

## Reform des Föderalismus in Gesetzgebung und Verwaltung

### A. Zur Geschichte föderalistischer Reformen und Reformversuche

Dem „Dezember-Fieber“ in der Verwaltung vergleichbar, scheint der bevorstehende Übergang in ein neues Jahrhundert, ja sogar Jahrtausend, ein „Reform-Fieber“ auszulösen. *Reformatio ad infinitum*? Hatten die deutschen Staatsrechtslehrer für ihre Tagung 1998 den Beratungsgegenstand „Das parlamentarische Regierungssystem und der Bundesrat – Entwicklungsstand und Reformbedarf“<sup>1</sup> gewählt, so setzt auch das heutige Thema den Akzent auf die „Reform“ des Föderalismus in den Bereichen von Gesetzgebung und Verwaltung. Die Rechtsprechung fehlt; sie erscheint wohl wie seinerzeit schon *Montesquieu* als „en quelque façon nulle“.<sup>2</sup>

Für den Föderalismus ist wie für viele andere Bereiche die Reformdiskussion nicht neu. Bereits 1970 hatte der Bundestag eine Enquête-Kommission zu Fragen der Verfassungsreform eingesetzt,<sup>3</sup> wobei die Regierungsparteien insbesondere geklärt wissen wollten, inwieweit das Grundgesetz „einer Anpassung an die Fortentwicklung der bundesstaatlichen Struktur“ bedürfe.<sup>4</sup> Infolge der Auflösung des 6. Deutschen Bundestages konnte die Kommission nur einen Zwischenbericht vorlegen,<sup>5</sup> der sich ausführlich auch mit der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen sowie der Stellung des Bundesrats im Gesetzgebungsverfahren befaßte.<sup>6</sup> 1973 berief der 7. Deutsche Bundestag erneut eine Enquête-Kommission Verfassungsreform,<sup>7</sup> die ihrerseits zwei Unterkommissionen, eine für die Bund-Länder-Problematik, zeugte. Parallel hierzu bildeten die Länder eine Länderkommission Verfassungsreform, die sich mit länderrelevanten Themen beschäftigen und insoweit die Arbeit der Enquête-Kommission unterstützen sollte. 1976 erschien der Schlußbericht der Enquête-Kommission mit einem umfangreichen Teil II zum Thema „Bund und Länder“.<sup>8</sup> Sein weiteres Schicksal gleich dem fast aller Kommissionsberichte und läßt sich in der *Maxime* zusammenfassen: Sorgsam verwalten bis sie veralten.

---

<sup>1</sup> Berichte von *Rudolf Dolzer* und *Michael Sachs*, in: VVDStRL 58, 1999, S. 7 ff.

<sup>2</sup> *De l'Esprit des Lois*, XI, 6.

<sup>3</sup> Beschluß vom 8. 10. 1970, Sten. Ber. Bd. 73, S. 3893 ff.

<sup>4</sup> Antrag der Fraktionen der SPD und FDP vom 6. 5. 1970, BT-Drucks. 6/739.

<sup>5</sup> Fragen der Verfassungsreform. Zwischenbericht der Enquête-Kommission des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 6/3829, auch in: Zur Sache 1/73, hrsg. vom Deutschen Bundestag, Presse- und Informationszentrum.

<sup>6</sup> AaO. Erster Teil, C, V 3 und D, Zweiter Teil, D.

<sup>7</sup> Beschluß vom 22. 2. 1973, Sten. Ber. Bd. 82, S. 799; vgl. auch BT-Drucks. 7/214.

<sup>8</sup> BT-Drucks. 7/5924, auch in: Zur Sache 3/76 und 2/77.

