

Die Föderalismusreform des Jahres 2006¹

Professor Dr. Peter M. Huber, München

Soeben haben Bundestag und Bundesrat die sog. Bundesstaatsreform beschlossen, die umfangreichste Verfassungsänderung seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland. Wie von der Großen Koalition geplant, wurde das Vorhaben noch vor der Sommerpause „in trockene Tücher“ gepackt und dürfte nach der Ausfertigung durch den Bundespräsidenten im Laufe des Monats August das Licht des Bundesgesetzblattes erblicken.

Im folgenden will ich mit einem kurzen Rückblick auf die Vorgeschichte beginnen (I.), Ihnen in einem zweiten Schritt den Problembefund skizzieren (II.), sodann ein paar Schlaglichter auf die soeben beschlossene Verfassungsänderung werfen (III) und in einem vierten Schritt mit Ihnen darüber nachdenken, weshalb die der Verfassungsänderung vorangegangene Mammutanhörung einen alles in allem doch ziemlich disparaten Eindruck hinterlassen hat und warum diese weit reichende Änderung des Grundgesetzes die Öffentlichkeit letztlich doch nur am Rande bewegt (IV).

I. Die Vorgeschichte

Im Jahre 2003 haben Bundestag und Bundesrat nach längeren Sondierungen zwischen Bund und Ländern² die „Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung“ (im folgenden Bundesstaatskommission) eingesetzt. Politische³ „Geschäftsgrundlage“ war die Möglichkeit einer sog. „win-win“-Situation, also eine Reform, von der Bund und Länder gleichermaßen profitieren sollten.

Die Bundesstaatskommission hat gut 1 ½ Jahre in Plenarsitzungen, Arbeits- und Projektgruppen getagt und wäre Weihnachten 2004 beinahe zu einem abschließenden Vorschlag an den verfassungsändernden Gesetzgeber gekommen; die damals bereits spürbaren Erosionstendenzen in der rot-grünen Bundesregierung bzw. Regierungsmehrheit, möglicherweise aber auch wegen die ungeklärte Führungsfrage in der damaligen Opposition haben jedoch dazu geführt,

¹ Die Vortragsform wurde beibehalten.

² Dass der Freistaat Bayern dabei die treibende Kraft war, versteht sich beinahe von selbst.

³ Zum Einsetzungsauftrag siehe BT.-Drucks. 15/1685.

dass sie kurz vor Toresschluss stecken geblieben ist.⁴ Nach außen ging es darum, dass der Bund im Bereich der Bildungspolitik, bei Hochschulabschlüssen und der sog. Qualitätssicherung, aber auch in der Schulpolitik weitere Kompetenzen für sich reklamierte, die Länder dies jedoch zurückwiesen. Angeblich soll der hessische Ministerpräsident, *Roland Koch*, die Devise ausgegeben haben, dass der Bund in dieser Frage einlenken müsse oder das gesamte Vorhaben scheitere. Andere wollen wissen, dass Bundeskanzler *Schröder* den damaligen SPD-Vorsitzenden *Müntefering*, der neben dem bayerischen Ministerpräsidenten *Stoiber* einer der beiden Vorsitzenden der Bundesstaatskommission war, auf eine zurückhaltende Linie zu bringen versucht haben soll, weil sich die Bundesregierung nicht (mehr) im klaren darüber war, ob sich Aufwand und Ertrag bzw. Kosten und Nutzen der sich abzeichnenden Reform aus der Sicht des Bundes wirklich lohnten. Weihnachten 2004 ist die Bundesstaatskommission so ziemlich sang- und klanglos beerdigt worden.

Damit war der Anlauf allerdings nicht gescheitert. Die Beteiligten haben auch danach, bis zur Sommerpause 2005, hinter den Kulissen an dem bereits zu etwa 85-90 % erreichten Kompromiss weiter gefeilt. Dies hätte wohl auch in ein Gesetzgebungsverfahren gemündet, wäre es nach der Landtagswahl in Nordrhein-Westfalen vom 23. Mai 2005 nicht überraschend zu Neuwahlen auf Bundesebene gekommen.⁵

Diese Neuwahlen haben im November 2005 bekanntlich zur Bildung der Großen Koalition geführt, und da sich die beiden neuen Koalitionspartner bereits im Sommer weitgehend auf den Inhalt der Bundesstaatsreform verständigt hatten, lag es nahe, dies Ergebnis nun auch im Koalitionsvertrag zu fixieren. So fand das von *Müntefering* und *Stoiber* ausgehandelte „Kon-senspapier“ vom Dezember 2004⁶ mit geringfügigen Modifikationen nicht nur Eingang in den Koalitionsvertrag, sondern letztlich auch in die beiden wörtlich identischen Gesetzentwürfe, die die Regierungsfractionen in den Bundestag⁷ und die Länder in den Bundesrat⁸ eingebracht haben.

⁴ Die Arbeiten der Bundesstaatskommission sind dokumentiert in: Deutscher Bundestag, Bundesrat, Öffentlichkeitsarbeit (Hrsg.), Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Zur Sache 1/2005

⁵ Siehe nur die Entscheidung des BVerfG zur Auflösung des 15. Deutschen Bundestags durch den Bundespräsidenten BVerfGE 114, 121 ff.

⁶ In Deutscher Bundestag, Bundesrat, Öffentlichkeitsarbeit (Hrsg.), Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Zur Sache 1/2005 ist themenbezogen durchwegs der Vorschlag der Vorsitzenden vom 13. 12. 2004 wiedergegeben,

⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c), BT.-Drucks. 16/813

⁸ Gesetzesbeschluss in BR.-Drucks. 426/06.

Angesichts dieser langen Vorgeschichte war es Wille der Kanzlerin, der CDU/CSU – Fraktion, des größten Teils der SPD wie auch der überwältigenden Mehrheit der Länder, die „Ernte“ der geschilderten Vorarbeiten rasch und möglichst geräuschlos einzufahren und damit zugleich einen überzeugenden Beleg für die Handlungsfähigkeit der neuen Regierung zu liefern. Es sollte daher kein großes Aufsehen mehr erregt, keine neue öffentliche Debatte um „für“ und „wider“ der Bundesstaatsreform geführt werden. Allein – nennenswerte Teile der SPD-Fraktion ließen sich auf diese Weise nicht in die Pflicht nehmen. Um sie zu überzeugen oder doch zumindest um ihre Unterstützung zu sichern, verständigten sich Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat auf eine „Mammutanhörung“, die von Anfang Mai bis Anfang Juni 2006 dauerte und in der mehr als 100 Sachverständige angehört wurden. Dass es sich für die meisten Beteiligten dabei um eine bloße Pflichtübung handelte und die Positionen – mehr noch als bei Parlamentsanhörungen⁹ – bereits weitgehend feststanden, lässt sich an Inhalt, Umfang, Häufigkeit und Intensität der an die Sachverständigen gestellten Fragen ablesen, dürfte angesichts der Vorgeschichte allerdings auch kaum überraschen.

Auch wenn es daher zunächst sah so aus, als könnten die zahlreichen Einwände der zu besonderen Rechtsgebieten geladenen Sachverständigen am Inhalt des Gesetzentwurfs nichts Entscheidendes mehr ändern, so haben sie im Verein mit den Fachpolitikern vor allem aus den Reihen der SPD-Fraktion dann noch einige Modifizierungen durchgesetzt – vom Verbleib des Notariats in der konkurrierenden Zuständigkeit des Bundes (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) bis zur Möglichkeit von Finanzhilfen des Bundes im Hochschulbereich (Art. 104b Abs. 1 GG).¹⁰ Diese Korrekturen waren nicht nur kosmetischer Natur; zu grundlegenden Änderungen haben sie allerdings nicht mehr geführt.

