Weimarer Verfassung zeigt. Art. 7 WR kennt einen längeren Katalog von Gesetzgebungszuständigkeiten des Reiches, die aber nicht als ausschließliche bezeichnet werden. Und Art. 12 Abs.1 WR verfügt: „Solange und soweit das Reich von seinem Gesetzgebungsrechte keinen Gebrauch macht, behalten die Länder das Recht der Gesetzgebung.“ Und schließt den klarstellenden Satz an: „Das gilt nicht für die ausschließliche Gesetzgebung des Reiches.“ Deren Katalog ist in Art. 6 WR zu finden. Schon damals wurde die nicht ausschließliche Gesetzgebung des Reiches konkurrierende Gesetzgebung genannt. Sie bedeutet also lediglich, dass die Länder die entsprechenden Materien gesetzlich regeln können, wenn und soweit der Bund oder das Reich die Materie nicht selbst geregelt hat. Bedingungen für die Ausübung der konkurrierenden Gesetzgebung durch das Reich gab es grundsätzlich nicht.

Konkurrierende Gesetzgebung ermöglicht Flexibilität. Die Bedeutung einer Materie kann aus Bundessicht sich so verändern, dass sie entweder einer bundeseinheitlichen Regelung nicht

oder nicht mehr bedarf oder jedenfalls eine Vollregelung nicht notwendig ist. Dies spricht dafür, die konkurrierende Gesetzgebung als Typ zu erhalten. Das hat nicht notwendig zur Folge, dass alle bisherigen Materien diesem Typ weiterhin zugeordnet werden müssen. Bei einigen lässt sich durchaus fragen, ob ernsthaft ein Landesinteresse an der Materie je entstehen kann. Man nehme zum Beispiel die Gesetzgebung über die Kriegsgräber und Gräber anderer Opfer des Krieges und der Gewaltherrschaft (Art. 74 Nr. 10a GG).

„Konsequente Entflechtung“ im Sinne der Frage 4 kann aber auch und wird vermutlich meinen, dass man den Katalog der Art. 74 und Art. 74a - sowie des Art. 75 - GG darauf hin überprüft, was nach dem derzeitigen Kenntnisstand nicht notwendig beim Bund verbleiben muss. Das gilt insbesondere für die global umschriebenen Materien wie „das Recht der Wirtschaft“ oder „die öffentliche Fürsorge“, bei denen Differenzierungen eine Verlagerung von Gesetzgebungskompetenzen auf die Länder ermöglichte. Das vom Kollegen Homburg (aaO, S. 2) wieder erwähnte Ladenschlussrecht ließe sich also, wenn der politische Wille da ist, zwanglos den Ländern zuweisen.

Unter einem der Aspekte, unter denen die Kommission angetreten ist, nämlich der Vitalisierung der Landtage, müsste dabei die Zielsetzung sein, im Zweifel eine Übertragung auf die Länder vorzusehen.

Das aber müsste unmittelbar Konsequenzen für Art. 72 Abs. 2 GG haben. Je reichhaltiger die dann ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder wird, um so weniger gibt es noch eine Rechtfertigung, die Ausübung der verbleibenden (konkurrierenden) Bundeskompetenz an Bedingungen zu knüpfen.

Die Aufhebung des Art. 72 Abs. 2 GG und damit notwendig auch die des Art. 72 Abs. 3 GG legen aber auch systemimmanente und verfassungspolitische Gründe zwingend nahe:

1. Bis zur Verfassungsreform 1994 war Art. 72 Abs. 2 GG unproblematisch. Ob die Voraussetzungen vorlagen, war der Einschätzung des Bundesgesetzgebers anheim gestellt, das Bundesverfassungsgericht zog sich auf eine Willkürprüfung zurück. Zu Recht ist fünf- und vierzig Jahre niemand auf die Idee gekommen, die sachlichen Voraussetzungen könnten sich im Laufe der Zeit so geändert haben, dass die Gesetzgebungskompetenz des Bundes sich verflüchtigt habe. Eine so unglückliche Norm wie der jetzige Art. 72 Abs. 3