Die Wiedervereinigung brachte eine Renaissance des Föderalismus, der zugleich den Beitritt der Mitteldeutschen erleichterte. Sie konnten sich einem Bundesstaat anschließen, in dem sie nach einer Restaurierung der früheren Länder nicht nur Deutsche, sondern zugleich Brandenburger oder Sachsen mit eigenen Landesparlamenten, Landesregierungen und Landeshauptstädten waren. Eilbedürftigkeit und Komplexität des Einigungsprozesses geboten es jedoch, einen tiefgreifenden Verfassungsumbau zu verschieben. Art. 5 des Einigungsvertrages empfahl daher den gesetzgebenden Körperschaften, sich innerhalb von zwei Jahren mit einer Grundgesetzreform im Zusammenhang mit der deutschen Wiedervereinigung, insbesondere auch „in bezug auf das Verhältnis zwischen Bund und Ländern“ zu befassen. Daraufhin setzte zunächst der Bundesrat eine eigene Kommission Verfassungsreform ein,<sup>9</sup> bevor der Bundestag im November 1991 eine Gemeinsame Verfassungskommission aus Mitgliedern des Bundestages und des Bundesrates ins Leben rief.<sup>10</sup> Deren Arbeiten führten dann 1994 zu umfangreichen Grundgesetz-Änderungen,<sup>11</sup> vor allem zu beachtlichen Reformen im Abschnitt über die Gesetzgebung des Bundes. Schon zuvor hatte die Gemeinsame Verfassungskommission im Interesse einer rechtzeitigen Ratifizierung des Maastricht-Vertrags Empfehlungen zum Thema „Grundgesetz und Europa“ gegeben. Aus ihnen gingen Ende 1992 Grundgesetz-Änderungen, vor allem die Einfügung eines neuen Art. 23 über die Mitwirkung des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union, hervor.<sup>12</sup>

Neben dem Bund bemühen sich auch die Länder um Reformen. So hat Bayern eine Enquête-Kommission „Reform des Föderalismus – Stärkung der Landesparlamente“ eingesetzt.<sup>13</sup> Berücksichtigt man schließlich, daß das Grundgesetz bereits bei Inkrafttreten einen (damals noch bindenden) Auftrag zur Neugliederung der Länder enthielt,<sup>14</sup> so sind fünfzig Jahre Grundgesetz zugleich ein halbes Jahrhundert durchgeführter und unterlassener Reformen grundgesetzlicher Bundesstaatlichkeit.

## B. Reformen des Föderalismus in Angelegenheiten der Gesetzgebung

### I. Bundes- oder Länder-Vorrang bei der Gesetzgebung

#### 1. Vom Föderalismus-Diktat zur „Wiedergutmachung von Besatzungsunrecht“

„Das Grundgesetz hat – in weit höherem Maße als z. B. die Weimarer Verfassung – einen ausgesprochen föderativen Charakter.“ Dieses Zitat findet sich nicht in einem

<sup>9</sup> Beschluß des Bundesrates vom 1. 3. 1991, BR-Drucks. 103/91 (Beschluß); siehe auch den Bericht der Verfassungskommission des Bundesrates, BR-Drucks. 360/92.

<sup>10</sup> Vgl. BT-Drucks. 12/1590, 12/1670 und BR-Drucks. 741/91 (Beschluß).

<sup>11</sup> (42.) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. 10. 1994 (BGBl. I S. 3146).

<sup>12</sup> (38.) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 21. 12. 1992 (BGBl. I S. 2086).

<sup>13</sup> Beschluß des Landtags vom 26. 11. 1998, LT-Drucks. 14/118.

<sup>14</sup> Art. 29 Abs. 1 Satz 1 GG vom 23. 5. 1949 (BGBl. I S. 1); geändert durch Art. I Nr. 1 des 33. Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 29 und 39) vom 23. 8. 1976 (BGBl. I S. 2381).

Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, sondern ist Tenor eines Memorandums des „Fünferausschusses“ an die Alliierten vom Februar 1949.<sup>15</sup> Mit ihm erstrebte der Parlamentarische Rat das Wohlwollen der Militärgouverneure, die sich im Frankfurter Dokument Nr. I<sup>16</sup> die Genehmigung des Grundgesetzes vorbehalten und auch für die Länder „eine Regierungsform des föderalistischen Typs“ vorgegeben hatten. Dieser amor foederis resultierte allerdings weniger aus altruistischem Verfassungsinteresse, denn aus eigenem Staatsinteresse der Besatzungsmächte. Neben Großbritannien sehnte sich vor allem Frankreich nach den, wie *Stürmer* formuliert, „vielen schönen ‚Deutschländern‘“ des 19. Jahrhunderts.<sup>17</sup>