⁹ Für ein realistisches, die parteienstaatliche Überformung berücksichtigendes und die Abwägungsanforderungen an den Gesetzgeber tendenziell gering haltendes Parlamentsverständnis aber *M. Herdegen*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, VVDStRL 62 (2003), 7/25 f.; *M. Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, VVDStRL 62 (2003), 37/64 f.

¹⁰ Zu den eigentlich als problematisch angesehenen Finanzierungsmöglichkeiten des Bundes in der Bildungspolitik *P. M. Huber*, „Vom Kindergarten zur Habilitation“? - Der Bund als Gewinner der Föderalismusreform im Bildungswesen, demn. in: RDJB 2007.

II. Entscheidungsschwäche und mangelnde Effektivität als Gründe des Reformbedarfs

Vergleicht man die Situation des Jahres 2006 mit den Erwartungen und Prognosen, die Anfang der 1990er Jahre für die wirtschaftliche, soziale, politische und demographische Entwicklung Deutschlands angestellt wurden, so entbehrt es nicht einer gewissen Ironie, dass sich das Land nach dem Fall der Mauer nicht (sogleich)¹¹ zum dynamischen und dominierenden Zentrum Europas entwickelt hat, sondern in vielerlei Hinsicht zurückgefallen ist. Sieht man genauer hin, so zeigt sich jedoch, dass die mit dieser Zeitenwende einhergehende Beschleunigung der Globalisierung gravierenden Strukturprobleme des Landes offen gelegt hat, darunter auch eine mangelnde Effektivität und überdurchschnittliche Entscheidungsschwäche des institutionellen und politischen Systems. Deren Ursachen sind vielfältig: das Wahlsystem, verbunden mit einem zunehmend selbstreferentiell agierenden politischen System, eine hypertrophe, auf Optimierung und Perfektionierung angelegte Rechtsordnung, die Aktivitäten eher behindert als fördert, eine risikoscheue, dem Status quo verhaftete und alternde Bevölkerung, eine zu hohe Staatsquote, zu üppige Sozialstandards u. a. m.

Auch der deutsche Bundesstaat, durch ein hohes Maß an Verflechtung der Entscheidungszuständigkeiten von Bund und Ländern im Bereich der Gesetzgebung, der Verwaltung und der Finanzverfassung gekennzeichnet, trägt seinen Teil zu dem insgesamt unerfreulichen Befund bei. Im exekutivföderalistischen System des Grundgesetzes, das man auch als Beteiligungs- oder Verbundföderalismus charakterisiert hat, durchaus angelegt, ist die Verflechtung seit 1949 so auf die Spitze getrieben worden, dass alle über alles entscheiden, niemand jedoch mehr die abschließende Verantwortung trägt - eine „organisierte Verantwortungslosigkeit“.¹²

1. Die parteipolitische Überformung des Bundesrates als Ursache

Zu den Charakteristika dieses Verbundföderalismus gehört es, dass der Verlust von Entscheidungszuständigkeiten der Länder durch eine Beteiligung an Entscheidungen auf Bundesebene kompensiert wird. Die kontinuierliche Erosion ihrer Eigenstaatlichkeit, die wachsenden Zweifel daran, ob ihnen insbesondere im Bereich der Gesetzgebung das notwendige „Hausgut ei-

¹¹ Mittlerweile weisen die wirtschaftlichen Rahmendaten ja in eine erfreulichere Richtung.

¹² *Peter M. Huber*, Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?, Gutachten D 65. DJT, 2004, D 11.

gener Zuständigkeiten“¹³ tatsächlich noch verblieben ist, wurden und werden durch flächen-deckende Mitwirkungsmöglichkeiten auf der Bundesebene gemindert. Dreh- und Angelpunkt dieser Mitwirkung ist der Bundesrat, über den die Länder, wie es in Art. 50 GG heißt, bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes sowie in Angelegenheiten der Europäischen Union mitwirken (Art. 50 GG). Damit ist freilich ein nicht unerhebliches – parteipolitisch instrumentalisierbares – Blockadepotential verbunden.

Vor allem unter den Bedingungen des Parteienstaates hat sich der Bundesrat von der idealtypischen Rolle, wie sie ihm die Mütter und Väter des Grundgesetzes zugedacht haben, immer weiter entfernt. Als Instrument zur Optimierung des Rechtssetzungsverfahrens und zur Erschließung der - regional differenzierten – Vollzugserfahrung der Länder für die Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes konzipiert, hat er sich nach und nach zum institutionellen Anker der parlamentarischen Opposition auf Bundesebene gewandelt. Sieht man einmal von den – historisch eher seltenen – Phasen Großer Koalitionen (1966 – 1969; seit 2005) ab, so ist das institutionelle Gefüge zwischen den beiden Parlamentskammern seit Ende der 1960er Jahre vor allem durch einen parteipolitisch dominierten Antagonismus geprägt bzw. überlagert.

Politikwissenschaftlich lässt sich dies zum einen mit dem Wahlverhalten der Bevölkerung erklären, die die Nation als maßgeblichem politischen, medialen und emotionalen Bezugsrahmen empfindet und Wahlentscheidungen typischerweise mit Blick auf die zentralstaatliche Agenda trifft, sowie mit der Einsicht, dass Wahlentscheidungen i. d. R. als negative Entscheidungen über die im Amt befindliche (Regierungs-)Mehrheit getroffen werden, nicht als positive Entscheidung für eine bestimmte Partei und ihr personelles und inhaltliches Programm. Auch der Vergleich mit den Erfahrungen, die Frankreich und Polen mit Formen der „cohabitation“ gesammelt haben, deutet darauf hin, dass dieser institutionelle Antagonismus ein Strukturmerkmal jedenfalls solcher parlamentarischer¹⁴ Regierungssysteme ist, die über zwei unabhängig voneinander gewählte und legitimierte Verfassungsorgane verfügen.

Dieser Befund hat die Bedeutung der Landesregierungen im Allgemeinen und der Ministerpräsidenten im Besonderen enorm gesteigert – nicht, weil die Länder eine so dominierende Rolle im Leben der Nation spielten, sondern weil die Ministerpräsidenten als Mitglieder des

¹³ BVerfGE 34, 9/19 f.

¹⁴ Zur Cohabitation in Frankreich *O. Jouanjan*, Grundstrukturen staatlichen Verfassungsrechts: Frankreich, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), IPE I, 2007, § 2 Rdnr. 74 ff.

Bundesrates, und damit als Angehörige eines Verfassungsorgans des *Bundes*, über erhebliche bundespolitische Macht und Medienpräsenz verfügen.

2. Die fehlende Europatauglichkeit der innerstaatliche Entscheidungsverfahren

Die aufwendigen Entscheidungsverfahren des deutschen Bundesstaates und ihre im internationalen Vergleich überproportionale Verrechtlichung haben nicht nur Nachteile. Sie dienen der Konsensfindung und der inneren Stabilität von Staat und Gesellschaft. Andererseits tragen der dafür erforderliche Zeitbedarf und die Tendenz, sich unter einer Vielzahl von Beteiligten auf den kleinsten gemeinsamen Nenner zu einigen, den Bedingungen des Standortwettbewerbs in Zeiten der Globalisierung und der weit fortgeschrittenen europäischen Integration nicht ausreichend Rechnung.