GG schien nicht nur, sondern war überflüssig: eine einmal gegebene Gesetzgebungskompetenz konnte weiterhin im Wege der Änderungsgesetzgebung ausgeübt werden. Die heikle Prüfung, ob es sich um „Modifizierungen“ oder „grundlegende Neukonzeptionen“ oder gar um bisher noch nicht erkannte Zwischenformen handele, brauchte nicht angestellt zu werden. Die nun mit Art. 72 Abs. 3 GG gekennzeichneten und oben skizzierten Schwierigkeiten konnten nicht auftreten.

2. Mit der Erhebung der in Art. 72 Abs. 2 GG aufgestellten Voraussetzungen zu Kriterien für die Ausnutzung der Gesetzgebungskompetenz durch den Bund, die durch das Bundesverfassungsgericht voll nachprüfbar wurden (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG), wurde ein Problem erst geschaffen, das vorher nicht existiert hatte. Reichte früher die Annahme, der Bundesgesetzgeber habe ohne Willkür ein Bedürfnis zur gesetzlichen Regelung anerkannt, dafür aus, das gesetzgeberische Programm in allen seinen Verästelungen kompetenzmäßig abzusichern, so muss heute unter dem Stichwort „soweit“ für jede einzelne Norm des gesetzgeberischen Programms das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG nachgewiesen werden. Das hat aber gerade für den gesetzwurdenen Bürger die Folge, dass er nicht weiß, ob er mit *einem* geschlossenen Gesetzeswerk konfrontiert ist, oder ob nicht zusätzlich eine Abrundungsgesetzgebung des jeweiligen Landes existiert. Für die Rechtskultur der Bundesrepublik ist dies ein fatale Situation, ohne dass dem wenigstens eine relevante gesetzgeberische Kompetenz der Länder entspräche.
3. Die Politik beklagt zu Recht den übermäßigen Einfluss des Bundesverfassungsgerichts auf das politische Geschehen. Während das Bundesverfassungsgericht unter der Geltung des Art. 72 Abs. 2 GG in der Fassung vor 1994 plausibel ein judicial selfrestraint geübt, sich also mit seinen eigenen Einschätzungen zurückgenommen hat, wurde es durch die Einfügung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG im Jahre 1994 aufgefordert, diese Zurückhaltung aufzugeben. Korrekter Weise ist es diesem politischen Willen nachgekommen. Eine grundsätzlich sehr restriktive Auslegung der neuen Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG verbunden mit einer doch sehr freien Subsumtion zeigen, dass das Gericht durch die Verfassungsreform 1994 einen Spielraum erhalten, teilweise sich auch nur zugelegt hat, der weit über das hinausgeht, was vor 1994 schon die berechtigte Kritik der Politik gefunden hat.
4. Die in Art. 72 Abs. 2 GG neu definierten Voraussetzungen für die Ausübung der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis des Bundes decken, auch wenn man die restriktive Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht wegdächte, das legitime Gesetzgebungsbedürfnis des Bundes im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nicht ab. Das ergibt

sich schon daraus, dass eine Reihe der in Art. 74 GG dem Bund grundsätzlich eröffneten Gesetzgebungskompetenzen unter diesen Kriterien von ihm unter keinem Gesichtspunkt in Anspruch genommen werden kann. Das aber ist ein Widerspruch der Verfassung, der 1994 offenbar übersehen worden ist. So hat die Materie „die Kriegsgräber und Gräber anderer Opfer des Krieges und der Gewaltherrschaft“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 10a GG), auch wenn man die restriktive Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht weglasse, weder etwas mit der „Rechts- oder Wirtschaftseinheit“ noch mit der „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“ zu tun. Aber auch „die Förderung der wissenschaftlichen Forschung“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 GG) oder „die Lärmbekämpfung“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG) sind unter keine der Voraussetzungen zu subsumieren. Selbst bei der in derselben Bestimmung aufgeführten „Abfallbeseitigung“ kann man mehr als Zweifel haben. Dass sich die Kriterien des Art. 72 Abs. 2 GG „als durchaus geeignet erwiesen haben“, wie der Kollege Benz annimmt (aaO, S.5), dürfte mit dieser Feststellung schwerlich vereinbar sein.