Auf die bundesstaatlichen Regelungen des Grundgesetzentwurfes reagierten die Besatzungsmächte mit einer unverhohlenen und für den Parlamentarischen Rat unerwarteten Schärfe. Die Süddeutsche Zeitung<sup>18</sup> titelte auf der ersten Seite: „Halboffizielle Warnung an Bonn: US-Militärregierung kritisiert Grundgesetz, ‚Krasse Widersprüche zu den alliierten Empfehlungen – Prinzip des Föderalismus nicht beachtet.‘“ Offiziell verwiesen die Alliierten „mit allem Nachdruck“ auf ihr früheres Aide Mémoire, von dem der Parlamentarische Rat „in bedauerlichem Maße“ abgewichen sei.<sup>19</sup> Sie verlangten, die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes in eine Vorranggesetzgebung der Länder umzuformen; danach sollten die Länder die Gesetzgebung behalten, „außer wenn es offenbar für ein einziges Land unmöglich ist, wirksame Gesetze zu erlassen, oder wenn solche Gesetze ... den Rechten oder Interessen anderer Länder schädlich wären.“ Im einzelnen wurden die Bereiche der Vorranggesetzgebung genau umschrieben. Über gemeinsame Steuern sollte sie der Bund nur insoweit ausüben dürfen, als er Mittel zur Erfüllung seiner Verpflichtungen benötigte.<sup>20</sup>

Das Föderalismus-Diktat der Sieger erschien der deutschen Seite unannehmbar. Die Dekane der westdeutschen Rechtswissenschaftlichen Fakultäten erklärten in einer Stellungnahme vom März 1949,<sup>21</sup> das alliierte Memorandum gebe „Anlaß zu der Befürchtung, daß dadurch die Rechtseinheit auf dem Gebiete der Justizgesetzgebung aufgehoben werden könnte“. Sie fuhrten fort: „Ohne diese Rechtseinheit läßt sich aber die deutsche Wirtschaft nicht wieder herstellen. In einer Zeit, in der man sich bemüht, die Zivilgesetze international zu vereinheitlichen, läßt es sich nicht verstehen, daß die Rechtseinheit dort zerschlagen wird, wo sie glücklich errungen ist.“

<sup>15</sup> Abgedruckt in: Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle. Band 8: Die Beziehungen des Parlamentarischen Rates zu den Militärregierungen, bearbeitet von *Michael Feldkamp*, 1995, Nr. 40, S. 101.

<sup>16</sup> Abgedruckt bei *Ernst Rudolf Huber*, Quellen zum Staatsrecht der Neuzeit, Bd. 2, Deutsche Verfassungsdokumente der Gegenwart (1919 – 1951), 1951, S. 197 ff.

<sup>17</sup> *Michael Stürmer*, Die Grenzen der Macht, 1992, S. 77; zur Haltung Frankreichs auch *Merten*, Deutschland im europäischen Kräftefeld, in: *Kloepfer/Merten/Papier/Skouris*, Kontinuität und Diskontinuität in der deutschen Verfassungsgeschichte, 1994, S. 19 (24 f.).

<sup>18</sup> Vom 15. 2. 1949.

<sup>19</sup> Memorandum vom 2. 3. 1949, einer Abordnung des Parlamentarischen Rates von den Militärgouverneuren überreicht, sub 2, abgedruckt bei *E. R. Huber* aaO., S. 210 ff.

<sup>20</sup> Hierzu neuestens *Heinrich Wilms*, Ausländische Einwirkungen auf die Entstehung des Grundgesetzes, 1999, S. 221 ff.; siehe ferner *Reinhard Mußgnug*, Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 6 RN 76 ff.

<sup>21</sup> Abgedruckt in: Zentral-Justizblatt für die Britische Zone 1949, S. 68.