Obwohl sich das Grundgesetz in seiner Präambel von Anfang an zum vereinten Europa bekannte und die „offene Staatlichkeit“¹⁵ zu seinen Strukturprinzipien rechnet,¹⁶ ist das Grundgesetz doch im wesentlichen als Verfassung eines sich selbst genügenden und in sich ruhenden Nationalstaats konzipiert, in dem es in erster Linie darum geht, die Macht auf möglichst viele Träger zu verteilen - Föderalismus als ein Instrument vertikaler Gewaltenteilung. Dieser „introvertierte Föderalismus“ aber trägt der europäischen Einbindung Deutschlands, dem damit einher gehenden Kooperationsbedarf¹⁷ und den Anforderungen an rasches (verantwortliches) Handeln nicht mehr ausreichend Rechnung. Zudem hat sich der Gedanke der „vertikalen Gewaltenteilung“ angesichts des europäischen Mehr-Ebenen-Systems, indem mit der EU noch eine weitere Ebene zur Ausübung öffentlicher Gewalt zur Verfügung steht, bis zu einem gewissen Grad überlebt.¹⁸ Es liegt in der Logik dieser Entwicklung, dass die den Ländern noch verbliebenen – begrenzten – Regelungsbefugnisse durch die Unterwerfung unter unionale Anforderungen noch weiter ausgezehrt werden. Ob man die EG-Fernsehrichtlinie 89/552/EWG¹⁹ nimmt, die gegenwärtig überarbeitet werden soll²⁰ – Rundfunk ist nach deut-

¹⁵ Zum Begriff *Klaus Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964, S. 65 ff.

¹⁶ *Peter M. Huber*, Recht der Europäischen Integration, 2. Aufl., 2002, § 4 Rdnr. 2 ff.; *K. P. Sommermann*, Offene Staatlichkeit: Deutschland, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), IPE I, § 14 Rdnr. 14 ff.

¹⁷ Zur EU als Kooperationsordnung siehe *Peter M. Huber*, Recht der Europäischen Integration, §§ 19 – 21 m. w. N.; *E. Schmidt-Aßmann / B. Schöndorf – Haubold* (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005.

¹⁸ *P. M. Huber*, Der Beitrag der Föderalismusreform zur Europatauglichkeit des Grundgesetzes, ZG 21 (2006), 354/355 f.

¹⁹ ABl. EG 1989 Nr. L 298/23, geändert durch die RiL 97/36/EG, ABl. EG 1997 Nr. L 202/60.

²⁰ KOM (2005) 646 endg.

schem Verfassungsrecht *ausschließliche* Landeszuständigkeit – Kulturfragen, Bildung oder „Bologna“²¹ – es gibt keinen Bereich originärer Landeskompetenzen, in dem es keine europarechtlichen Implikationen gäbe. M. a. W.: viel zu tun haben die Landtage nicht (mehr), und die Eigenstaatlichkeit der Länder gerät damit immer weiter unter Druck. Vor diesem Hintergrund ist es verständlich, dass sie nach Auswegen und Kompensationen suchen und gesucht haben.

In der „guten alten Zeit“, bevor die Ministerpräsidenten Bundeskanzler *Kohl* vor der Ratifizierung des Maastrichter Vertrages „erpressten“, um die heutigen Beteiligungsrechte der Länder in europäischen Angelegenheiten zugestanden zu erhalten, war die Vertretung Deutschlands in den EG allein Sache des Bundes. Da *Helmut Kohl* eine rasche Ratifizierung des Maastrichter Vertrages durchsetzen wollte – was an den Verfassungsbeschwerden gegen den Vertrag letztlich gescheitert ist – hat er für das „Linsengericht“ dieses (erhofften) Publicityerfolges den Ministerpräsidenten zugestanden, nicht nur bei der innerstaatlichen Willensbildung des Bundes, sondern auch bei seiner Außenvertretung in Brüssel ein Wort mitreden zu dürfen. Seitdem gilt innerstaatlich, dass bei allen Angelegenheiten, welche die Interessen der Länder berühren, selbst, wenn sie über gar keine Kompetenzen verfügen, die Stellungnahme des Bundesrates zu berücksichtigen ist; wenn es sich im Kern um ausschließliche Zuständigkeiten der Länder handelt, ist sie nach Artikel 23 Abs. 5 GG sogar „maßgeblich“ zu berücksichtigen. Das kann theoretisch bedeuten, dass die Bundesregierung an das gebunden ist, was der Bundesrat beschließt. Nach dem Ausführungsgesetz (§ 5 Abs. 2 Satz 5 EUZBLG) bedarf es dazu allerdings einer 2/3-Mehrheit im Bundesrat. Dazu ist es bisher nicht gekommen. Aber die Möglichkeit existiert.

Die zweite problematische Vorkehrung ist der sog. Ländervertreter. Wenn von EU-Vorhaben im Schwerpunkt ausschließliche Zuständigkeiten der Länder betroffen sind – **Rundfunk, Schule, Kultur, Kommunal- oder Polizeirecht – soll ein Landesminister die Bundesrepublik Deutschland in Brüssel vertreten**. Dazu ist es immer wieder gekommen, und der Erfolg ist nicht berauschend. Denn die Einschaltung des Ländervertreters ist schon deshalb problematisch, weil in der Regel sog. package-deals (Paketlösungen) mit den anderen Mitgliedstaaten ausgehandelt werden müssen; und wenn dieser im „Verhandlungspoker“ mit den anderen Mitgliedstaaten nicht über die notwendigen „assets“ verfügt, ist er von vornherein im Nachteil. Zudem ist der Zeitbedarf, den der Ländervertreter benötigt, um sich mit dem Bundesrat

²¹ Dazu *P. M. Huber*, Die Rolle der EU – Organe in der juristischen Ausbildung, demn. in: EJLE.

bzw. den 16 Ländern abzustimmen, erheblich. Zwar hat man 1994 eine Europakammer des Bundesrates in das Grundgesetz eingeführt mit der Vorstellung, dass diese Europakammer an der Stelle des Plenums die Beschlüsse in europäischen Angelegenheiten fassen würde (Art. 52 Abs. 3a GG). Dazu ist es jedoch nicht gekommen. Zwischen 1994 und 2003 hat die Europakammer nur drei Mal getagt.²² Im Zweifel ist es zu keinen Beschlussfassungen gekommen, hat sich der Ländervertreter enthalten. Nicht nur aber auch daran liegt es, dass „Enthaltungen“ im Brüsseler Jargon „German vote“ heißen.²³ Das ist kein Leistungsnachweis für unsere Spielart des Föderalismus.

Im Staaten- und Verfassungsverbund der EU ist der Stellenwert des Grundgesetzes, wie jeder nationalen Verfassung, auf die Rolle einer Art „Teilverfassung“ reduziert.²⁴ Durch die Verträge, das Primärrechts verklammert, werden die Verfassungen der Mitgliedsstaaten strukturell gekoppelt. Im europäischen Integrationsprogramm besitzen sie eine einheitliche Teilverfassung. Das kann nicht ohne gravierende Rückwirkungen auf die nationalen Verfassungsordnungen bleiben.

Die in Deutschland maßgebliche Verfassungsordnung, also das Grundgesetz, ist daher zwar einerseits durch seine Öffnung für Europa und das Integrationsprogramm²⁵ des EU-V gekennzeichnet. Seine europäische Einbindung zwingt es gleichzeitig aber auch dazu, sich den unionalen Anforderungen zu beugen und anzupassen. Mit Blick auf die Homogenitätsanforderungen der Art. 7 EU - es gibt Mindeststandards, die etwa am Beispiel Österreichs eine Rolle gespielt haben²⁶ - ist dies ausdrücklich geregelt. Das gilt – über Art. 10 EG vermittelt - aber natürlich auch für die Entscheidungsverfahren und Strukturen in Brüssel. Letztlich bedeutet Mitgliedschaft in der EU, auch wenn das in Berlin, Kiel oder München schwer zu vermitteln ist, bis zu einem gewissen Grade das Ende nationaler Verfassungsautonomie.