5. Die außerordentlich restriktive Auslegung der beiden Voraussetzungen „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“ und „Rechtseinheit“ durch das Bundesverfassungsgericht im Altenpflegeurteil lassen es mehr als zweifelhaft erscheinen, ob der Bund z. B. im Bürgerlichen Gesetzbuch noch das Mietrecht ändern könnte, und zwar gleich, in welche Richtung. Dass eine der großen Gesetzeskodifikationen Deutschlands, die in viele Länder ausgestrahlt hat, über die Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG wieder in föderale Vielfalt aufgespalten werden könnte, dürfte weder dem Verfassungsänderungsgesetzgeber von 1994 als eine Option bewusst gewesen, geschweige denn von ihm gewollt gewesen sein noch auch im Interesse der Länder liegen.
6. Schließlich würde mit der Aufhebung des Art. 72 Abs. 2 GG ein Sondertyp eines Verflechtungstatbestandes beseitigt. Er ist ein Sondertyp in zweifacher Hinsicht. Einmal, weil er die Gesetzgebungshoheit über eine Materie zwischen Bund und Länder zwar theoretisch, nicht aber zuverlässig und vorhersehbar praktisch teilt. Es bleibt ein großer Bereich, in dem es - auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - unsicher bleibt, ob der Bund zuständig ist oder ob er die Länder nicht von der Gesetzgebung ausschließen kann. Selbst wenn sich die Länder mit der Inanspruchnahme der Kompetenz durch den Bund arrangieren und nicht vor dem Bundesverfassungsgericht klagen, kann jedermann in einem Verfassungsbeschwerdeverfahren die Kompetenzwidrigkeit des gesetzten Rechts geltend machen, wie die Kampfundeentscheidung vom 16. März 2004 deutlich macht (NVwZ 2004, 597). Zum zweiten handelt es sich um einen Sondertyp der Verflechtung, weil er in einem besonders starken Maße dem

Bundesverfassungsgericht erlaubt, sein politisches Vorverständnis gegenüber den potentiellen Gesetzgebern Bund und Länder geltend zu machen.

Mit dem Wegfall von Art. 72 Abs. 2 GG erübrigt sich Art. 72 Abs. 3 GG.

Der Kollege Scharpf will ebenfalls den derzeitigen Art. 72 Abs. 2 GG ablösen (aa0, S. 3), er will ihn aber durch die Formulierung ersetzen: *„Hat der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht, so können Landesgesetze von den bundesrechtlichen Regelungen abweichen, sofern nicht ein Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, die Abweichung ausschließt.“*

Seine Annahme, dies sei eine Bundes- wie Landesinteresse gleichermaßen gerecht werdende Konfliktregelung, vermag ich freilich nicht zu teilen. Bei einer andersfarbigen Bundesratsmehrheit ist es nahezu ausgeschlossen, dass der Bundesrat seine Zustimmung zu Lasten eines Landes gibt. Aber auch sonst dürfte die Loyalität der Länder untereinander eine solche Zustimmung grundsätzlich ausschließen. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Ausschluss von Abweichungen schon im ursprünglichen Gesetzgebungsverfahren oder getrennt davon bei dem Wunsch eines Landes zur Abweichung zu fassen wäre. Im ersten Falle sehe ich erst recht keinen vernünftigen Grund für den Bundesrat, einem prophylaktischen Verbot der Abweichung zuzustimmen.

Benz scheint, wenn ich ihn richtig verstanden habe, ebenfalls für eine Aufhebung des Art. 72 Abs. 2 GG, und zwar zu Gunsten eines Zugriffsrechts der Länder, zu sein (aa0, S. 4 zu Frage 3). Wenn er dieses Recht aber an das Kriterium bindet, dass das Landesgesetz insoweit besser als das Bundesgesetz sein muss, von dem es abweicht, und die Entscheidung über die Qualität dem Bundesgesetzgeber zuweist, dann kann ich mir einen relevanten Anwendungsbereich nicht vorstellen.