Wenn sich der Parlamentarische Rat auch nach zähen und mühsamen Verhandlungen gegen die gelenkte Demokratie der Besatzungsmächte durchsetzen konnte, so gelang dies nur unter Zugeständnissen. Zu ihnen gehörte die Fassung des späteren Art. 72 GG, der sog. Bedürfnis-Klausel, deren Interpretation selbst nach einer Novellierung bis heute vielleicht auch deshalb Schwierigkeiten bereitet, weil es sich um ein Besatzungskind handelt.<sup>22</sup> Der Parlamentarische Rat hatte ursprünglich eine ebenso knappe wie bundesfreundliche Regelung für die Handhabung der Vorranggesetzgebung, der späteren konkurrierenden Gesetzgebung, vorgesehen. Danach sollte der Bund in diesen Bereichen nur regeln, was einheitlich geregelt werden mußte. Solange der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch machte, sollten die Länder legerlieferieren dürfen.<sup>23</sup> Nach der Intervention der Militärgouverneure wurde die Vorschrift, der spätere Art. 72 Abs. 2 GG, nun länderfreundlicher, aber auch komplizierter. Der Bund erhielt das Gesetzgebungsrecht für die konkurrierende Gesetzgebung wie für die Rahmengesetzgebung nur, „soweit ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung“ bestand. Hierfür sah die Verfassungsbestimmung enumerativ lediglich drei Möglichkeiten vor: Zum einen, wenn die Angelegenheit durch ein einzelnes Land nicht wirksam geregelt werden konnte, zum anderen, wenn die Regelung durch ein Landesgesetz die Interessen anderer Länder oder der Gesamtheit beeinträchtigen könnte, und zum dritten, wenn die „Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit, insbesondere die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus“ ein Bundesgesetz erforderte. Noch in ihrem Genehmigungsschreiben zum Grundgesetz äußerten sich die Militärgouverneure zur Interpretation dieses Verfassungsartikels.<sup>24</sup>

Gerade die Entstehungsgeschichte, aber auch der Wortlaut des Art. 72 Abs. 2 GG, der nun nicht mehr empfiehlt, sondern anordnet, schließen es aus, daß die Bedürfnis-Klausel dem Bund politische Gestaltungsfreiheit einräumen sollte. Die zahlreichen unbestimmten Verfassungsbegriffe der Vorschrift lassen nur einen Wertungs- und Beurteilungsspielraum des Bundesgesetzgebers zu. Dennoch wird die Gemeinsame Verfassungskommission knapp fünfundvierzig Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes feststellen: „Die bisherige Fassung der Bedürfnisklausel hat sich als eines der Haupteinfallstore für die Auszehrung der Länderkompetenzen erwiesen.“<sup>25</sup>

Die entscheidende Bresche für dieses Einfallstor hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geschlagen. Nach eindeutiger Vorankündigung bereits im Jahre 1952<sup>26</sup> entschied das Gericht ein Jahr später:<sup>27</sup> „Die Frage, ob ein Bedürfnis nach bun-

<sup>22</sup> Zur Ausgestaltung dieses Artikels (früher: Art. 36) vor und nach der Intervention der Besatzungsmächte siehe Parlamentarischer Rat, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Entwürfe) 1948/49, S. 183 f., 217 f., 248 f.; ferner *Füsslein*, in: JÖR N.F. Bd. 1, 1951, S. 465 f.

<sup>23</sup> Art. 36 Abs. 2 des Grundgesetzentwurfs in der Fassung der 3. Lesung des Hauptausschusses, abgedruckt in: Parlamentarischer Rat (FN 22) S. 217 f.

<sup>24</sup> Schreiben vom 12. 5. 1949 an Dr. Adenauer, sub 7, abgedruckt in: Der Parlamentarische Rat (FN 15), Nr. 80, S. 273 ff.

<sup>25</sup> BT-Drucks. 12/6000, S. 33.

<sup>26</sup> BVerfGE 1, 264 (272 f.).

<sup>27</sup> BVerfGE 2, 213 (214 L. 6, 224 f.)

desgesetzlicher Regelung besteht, ist eine Frage pflichtgemäßen Ermessens des Bundesgesetzgebers, die ihrer Natur nach nicht justitiabel und daher der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich entzogen ist.“ Damit wurde eine ständige Rechtsprechung begründet,<sup>28</sup> auf die sich das Gericht auch in späteren Jahrzehnten stützte, obwohl die Judikatur nicht ganz geradlinig verlief.<sup>29</sup> Gleichzeitig wurde eine entscheidende Weiche in Richtung auf einen „unitarischen Bundesstaat“<sup>30</sup> gestellt.