Die Anpassung an die unionalen Entscheidungsrationitäten ist aber auch ein Gebot politischer Klugheit. Als Mitglied der EU muss man sich deren Regelungen anpassen, sonst fährt der Zug über einen hinweg. Es kommt nicht von ungefähr, dass wir nach einer inoffiziellen Statistik des Europäischen Rates bzw. des Rats der Europäischen Union, der am meisten über-

²² W. Fischer / C. D. Koggel, Die Europakammer des Bundesrates, DVBl. 2000, 1742 ff.

²³ P. M. Huber, ZG 21 (2006), 354/373.

²⁴ P. M. Huber, Recht der Europäischen Integration, § 5 Rdnr. 23 ff.; U. Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 502 ff.

²⁵ Zum Begriff des „Integrationsprogramms“ BVerfGE 58, 1/37; 89, 155/186 ff.; P. M. Huber, Recht der Europäischen Integration, § 7 Rdnr. 12; § 21 Rdnr. 60 ff.

²⁶ Dazu Th. Pforr, Die allgemeine Unionsaufsicht, Diss. Jena, 2004.

stimmte Mitgliedsstaat in Europa sind.²⁷ Das hat nicht nur, aber auch mit der deutschen Spielart des Föderalismus zu tun.

3. Die Probleme bei der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen

Seit Inkrafttreten des Grundgesetzes hat eine kontinuierliche Erosion der Gesetzgebungszuständigkeiten der Länder stattgefunden. Vom „Hausgut der Länder“ ist insoweit nur noch die Ausstattung für ein kleines Häuschen oder eine Hütte übrig geblieben. 19 Änderungen des Grundgesetzes haben Kompetenzen der Länder auf den Bund übertragen, wobei man 1994, nach der Wiedervereinigung, ein bisschen korrigierend einzugreifen versucht hat - mit relativ geringem Erfolg.

Ein zweiter Aspekt besteht in der Konstruktion der wichtigsten Gesetzgebungskompetenz, der konkurrierenden Gesetzgebung. Für sie galt bis zum Jahr 2002 de facto die sog. Bedürfnisklausel des Art. 72 Abs. 2 a. F. Wenn der Bund ein Bedürfnis für eine bundeseinheitliche Regelung annahm, war dies praktisch das letzte Wort war. Eine Justiziabilität dieses unbestimmten Rechtsbegriffs bestand nach der Rechtsprechung aus Karlsruhe nicht. Zwar hat man 1994 Art. 72 Abs. 2 GG geändert und die Bedürfnis- in eine „Erforderlichkeitsklausel“ umgewandelt.²⁸ Es dauerte jedoch acht Jahre, bevor das BVerfG erstmals Gelegenheit hatte, diese Norm anzuwenden. Seit dem Ende 2002 ergangenen sog. Altenpflege - Urteil²⁹ hat es in mittlerweile fünf großen Entscheidungen – zum 5.³⁰ und 6. HRG-ÄndG,³¹ zu den Kampfhunden³² und zum Ladenschluss³³ – die Zuständigkeit des Bundes im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung wie auch im Bereich der Rahmengesetzgebung so begrenzt, dass man teilweise schon befürchtet hat, dass die Gesetzgebungszuständigkeiten des Art. 74 GG für den Bund nur noch auf dem Papier stünden. Im Ergebnis hätte dies in der Tat zu einer Art „Versteinierung“ des geltenden Bundesrechts geführt, was sich am Beispiel des Ladenschlussrechts gut exemplifizieren lässt: Der Ladenschluss fällt unter das „Recht der Wirtschaft“ und damit unter die konkurrierende Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Auf dieser Grundlage erging am 28. November 1956 das LSchlG, das die Ladenschlusszeiten in Deutschland lange

²⁷ M. Seidel, EuZW 2000, 65.

²⁸ BGBl. I 1994, 3146.

²⁹ BVerfGE 106, 62. - Altenpflege

³⁰ BVerfGE 111, 226 – 5. HRG-ÄndG.

³¹ BVerfGE 112, 226 ff. – 6. HRGÄndG.

³² BVerfGE 110, 141 ff. – Kampfhunde.

³³ BVerfGE 111, 10 ff. – Ladenschluss.

Zeit festgeschrieben hatte. Als diese in den 1990er Jahren gelockert werden sollten, stieß dies auf Komplikationen. Nach den Anforderungen, die das BVerfG Art. 72 Abs. 2 GG in der seit 1994 geltenden Fassung entnimmt, ist eine bundesrechtliche Regelung des Ladenschlusses zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit in Deutschland nämlich nicht erforderlich. Das leuchtet auch unmittelbar ein. Wie lange die Läden in Schleswig offen sind und wie lange im Schwarzwald, ist weder für die Rechts- noch für die Wirtschaftseinheit von Bedeutung; allenfalls für die Tarifvertragsparteien und die Beschäftigten. Ohne diese Voraussetzungen aber kann der Bund von den konkurrierenden Zuständigkeiten nicht mehr Gebrauch machen, und deswegen hat ihm das BVerfG das Recht abgesprochen, das Recht des Ladenschlusses grundlegend neu zu regeln. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Länder jetzt tätig werden könnten; denn der Bund müsste die Materie durch ein Bundesgesetz zunächst freigeben (Art. 125a Abs. 2 GG).³⁴ Zwar haben die Länder im Bundesrat schon vor Jahren einen entsprechenden Gesetzentwurf eingebracht; nur: der Bund denkt überhaupt nicht daran. Daher drohte eine „Versteinierung“ des Ladenschlussrechts auf dem Stand von 1956, hätte das BVerfG dem Bund nicht die Befugnis zu kleineren Detailregelungen zugesprochen. Die Verkürzung der Ladenschlusszeit von 18.30 bis 20.00 Uhr, ging insoweit gerade noch durch.

Das gilt nicht über das Ladenschlussrecht hinaus im Grunde für den gesamten Bereich der konkurrierenden und der Rahmengesetzgebung, d. h. für den Schwerpunkt der Bundesgesetzgebung und der Gesetzgebung in Deutschland überhaupt. Wir befinden uns damit in einer Situation, in der zwar ca. 80 v. H. aller Gesetze Bundesgesetze sind, diese aber in erheblichem Maße nicht mehr geändert werden können. Dass dies keine sehr zuträgliche Situation ist, liegt auf der Hand.

4. Organisationsgewalt der Länder, Zustimmungspflichtigkeit von Bundesgesetzen und Durchgriff auf die Kommunen

Eine Durchmusterung der Verwaltungszuständigkeiten ergibt ein ähnlich desperates Bild. Nicht nur für Kommunen und Landkreise, sondern auch für Bund und Länder ist der hier zentrale Art. 84 Abs. 1 GG ein erhebliches Problem. Dieser schreibt bekanntlich vor, dass die Länder bei der Ausführung der Bundesgesetze, also im Normalfall, die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren regeln, solange nicht Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes bestimmen. Ähnliches gilt für die Bundesauftragsverwaltung.

³⁴ Ob Art. 72 Abs. 3 GG [a. F.] oder Art. 125a Abs. 2 GG [a. F.] Anwendung finden, hängt davon ab, ob eine bundesgesetzliche Regelung überhaupt einmal erforderlich war, *Chr. Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 72 Rdnr. 33.

Die Mütter und Väter des Grundgesetzes waren 1949 **der Auffassung**, dass, da ja die Einrichtung der Behörden und die Verwaltungsverfahren die Organisationsgewalt der Länder betreffen, solche Regelungen ein seltener Ausnahmefall bleiben würden, und damit auch die Anzahl der zustimmungspflichtigen Bundesgesetze. Man findet die Prognose, dass ca. 10 % der Gesetze unter diese Bestimmungen fallen würden.