Wichtiger ist die Vorstellung, es komme dann zu einem vom Benz begrüßten „vertikalen“ Wettbewerb, und zwar zwischen dem Bund und dem jeweiligen Land. Wenn man einmal das Misstrauen unterdrückt, wie ein Wettbewerb, der seinen Namen verdient, ohne Markt funktionieren soll, so bestehen doch ernsthafte Zweifel, ob es der Sinn eines föderalen Systems ist, dass die Länder dem Bund Konkurrenz machen. Ich glaube nicht, dass man in einem anderen föderal organisierten Land auf eine solche Idee käme.

Zu Frage 3.

Eine Erweiterung der Kriterien des Art. 72 Abs. 2 GG für die Ausübung der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis durch den Bund würde die meisten der oben unter 1 bis 6 für die Abschaffung des Art. 72 Abs. 2 GG genannten Gründe nicht berühren. Es sei denn, man würde ein Kriterium formulieren, das zum einen so allgemein ist, dass der Bund es regelmäßig in Anspruch nehmen könnte, und das zum anderen dem Bundesverfassungsgericht es schwer machte, durch restriktive Auslegung den Verfassungssinn seinen Vorstellungen anzupassen. Ein solches Kriterium wäre aber zugleich überflüssig, weil es dann sinnvoller wäre, den Art. 72 Abs. 2 GG aufzuheben.

Das erwogene Kriterium der „Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands“ würde sicher in dem einen oder anderen Fall ein Argument für die zulässige Ausübung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergeben, eine durchgehende Verbesserung der oben beschriebenen Situation würde sich dadurch aber nicht ergeben. Unsicherheiten in der Auslegung und damit ein Entscheidungszuwachs beim Bundesverfassungsgericht sind auch ohne unterstellten „bösen Willen“ programmiert. Ich teile auch die Bedenken von Scharpf (aa0 S. 1), Homburg (aa0 S. 2) und Benz (aa0 S. 4). Vor allem darf nicht vergessen werden, dass Art. 72 Abs. 2 GG und das Bundesverfassungsgericht auch dann verlangen würden, dass aus diesem Grunde die bundesgesetzliche Regelung, und zwar in all ihren Facetten „erforderlich“ ist. Der Streit über die Auslegung des Kriteriums bleibt in jedem Fall ein hoher Unsicherheitsfaktor. Anders als Huber (aa0, sub 3) halte ich es aber für ausgeschlossen, dass das Bundesverfassungsgericht die vorgeschlagene Formulierung zum Anlass nähme, auf die alte Bedürfnisrechtsprechung zurückzukehren. Warum sollte es das?

Das weitere Kriterium brächte also keine Lösung der seit 1994 mit Art. 72 Abs. 2 GG verbundenen und durch die restriktive Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in diesem Jahr erstmals deutlich zu Tage getretenen Probleme.

Es ist im übrigen verwunderlich, dass Art. 72 Abs. 2 GG nicht das naheliegende Kriterium des nationalen Interesses kennt. Wenn etwas das Bundesparlament, also die Nationalrepräsentation zum Tätigwerden legitimiert, dann sind es die nationalen Interessen.

Eine Rückkehr zur Bedürfnisklausel des Art. 72 Abs. 2 GG in der ursprünglichen Fassung wäre als Alternative nicht empfehlenswert, weil man, abgesehen von der protokollarischen Peinlichkeit Gefahr liefe, dass das Bundesverfassungsgericht keineswegs wieder zur alten Rechtsprechung zurückkehrte. Die alte Fassung war zwar plausibel, hatte den judicial selfrestraint aber nicht zwingend zur Folge.

Zu Frage 2.