Es spricht viel dafür, daß an dieser Rechtsprechung des Ersten Senats dessen Vorsitzender, der Präsident des Bundesverfassungsgerichts *Höpker-Aschoff*,<sup>31</sup> entscheidenden Anteil hatte. Aus dem preußischen Justizdienst hervorgegangen und in der Weimarer Republik lange Jahre als preußischer Finanzminister tätig gewesen, gehörte er im Parlamentarischen Rat jenem kleinen Kreis von Abgeordneten an, der den Alliierten die deutsche Haltung in Fragen der Gesetzgebungszuständigkeit, insbesondere für die Steuergesetzgebung deutlich machten. Er war auch Sprecher in den Verhandlungen mit alliierten Finanzexperten, in denen er sich nicht nur für eine einheitliche Bundesfinanzverwaltung, sondern auch für eine einheitliche Bundesgesetzgebung einsetzte, wie er schon in der Weimarer Republik einen „Deutschen Einheitsstaat“ gefordert hatte.<sup>32</sup> Gegenüber dem Vertreter der Alliierten faßte er einmal (für die Steuer-Vorranggesetzgebung) zusammen: „Ich bin sehr dankbar dafür, ... daß Sie dem Bund das Recht der Gesetzgebung geben wollen, wo der Bund eine einheitliche Gesetzgebung um der Einheit willen für nötig hält. Mehr wollen wir nicht ...“<sup>33</sup> Diese Stellungnahme unterscheidet sich nicht wesentlich von dem späteren verfassungsgerichtlichen Leitsatz und der Kompetenzausübungsvorschrift im Grundgesetz-Entwurf vor der Intervention der Alliierten. Man kann daher wohl die bundesfreundliche Interpretation des Art. 72 GG durch das Bundesverfassungsgericht als eine Art „Wiedergutmachung von Besatzungsunrecht“ bezeichnen.<sup>34</sup>

## 2. Erforderlichkeits-Klausel statt Bedürfnis-Klausel

Dieser historische Rückblick ist unerlässlich, um Art und Ausmaß der Grundgesetz-Änderung von 1994 zu verstehen. Durch sie wurde Art. 72 Abs. 2 GG nicht nur verkürzt, sondern die bisherige Bedürfnis-Klausel in eine Erforderlichkeits-Klausel verwandelt. Nunmehr hat der Bund im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung und der Rahmengesetzgebung das Gesetzgebungsrecht nur, „wenn und soweit die Her-

<sup>28</sup> BVerfGE 4, 115 (127 f.); 10, 234 (245); 33, 224 (229); 65, 1 (63); 65, 283 (289).

<sup>29</sup> Einen anderen Akzent setzen BVerfGE 4, 230 (233 f.); 26, 338 (382 f.); 67, 299 (327); 78, 249 (270).

<sup>30</sup> Grundlegend: *Konrad Hesse*, Der unitarische Bundesstaat, 1962.

<sup>31</sup> Zu ihm: *Thomas Aders*, Die Utopie vom Staat über den Parteien. Biographische Annäherungen an *Hermann Höpker-Aschoff* (1883–1954), 1994.

<sup>32</sup> *Hermann Höpker-Aschoff*, Deutscher Einheitsstaat. Ein Beitrag zur Rationalisierung der Verwaltung, 1928.

<sup>33</sup> Besprechung mit alliierten Finanzexperten am 9. 3. 1949, in: Parlamentarischer Rat (FN 15), Nr. 52, S. 158 (165).

<sup>34</sup> In diesem Sinne auch *Wilms* (FN 20) S. 215.

stellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.“ Die Voraussetzungen für die Kompetenzausübung wurden, wie die Gemeinsame Verfassungskommission begründete, konzentriert, verschärft und präzisiert, um „die als unzureichend empfundene Justitiabilität der Bedürfnisklausel durch das Bundesverfassungsgericht zu verbessern“. <sup>35</sup> Zu diesem Zweck wurde zusätzlich ein neuer Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG eingefügt, wonach das Bundesverfassungsgericht auf Antrag des Bundesrates, einer Landesregierung aber auch der Volksvertretung eines Landes darüber entscheidet, ob ein Gesetz den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG entspricht. Durch die Verfassungsnovellierung ist es dem Bundesverfassungsgericht möglich, seine Interpretation des Art. 72 Abs. 2 GG zu ändern, ohne die bisherige Rechtsprechung aufgeben zu müssen.

Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 72 Abs. 2 GG n.F. machen deutlich, daß der Bundesgesetzgeber künftig die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung nicht abschließend ohne die Möglichkeit verfassungsgerichtlicher Kontrolle für sich reklamieren darf. Richtigerweise ist bei der Kompetenzausübung danach zu unterscheiden, ob einerseits die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für ein Tätigwerden des Bundesgesetzgebers vorliegen und ob dieser andererseits ein Tätigwerden für opportun hält. Finden sich unter den Handlungsvoraussetzungen unbestimmte Verfassungsbegriffe wie „gesamtstaatliches Interesse“, so steht dem Entscheidungsträger ein Beurteilungsspielraum oder eine Einschätzungsprärogative zu, die die verfassungsgerichtliche Kontrolle einschränkt, aber nicht ausschließt. So prüft das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Erforderlichkeit als Teilelement des Verhältnismäßigkeitsprinzips durchaus, ob der Gesetzgeber bei Grundrechtseingriffen schonender oder mit einem milderen Eingriffsmittel hätte vorgehen können. <sup>36</sup> Diese Rechtsprechung kann auf Art. 72 Abs. 2 GG übertragen werden, auch wenn das Übermaßverbot als solches im Bund-Länder-Verhältnis nicht gilt. <sup>37</sup> Da der verfassungsändernde Gesetzgeber eine ausdrückliche Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für Meinungsverschiedenheiten über das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG aufgenommen hat, wird sich die Justitiabilität der Erforderlichkeits-Klausel wohl kaum verneinen lassen. <sup>38</sup>

Ob die Neufassung des Art. 72 GG die Inanspruchnahme der Gesetzgebungskompetenzen durch den Bundesgesetzgeber verringern wird und damit dem Regel-Ausnahme-Grundsatz des Art. 70 Abs. 1 GG für eine Gesetzgebungsbefugnis der Länder mehr Raum schafft, läßt sich angesichts der relativ kurzen Zeitspanne seit Inkrafttreten der Grundgesetzänderung noch nicht feststellen. Eine Beurteilung ist vor allem deshalb schwierig, weil mit Hilfe einer Übergangsvorschrift der Status quo

<sup>35</sup> BR-Drucks. 12/6000, S. 33.

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE 20, 150 (161 f.); 63, 88; 81, 156 (192 f.).

<sup>37</sup> BVerfGE 81, 310 (338).

<sup>38</sup> Ebenso *Sturm*, in Sachs (Hg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 1999, Art. 93 RN 50; *Stettner*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz, Bd. II, 1998, Art. 72 RN 17; vgl. auch *Arndt Schmehl*, Die erneuerte Erforderlichkeitsklausel in Art. 72 Abs. 2 GG, DÖV 1996, S. 724 (727 ff.); zum früheren Rechtszustand auch *Merten*, in: ders. (Hg.), Die Subsidiarität Europas, 2. Aufl. 1994, S. 94 ff.

festgeschrieben wurde. Gemäß Art. 125a Abs. 2 GG gilt Recht, das auf Grund der früheren Fassung des Art. 72 Abs. 2 GG erlassen wurde, als Bundesrecht fort. Allerdings können Bundesgesetze vorsehen, daß dieses frühere Recht durch Landesrecht ersetzt werden kann. Dementsprechend hatten die Länder Bayern, Baden-Württemberg und Hessen beim Bundesrat einen Gesetzentwurf eingebracht, der in 21 Artikeln Änderungen vom Krankenhausfinanzierungsgesetz bis zum Haftpflichtgesetz mit dem Ziel vorsah, bundesrechtliche durch landesrechtliche Regelungen zu ersetzen.<sup>39</sup> Von den Bundesrats-Ausschüssen zurückgestutzt, soll ein vom Bundesrat beschlossener Gesetzentwurf nunmehr durch sog. Öffnungsklauseln eine Reihe bundesgesetzlich geregelter Materien in die Gesetzgebungskompetenz der Länder zurückführen.<sup>40</sup>