Die Verfassungswirklichkeit ist bekanntlich in eine andere Richtung gegangen. Etwa 50 bis 60 % aller Bundesgesetze enthalten heute Regelungen über die Organisation der Behörden und das Verwaltungsverfahren. Das hat zum Teil politische Gründe, auf die man durch eine andere Gestaltung der Gesetzgebung ohne weiteres verzichten könnte, wie etwa das Beispiel „Lebenspartnerschaftsgesetz“ zeigt: wenn Regierung und Parlamentsmehrheit bei dem Projekt der Lebenspartnerschaft die Gleichstellung mit der Ehe auch symbolisch durchsetzen wollen, müssen sie natürlich auf der Bundesebene festschreiben, dass die Standesämter für die Registrierung zuständig sind; wenn Sie das, wie der Freistaat Bayern, eher torpedieren wollen, haben Sie natürlich ein Interesse daran, diese Aufgabe den Notaren zuzuweisen oder – wie in Thüringen – der höheren Verwaltungsbehörde. In solchen Fällen ist es (rechtlich, nicht politisch) verhältnismäßig einfach, auf Regelungen über das Verwaltungsverfahren und die Behördeneinrichtung zu verzichten.

Viel schwieriger, wenn nicht gar unmöglich ist es dort, wo die Anforderungen an die materielle Richtigkeit der Sachentscheidung auch nach verwaltungsverfahrenrechtlichen Regelungen verlangen. Das Umweltrecht oder das Institut des Grundrechtsschutzes durch Verfahren, das das BVerfG im Atomrecht entwickelt bzw. aus Amerika übernommen hat,³⁵ seien hier nur pars pro toto genannt. Eine Verwaltungsentscheidung ist hier nur dann verhältnismäßig, und d. h. rechtmäßig, wenn Adressaten und Nachbarn im Vorfeld die Chance haben, angehört zu werden und ihre Rechte so effektiver durchzusetzen. Man spricht auch von einer „Vorverlagerung des Grundrechtsschutzes“ durch einen „due process of law“. Vor diesem Hintergrund können sie kein AtG, kein BImSchG und kein FStrG ohne Verfahrensregelungen erlassen; die mit ihnen verbundenen Eingriffe wären sonst unverhältnismäßig.

Dann gibt es Materien - Gentechnik, Ethik, Arzneimittelzulassung, Lebensmittelrecht - wo der Stand von Wissenschaft und Technik (noch) nicht ausreicht, um eine abgewogene materielle Entscheidungen zu treffen. Wo aber materielle Entscheidungen nicht möglich sind, ist der einzige Ausweg der Weg in die Prozeduralisierung. In solchen schwierigen Bereichen gibt es m. a. W. keine Alternative zur bundesgesetzlichen Regelung von Verfahrensfragen. Deswe-

³⁵ BVerfGE 53, 30 ff. – Mühlheim-Kärlich.

gen ist es unverzichtbar, dass der Bund auch in diesem Bereich, den man 1949 noch nicht gesehen hatte, tätig wird.

Für Kommunen und Landkreise ist dies freilich besonders misslich. Wenn der Bund nämlich den Kommunen wie bei der Regelung der Sozialhilfe die Aufgabe zuweist, Hilfe zum Lebensunterhalt (§ 3 SGB XII), Grundsicherung (§ 6 SGB II) oder ALG II (§§ 19 ff., 44b SGB II) zu zahlen, dann müssen sie dies machen. Aber sie bekommen dafür grundsätzlich kein Geld, weil Bund und Länder nach Art. 104 a Abs. 1 des GG die für die Ausführung der Gesetze bei ihren Behörden anfallenden Kosten selbst tragen. Landkreise und Kommunen sind ausweislich von Art. 106 Abs. 9 GG Teil der Landesverwaltung, so dass es auch keinerlei Anspruchsgrundlage der Kommunen gegen den Bund gibt. Der Deutsche Landkreistag versucht zwar seit Jahren, aus dem Grundgesetz eine Art Konnexitätsprinzip abzuleiten,³⁶ aber vermutlich doch ohne Erfolg.³⁷ In den Ländern gibt es natürlich entsprechende Konnexitätsgrundsätze; aber die gelten nur für die Aufgaben, die die Länder den Gemeinden und Landkreisen übertragen, nicht für die Aufgaben, die durch Bundesgesetz zugewiesen werden, so dass die armen Kommunen mit dem Mechanismus des Art. 84 Abs. 1 GG und des Art. 85 Abs. 1 GG zwischen allen Stühlen sitzen. Sie sind die letzten, die von den Hunden gebissen werden.

III. Die wesentlichen Neuerungen der Föderalismusreform I

Vor diesem Hintergrund möchte ich jetzt in einem zweiten Schritt nun auf die grundlegenden Änderungen eingehen, die im Grundgesetz vorgenommen werden sollen und beginne zunächst mit der Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen.

³⁶ *F. Schoch / J. Wieland*, Finanzierungsverantwortung für gesetzgeberisch veranlasste kommunale Aufgaben, 1995; *dies.*, Kommunale Aufgabenträgerschaft nach dem Grundsicherungsgesetz, 2003; *dies.*, Aufgabenzuständigkeit und Finanzierungsverantwortung verbesserter Kinderbetreuung, 2004.

³⁷ *P. M. Huber / St. Storr*, Der kommunale Finanzausgleich als Verfassungsproblem, 1999, S. 66; resignierend nun auch *F. Schoch*, Verfassungswidrigkeit des bundesgesetzlichen Durchgriffs auf Kommunen, DVBl. 2007, 261 f.

1. Abschaffung der Rahmengesetzgebung

Das Wichtigste ist wohl, dass eine Gesetzgebungskategorie vollständig wegfallen wird: Die Rahmengesetzgebung wird es in Zukunft nicht mehr geben; Art. 75 GG wird gestrichen, und das ist gut so. Warum? Weil eigentlich die Konzeption der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung darin besteht, entweder den Bund oder die Länder für zuständig zu erklären. Das Zusammenwirken beider liegt quer zu dieser Grundkonzeption, und die Erfahrungen mit der Rahmenkompetenz sind denn auch alles andere als erbaulich. Von dem früheren Bundespräsidenten *Herzog* ist das schöne Bonmôt von dem Rahmen überliefert, der so breit war, dass man das Bild überhaupt nicht mehr gesehen hat, was der Sache nach doch ziemlich treffend auf den Punkt bringt, dass der Bund, obwohl er eigentlich nur den Rahmen vorgeben sollte, doch ins Detail gehende und unmittelbar anwendbare Regelungen getroffen. Das hat man durch die Neufassung von Art. 75 Abs. 2 GG zwar 1994 zu korrigieren versucht; der – gescheiterte – Versuch der früheren Bundesbildungsministerin *Bulmahn*, die Habilitation abzuschaffen, Bayern nach 30 Jahren doch noch die „verfasste Studentenschaft“ zu beschenken und Studiengebühren zu verbieten, ist zwar gescheitert. Die Beispiele zeigen aber doch, dass sich an dem Befund nichts Grundlegendes geändert hat.

Die Rahmenkompetenz hat noch einen zweiten Pferdefuss: Sie ist insbesondere im Naturschutzrecht und im Wasserhaushaltsrecht darauf angelegt, durch die Länder ausgeführt zu werden. Da wir in diesen Bereichen heute eine Fülle von EG-Richtlinien haben, laufen wir, bis alle 16 Länder das häufig auch nicht rechtzeitig in Kraft getretene Rahmenrecht des Bundes umgesetzt haben, immer Gefahr, einem Vertragsverletzungsverfahren unterworfen zu werden. Das Umweltrecht bietet dafür eine Fülle von Anschauungsmaterial.³⁸ Dass heißt auch für die Europatauglichkeit ist die Rahmengesetzgebung nicht besonders förderlich bzw. ein Mühlstein oder ein Hemmschuh.