Wenn man den obigen Vorschlägen folgt und als Ausgleich für die Verlagerung relevanter Gesetzgebungsmaterien auf die Länder auf Art. 72 Abs. 2 GG verzichtet, bei der konkurrierenden Gesetzgebung also zum Standard der Weimarer Reichsverfassung zurückkehrt, dann entschärft sich die Frage, ob derzeitige Materien der konkurrierenden in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz übergehen sollen. Aus Bundessicht ist eine Verlagerung nicht nötig, da er ohne weitere Voraussetzungen über die Materien in vollem Umfange Gesetze machen kann. Aus Ländersicht wäre eine Verlagerung eine Verschlechterung der Position, da die Länder nach Art. 71 GG nur mit ausdrücklicher bundesgesetzlicher Ermächtigung auf dem Gebiete der ausschließlichen Gesetzgebungsbefugnisse des Bundes gesetzgeberisch tätig werden dürfen, während sie bei einer konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis aus eigenem Recht in dem Umfange tätig werden können, in dem der Bund die Materie unregelt gelassen hat. Die oben schon erwähnte höhere Flexibilität, die mit der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis verbunden ist, spricht dafür, bei Verzicht auf Art. 72 Abs. 2 GG Verlagerungen zur ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes grundsätzlich nicht vorzunehmen.

Eine Ausnahme wird man bei den Materien machen können und auch sollen, die schon der Natur der Sache nach Bundesmaterien sind. Die „Raumordnung des Bundes“ oder die Staatshaftung des Bundes“, beides von Huber (aa0 S. 1 u. 2) genannte Beispiele, lassen sich zum Beispiel sinnvoller Weise nicht durch Landesgesetze regeln.

Bleibt man dagegen bei einem wie immer modifizierten Art. 72 Abs. 2 GG dann ist die „Flucht“ in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes die einzige Rettung aus dem 1994 ausgelösten Dilemma. Wenn ich es richtig sehe, will Huber (aa0) diesen Weg gehen, indem er Art. 74 GG zugunsten der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes ganz erheblich ausdünn. Das ist ein indirekter Weg, um die Bedeutung des Art. 72 Abs. 2 GG

wesentlich zu minimieren. Man müsste ihn gehen, wenn man nicht die klarere Lösung der Abschaffung des Art. 72 Abs. 2 GG zu gehen vermag.

In jedem Fall müssen Bund wie Länder sich die Frage stellen, ob es sinnvoll ist, traditionell einheitliche Gesetzeskodifikationen den Fährnissen der restriktiven Auslegung der Kriterien des Art. 72 Abs. 2 GG durch das Bundesverfassungsgericht auszusetzen mit der Folge, dass diese Kodifikationen sich mit der Zeit in bundeseinheitliche Kernbestandteile und möglicherweise sechzehn unterschiedlich geregelte Randbereiche auflösen. Das gilt für das Bürgerliche Gesetzbuch ebenso wie für das Strafgesetzbuch, es gilt aber z. B. auch für das Baugesetzbuch, das auch schon 44 Jahre einen bundeseinheitlichen Standard setzt.

Zur Frage 1.

Auch hier hängt die Antwort von der Entscheidung über Art. 72 Abs. 2 GG ab. Falls dieser in welcher Form auch immer bestehen bleibt, ist es angezeigt, alle Materien, für die eine Bundeskompetenz sinnvoll erscheint, in die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis des Bundes zu transferieren. Auch hier schließe ich mich Huber an.

Falls aber die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG für die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes entfallen, besteht dieser Zwang nicht mehr. Aus dem Gesichtspunkt der Natur der Sache würde dann nur für die Raumordnung des Bundes eine Verlagerung in die ausschließliche Kompetenz des Bundes sprechen.

Die Vorfrage in beiden Fällen ist, was von den in Art. 75 Abs. 1 GG umschriebenen Materien den Ländern zur ausschließlichen Gesetzgebung überlassen werden sollte. Dazu habe ich schon in der Komm.-Drucks. 0013 S. 16 f. Stellung genommen, worauf ich verweise. Die zwischenzeitliche Debatte der entsprechenden Projektgruppen ist mir nicht zugänglich. Daher kann ich dazu keinen weiteren Hinweis geben.