2. Konkurrierende Gesetzgebung mit Abweichungsbefugnis

Fast alle die bislang der Rahmengesetzgebung zugeordneten Materien sollen nun in einen neuen Typus Gesetzgebungszuständigkeit überführt werden, nämlich in eine konkurrierende

³⁸ *P. M. Huber*, Umweltkompetenzen im Spannungsverhältnis von europarechtlichen Anforderungen und landesgesetzlichen Gestaltungsbedürfnissen, in: Henneke (Hrsg.), Föderalismusreform in Deutschland, 2005, S. 87 ff.

Gesetzgebung mit Abweichungsbefugnis. Aus prinzipiellen und ästhetischen Gründen kann man natürlich viel gegen dieses Vorhaben einwenden, denn die Länder erhalten damit die Möglichkeit, von Regelungen des Bundesrechts abzuweichen – in einem Halbsatz, aber auch von einem ganzen Gesetz. Der Bund erhält zwar die Möglichkeit, in einem späteren Gesetz nach dem *lex-posterior*-Grundsatz wieder von dem dermaßen abweichenden Landesrecht abzuweichen und dieses zu überholen bzw. zu verdrängen. Das ist starker Tobak. Seit dem Kaiserreich wissen wir, dass Bundesrecht Landesrecht bricht. Das Bundesrecht ist dem Landesrecht übergeordnet,³⁹ und damit passt eine Abweichungsbefugnis natürlich nicht zusammen. Art. 31 GG würde insofern durch eine Spezialregelung verdrängt. Richter, Verwaltungsbeamte, Studenten und Rechtsanwälte werden vor diesem Hintergrund häufiger noch mehr Schwierigkeiten haben, das geltende Recht zu ermitteln. Wenn im Jahr 2006 der Bund ein Gesetz erlässt, im Jahr 2007 das Land Schleswig-Holstein, im Frühjahr 2008 wieder der Bund und dann weicht das Land Schleswig-Holstein erneut von den Regelungen des Bundes ab, dann ergibt sich ein „Ping- Pong- Spiel“, das die Rechtssicherheit nicht gerade förderlich ist. Und da dieses Spiel bis zu 16 Mal droht, kann man – wie dies teilweise geschieht – einen Flickenteppich perhorreszieren, der letzten Endes nur in einem Desaster enden kann.

Ich plädiere hingegen dafür, die Kirche im Dorf zu lassen. Im Grunde geht es doch nur um sind sechs Materien: das Jagdrecht, die Bodenverteilung, die bisher noch nie in Anspruch genommen worden ist und mangels Bodenreform vermutlich auch in den nächsten Jahren keine Relevanz gewinnen dürfte, den Wasserhaushalt, den Naturschutz und den Bereich der Hochschulzulassung und der Hochschulabschlüsse. Nur bei den drei zuletzt genannten Materien erscheint die Möglichkeit einer Abweichung realistisch, könnten sich die befürchteten Folgen für die Rechtssicherheit einstellen. Aber ist das wahrscheinlich? Und wie viele Länder werden denn abweichen? Ich war zwölf Jahre in einem neuen Land und ich konnte auch in der Bundesstaatskommission beobachten, wie gering die Neigung der meisten Länder ist, eigenständige Wege zu gehen. Mit Ausnahme des Freistaates Bayern scheint mir kaum ein Land ein genuines Interesse daran zu haben. Die neuen Länder, aber auch Schleswig-Holstein, Bremen, das Saarland oder Rheinland-Pfalz fühlen sich wohl unter dem warmen Mantel des Bundes und sind froh, wenn sie nicht abweichen müssen. Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen spitzen die Lippen, weil sie hinter Bayern nicht zurückstehen wollen; aber ein ernsthaftes Interesse haben auch sie nicht. Und selbst in Bayern wird sich die Abwechslungsfreude in Grenzen halten; ab und zu, wenn sich eine Sache partei- oder regionalpolitisch ge-

³⁹ P. M. Huber, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 31 Rdnr. 3.

gen Berlin instrumentalisieren lässt; in der Regel jedoch nicht. Nichts spricht dafür, dass die Abweichung zu einem flächendeckenden Phänomen wird, und es wird auch den befürchteten „Ping- Pong- Effekt“ nicht geben, weil man dies der Bevölkerung – dem Wähler – nicht plausibel machen kann.

Sind die Risiken dieses neuen Typs somit als eher gering einzustufen, so hat er auf der anderen Seite doch erheblich Vorteile: Der Bund kann etwa im Bereich des Wasserrechts in Zukunft Vollregelungen treffen, die für 99, 5 % aller Fälle das letzte Wort sein werden. Ähnliches gilt im Bereich des Naturschutzes. Und wir werden endlich die Chance haben, das Umweltgesetzbuch auf den Weg zu bringen, das bisher immer auch daran gescheitert ist, dass die genannten Rahmenkompetenzen wie zwei große erratische Blöcke eine Neuordnung des Umweltrechts blockiert haben.⁴⁰ Dass damit zugleich auch das Risiko von Vertragsverletzungsverfahren zurückgehen wird, wie wir sie im Bereich des Umweltrechtes wiederholt erlebt haben, weil der Bund mit seiner Vollregelung die europarechtliche Flanke schließen kann, kommt hinzu.⁴¹

3. Teilweiser Fortfall der Erforderlichkeitsklausel

Die Neuordnung der Kompetenzen sieht ferner vor, dass die Erforderlichkeitsklausel für die meisten wichtigen Materien der konkurrierenden Gesetzgebung entfällt (Art. 72 Abs. 2 GG n. F.). Bundesgesetze werden insoweit nicht mehr an der Erforderlichkeit gemessen werden, so dass der Bund ohne das die Rechtssicherheit beeinträchtigende Risiko eines späteren Verdikts aus Karlsruhe Gesetze erlassen kann. Wenn die Reform scheitert, werden wir noch mehr Mehltau, noch mehr Handlungsunfähigkeit über unserem Bundesstaat erleben und es wird keinen nahe liegenden Ausweg geben. Deswegen meine ich: allein die Streichung des Erforderlichkeitskriteriums für die wichtigsten Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung rechtfertigt diese Reform.

⁴⁰ H. Schulze-Fielitz und P. M. Huber, Umweltschutz und Föderalismus, in: GfU i. E. m. w. N.

⁴¹ P. M. Huber, ZG 21 (2006), 354/374 f.

4. Rationalisierung der Kompetenzverteilung

Wenn die Reform Wirklichkeit wird, so zeichnet sich zum ersten Mal so etwas wie ein sachlicher Leitgedanke in der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung ab. Bildung ist danach Sache der Länder, grundsätzlich vom Kindergarten bis zur Habilitation; die Länder sind auch zuständig für ihre eigene Organisation, einschließlich des Beamtenrechts und der Beamtenversorgung, und sie zeichnen für von vorn herein regional begrenzte Aufgaben wie den Ladenschluss, das Gaststättenrecht u. ä. verantwortlich. Alles andere wird im wesentlichen Aufgabe der Bundesgesetzgebung sein, die zudem spürbar erleichtert wird.

5. Erleichterung der Bundesgesetzgebung

Das wäre der fünfte Punkt. Denn auch bei Art. 84 GG zeichnen sich grundlegende Änderungen ab. Bislang enthalten etwa 60 % aller Bundesgesetze Regelungen über die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren, und sind deshalb zustimmungsbedürftig. Warum dies zu parteipolitisch motivierten Blockaden führt, wurde oben dargelegt. Vor diesem Hintergrund gehört es zu den entscheidenden Errungenschaften dieser Föderalismusreform, wenn diese Blockademöglichkeit, wenn auch nicht beseitigt, so doch deutlich reduziert werden.

Technisch geschieht dies dadurch, dass der Bund in Zukunft ohne Zustimmung des Bundesrates die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren regeln kann, die Länder allerdings von diesen Regelungen abweichen können – soweit nicht verfassungsrechtliche oder unionsrechtliche Gründe dem entgegenstehen.⁴²

Zwar ließe sich das Abweichungsrecht auch hier mit denselben Argumente kritisieren, die auch im Kontext von Art. 72 Abs. 3 GG n. F. in Stellung gebracht werden. Aber auch hier gibt es kaum Anhaltspunkte für einen allzu üppigen Gebrauch. Seit 1976 gibt es nun das Verwaltungsverfahrensgesetz, das sich auch ohne Bundeskompetenz als einheitliche Klammer für Bund und Länder – von marginalen Abweichungen abgesehen - über 30 Jahre hinweg bewährt hat. Ähnlich verhält es sich mit dem Datenschutz. Ich habe deshalb keinen Zweifel daran, dass sich die Abweichungen der Länder auch im Anwendungsbereich des Art. 84 Abs.

⁴² Das ist in Art. 84 Abs. 1 GG n. F. zwar nicht ausdrücklich niedergelegt, ergibt sich jedoch aus einer systematischen Interpretation.

1 GG auf Zuständigkeitszuweisungen und Einzelfragen beschränken werden. Das katastrophische Szenario wird sich auch hier nicht einstellen.

Und was gewinnen wir? Wir gewinnen, dass 50 v. H. aller bislang zustimmungspflichtigen Gesetze in Zukunft nicht mehr der Zustimmung des Bundesrates bedürfen. Dass heißt, dass wir mit unserer Stimme für den Bundestag künftig stärker als bisher wieder die Richtlinien der Politik auf Bundesebene bestimmen können; die personal- und realplebiszitäre Dimension des Wahlrechts erhält wieder mehr Substanz, weil der Bundestag, seine Mehrheit und die von ihr getragene Regierung das Programm besser umsetzen können, für das sie den Wählerauftrag erhalten haben.⁴³

Das ist ein großer Gewinn, auch wenn man natürlich darüber streitet, wie groß die Blockade von Bundesgesetzen durch den Bundesrat bislang war und welche Auswirkungen von der Neuregelung zu erwarten sind. Die Verwaltung des Bundesrates hat Statistiken vorgelegt, nach denen letztlich nur ca. 15 % der Gesetze am harten Widerstand des Bundesrates gescheitert sind. Bei formaler Betrachtung mag das stimmen; aber wenn man genauer hinsieht, wird man auch danach fragen müssen, wie viele Gesetze überhaupt nicht eingebracht worden sind, weil man wusste, dass man sie den Bundesrat nicht passieren würden, wie viele Gesetze im Vermittlungsausschuss geändert wurden, weil man einen Kompromiss finden musste, der eben nicht auf der Linie der Mehrheit lag. Und wenn man eine politische „Gewichtung“ der für eine Regierung zentralen Gesetze vornimmt, dann sieht die Statistik doch anders aus.

Die Entkoppelung von Organisations- und Verfahrensregelungen in Bundesgesetzen und dem Zustimmungserfordernis, verbunden mit der (politisch zwingenden) Öffnung für eine Abweichung der Länder ermöglicht erleichtert und flexibilisiert das Gesetzgebungsverfahren. Zwar ist die Regelung durch eine Intervention des Bundesjustizministeriums ziemlich kompliziert geworden, weil der Bund partout die Möglichkeit behalten wollte, auch verbindliche, abweichungsfeste Verfahrensregelungen zu treffen (Art. 84 Abs. 1 Satz 5 und 6 GG); das schreibt den Status Quo jedoch lediglich partiell fest und kann im vorliegenden Zusammenhang deshalb außer Betracht bleiben. Die Veränderung steckt in der Neufassung der Sätze 2 bis 4.

Um der Wahrheit die Ehre zu geben, muss allerdings auch erwähnt werden, dass die Länder auf einem *neuen Zustimmungstatbestand* bestanden haben. In die Finanzverfassung soll näm-

⁴³ Dazu P. M. Huber, Der Parteienstaat als Kern des politischen Systems – wie tragfähig ist das Grundgesetz?, JZ 1994, 689/690.

lich eine neue Vorschrift – Art. 104a Abs. 4 GG n. F. - aufgenommen werden, wonach Gesetze, die Geldleistungen, geldwerte Sachleistungen oder vergleichbare Dienstleistungen für die Bürger begründen, der Zustimmung des Bundesrates bedürfen. So reduziert man den Entflechtungsgewinn wieder zu einem erheblichen Teil. Dass dies die Durchschlagskraft der Reform mindert, liegt auf der Hand.

Auf der anderen Seite wurde die nach Art. 84 Abs. 1 bzw. Art. 85 Abs. 1 GG erforderliche Zustimmung des Bundesrates bislang häufig auch nur deshalb versagt, weil die Länder die finanziellen Auswirkungen eines Gesetzes nicht tragen wollten. Dass sie ein legitimes Interesse daran haben, vom Bund nicht mit Aufgaben belastet zu werden, ohne über deren Umfang mitbestimmen zu können, ist nicht von der Hand zu weisen. Vor diesem Hintergrund mag man den neuen Art. 104a Abs. 4 GG kritisieren; praktisch hat er jedoch seinen Sinn.

6. Durchgriffsverbot

Die Novellierung von Art. 84 Abs. 1 GG⁴⁴ hat ferner noch einen entscheidenden Vorteil für die kommunale Ebene. Denn der Durchgriff des Bundes auf die Kommunen wird untersagt, Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG. Mit der Weigerung des Bundespräsidenten, das Verbraucherinformationsgesetz auszufertigen, hat diese Bestimmung ihre Feuertaufe mittlerweile schon bestanden.⁴⁵

7. Europaverfassungsrecht

Abschließend nun zu den europaverfassungsrechtlichen Bemerkungen. Bei Art. 23 Abs. 4 und 5 haben sich die Länder nicht bewegt. Zwar hat die Bundesregierung sehr plausibel dargetan, wie belastend sich das innerstaatliche Mitwirkungsverfahren des Bundesrates für eine effektive Durchsetzung deutscher Interessen – so wie sie die Bundesregierung verstanden hat – in zahllosen Rechtssetzungsverfahren auf EU-Ebene ausgewirkt hat. Der damalige Staatssekretär im Bundesjustizministerium, Herr Geiger, hatte mir im Rahmen meiner Tätigkeit in der Bundesstaatskommission einmal eine Dokumentation zu 15 unterschiedlichen Richtlinien überlassen, einschließlich eines Zeitplans, der Kenntnisnahme, Stellungnahme des Bundesrates, Einigung und den Brüsseler Entscheidungsablauf auflistete. Daraus ergab sich, dass sich Bund

⁴⁴ Vergleichbares gilt für Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG n. F.

⁴⁵ F. Schoch, DVBl. 2007, 261 ff.

und Länder zwar stets auf eine gemeinsame Linie geeinigt haben, weshalb die Länder auch Probleme bei ihren Mitwirkungsbefugnissen schlichtweg leugnen. I. d. R. geschah dies aber erst ein oder zwei Tage vor der abschließenden Sitzung des Rates der EU, so dass eine wirkungsvolle Einflussnahme Deutschlands auf den Rechtssetzungsprozess nicht mehr stattfinden konnte.

Vor diesem Hintergrund bringt die Föderalismusreform immerhin einen kleinen Schritt nach vorn.⁴⁶ Der Ländervertreter soll in Zukunft nur noch in drei Bereichen tätig werden dürfen, nämlich bei Schulen, Rundfunk und Kultur. In diesen Fällen *muss* in Zukunft allerdings ein Landesminister Deutschland in Abstimmung mit der Bundesregierung vertreten. Das schafft einerseits Klarheit und reduziert zum andern die Anwendungsfälle. Besser wäre es gewesen, den Artikel zu streichen; aber dazu wird es vermutlich nicht kommen.

IV. Ambivalente Resonanz auf die Föderalismusreform

Lässt man die wesentlichen Änderungen der Föderalismusreform I Revue passieren, so wird sie trotz aller Mängel im Detail die bundesstaatliche Ordnung Deutschlands doch ein Stück weit flexibler, handlungs- und zukunftsfähiger machen. Sie wird eine klarere Verantwortungszurechnung ermöglichen und auch die europaverfassungsrechtlichen Gravamina geringfügig reduzieren.

Dennoch überwiegt derzeit die Kritik. Während nahezu alle Sachverständigen, die in der eingangs erwähnten Anhörung zu den Grundsatzfragen gehört wurden, sich im großen und ganzen zustimmend äußerten, fand das Reformvorhaben ab dem dritten Tag – ab diesem Zeitpunkt kamen die Fachpolitiken zu Wort, vom Strafvollzug über den Umweltschutz bis zur Sozialpolitik – keine Gnade.⁴⁷ Der Grundtenor war durchwegs: im Prinzip ja, aber nicht bei uns: nicht im Strafvollzug, weil die Länder nicht in der Lage sind, Gefängnisse zu führen; nicht im Umweltrecht, weil die Abweichungsmöglichkeit der Länder in einem Desaster enden müsse; nicht im Bereich der Bildung, weil der Bund die (parakonstitutionellen) Gestaltungsmöglichkeiten des goldenen Zügels nicht aus der Hand geben dürfe, etc. etc.⁴⁸ Dass es die

⁴⁶ P. M. Huber, ZG 21 (2006), 354/373 f.

⁴⁷ Die Stellungnahmen sind zugänglich unter <http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/foederalismusreform/Anhoerung/index.html>.

⁴⁸ Dazu auch St. Oeter, Die Änderungen im Bereich der Gesetzgebungskompetenzen, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform. Einführung, 2007, 2. Teil Rdnr. 19.

Reform dem Bund jetzt verwehren will, in Bereichen, in denen er keine Zuständigkeit hat, über den Umweg der Finanzhilfe in den Kompetenzen der Länder zu wildern, dafür findet man kaum Verständnis.

V. Legitimationsbedürftigkeit des Föderalismus als Zukunftsaufgabe

Wann immer es um die Fachpolitiken geht, will die überwältigende Mehrheit eigentlich bundeseinheitliche Regelungen. Der Föderalismus scheint als allgemeiner Grundsatz willkommen, für Sonntagsreden gut geeignet, aber nicht für die Praxis. Wenn es konkret will, wollen die Fachbruderschaften, aber auch die Öffentlichkeit bundeseinheitliche Regelungen – vom Strafvollzug bis zum Beamten- und Umweltrecht. Wenn es ernst wird, verhalten die Deutschen sich nicht als unsere Freunde auf der anderen Seite des Rheins, ist unser Lebensgefühl von dem der „République uné et indivisible“ nicht so weit entfernt. Das hat seinen Grund.

Die Sozialpsychologen haben herausgefunden, dass kollektive Identitäten – und dass es eine solche nationale kollektive Identität in Deutschland gibt, lässt sich derzeit angesichts der Fußballweltmeisterschaft täglich beobachten – durch ein „kollektives Gedächtnis“ geprägt werden, das über 400 bis 500 Jahre zurückreicht. Wenn man sich vor diesem Hintergrund dann überlegt, welche Erfahrungen wir Deutsche seit dem Jahre 1500 mit dem Föderalismus gemacht haben, dann waren es ziemlich schlechte. Reformation, Augsburger Religionsfrieden, Dreißigjähriger Krieg, der Verfall des Alten Reichs, während sich in unserer Nachbarschaft schlagkräftige Nationalstaaten herausbildeten, die Befreiungskriege und der Verrat des ancien régime an den Hoffnungen der Deutschen nationale Einheit und Freiheit. Bis 1848 hinaus waren die Erfahrungen mit den Gliedstaaten eher negativ, und so ähnlich ist es ja weitergegangen. Zwar schlug das Pendel während der NS-Herrschaft in die andere Richtung aus. Aber bei 500 Jahren spielen 12 wahrscheinlich keine so dominante Rolle.

Hat man dies erkannt, so leuchtet es unwillkürlich ein, warum wir von unserem Lebensgefühl zwischen Flensburg und Garmisch keine allzu unterschiedlichen Lebensverhältnisse dulden und weshalb der Staat so organisiert sein muss, dass er den Föderalismus in den Dienst der Gesamtheit stellt und sie nicht so sehr als Selbstzweck begreift. *Konrad Hesse* hat diese funktionale Betrachtungsweise schon in seinem Büchlein über den unitarischen Bundesstaat An-

fang der 1960er Jahre herausgearbeitet.⁴⁹ Seine Einsichten sind nach wie vor gültig, die Rahmenbedingungen aber haben sich geändert.

Das gilt insbesondere mit Blick auf die europäische Integration. Bei vier Ebenen, über die das europäische Mehr – Ebenen – System derzeit verfügt, ist eine Ebene vielleicht zuviel. Wenn es nicht gelingt, den Nutzen des Föderalismus zu beschreiben und zu vermitteln, dann werden wir ungeachtet seiner dreifachen Absicherung in Art. 79 Abs. 3 GG über kurz oder lang über eine Abschaffung diskutieren. Auf dem 65. Deutschen Juristentag hat immerhin ein Ministerialrat aus dem Bundesjustizministerium den Antrag gestellt, den Ländern durch eine neue Verfassung die Staatlichkeit zu nehmen und sie in Selbstverwaltungseinheiten umzuwandeln. Er hat zwar nur zwei Stimmen bekommen;⁵⁰ aber das war nur eine Momentaufnahme.

Was also legitimiert die Beibehaltung des föderalistischen Systems? Mehr Bürgernähe, eine dezentrale und daher mit den örtlichen Verhältnissen vertrautere Verwaltung, die Möglichkeit von trial and error; weil „Wettbewerbsföderalismus“ ja nicht bedeutet, dass die Länder gegeneinander konkurrieren und sich das Wasser abgraben, sondern dass sie für sich wie für den Gesamtstaat Wege erproben, die sich als Erfolg herausstellen und von den anderen Ländern übernommen werden können oder als Irrweg, von dem die anderen verschont bleiben. Föderalismus optimiert die Möglichkeiten staatsbürgerlicher Partizipation und er kann regionale Minderheiten schützen. Womöglich liegt es ja auch am Föderalismus, dass Deutschland das einzige große europäische Land ist, das keine separatistischen Tendenzen kennt und das selbst die Jahrhundertaufgabe, die ehemalige DDR zu integrieren, im großen und ganzen erfolgreich bewältigt hat. Herzlichen Dank.

⁴⁹ K. Hesse, Der unitarische Bundesstaat, 1962.

⁵⁰ Verh. 65. DJT Bonn 2004, Band II/2, P 301.