In einigen Fällen hat sich der Bundesgesetzgeber in seiner Normierungsfreude tatsächlich zurückgehalten. Ursache hierfür war aber nicht föderalistische Reverenz, sondern politische Impotenz. Da sich Bundesregierung und Bundesrat bei dem zustimmungspflichtigen Dienstrechtsreformgesetz<sup>41</sup> nicht auf eine Regelung über die Teilzeitbeschäftigung von Beamten, insbesondere über die sogenannte Zwangsteilzeit, einigen konnten, ist es schließlich im Vermittlungsausschuß zu der jetzigen Leerformel des § 44a des Beamtenrechtsrahmengesetzes gekommen, wonach Teilzeitbeschäftigung für Beamte durch Gesetz (wie sonst?) zu regeln ist. Die hierin liegende Freigabe für den Landesgesetzgeber beruht allerdings nicht auf der neuen Erforderlichkeits-Klausel, sondern auf der fehlenden Zustimmungsbereitschaft des Bundesrates für detailliertere bundesgesetzliche Regelungen.

Verfehlt ist es in diesem Zusammenhang, aus der Bedürfnis-Klausel wie aus einem Steinbruch Satzbrocken herauszulösen und aus der Wortfolge „Herstellung gleichwertiger (früher: einheitlicher) Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“ ein Staatsziel zu gewinnen.<sup>42</sup> Die These, das Grundgesetz verlange die Herstellung einheitlicher oder gleichwertiger Lebensverhältnisse, wird auch durch häufigen Gebrauch, insbesondere in politischen Sonntagsreden nicht richtiger. Art. 72 Abs. 2 GG steht im systematischen Zusammenhang mit der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern. Die Verfassung formuliert an dieser Stelle konsekutiv und nicht final. Die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet ist nicht Ziel, sondern Voraussetzung einer Bundesgesetzgebung. Wo die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse es erforderlich macht, soll der Bund, wo gleichwertige Lebensverhältnisse nicht erforderlich sind, sollen die Länder Gesetze erlassen. Bejahte man ein Staatsziel oder auch nur ein Gesetzgebungsziel der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse, dann wäre allein deswegen immer der Bund zuständig und fände eine Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern nicht mehr statt.

---

<sup>39</sup> BR-Drucks. 77/98 vom 21. 1. 1998.

<sup>40</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Art. 125a Abs. 2 GG vom 15. 10. 1999, BR-Drucks. 542/99 (Beschluß).

<sup>41</sup> Gesetz zur Reform des öffentlichen Dienstrechts (Reformgesetz) vom 24. 2. 1997 (BGBl. I S. 322).

<sup>42</sup> Vgl. Merten, Über Staatsziele, DÖV 1993, S. 368 (370 ff.).



Die wohl aus dem Demokratieprinzip fälschlicherweise abgeleitete Gleichheits- oder auch Gleichwertigkeitsideologie findet im Grundgesetz, das sich nur zur Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz bekennt, keine Stütze und widerspricht auch dem Fundamentalprinzip der Bundesstaatlichkeit. Einheitlichkeit, aber auch Gleichwertigkeit sind für den Einheitsstaat charakteristisch, während der Bundesstaat gerade den landsmannschaftlichen, geschichtlichen, kulturellen, wirtschaftlichen und sozialen Unterschieden seiner Glieder Rechnung tragen soll.<sup>43</sup> Wo immer im Bundesstaat die Länder zuständig sind, sind sie weder verpflichtet noch imstande, angesichts real existierender Unterschiede Gleichheit oder Gleichwertigkeit über ihre Ländergrenzen hinaus sicherzustellen. Gleichwertigkeit im Bundesstaat zu verwirklichen, erscheint so utopisch, wie der den Berlinern zugeschriebene Wohnsitzwunsch: Vorne die Friedrichstraße und hinten die Ostsee.

Mit der Grundgesetzänderung von 1994 sollte eine Reföderalisierung bewirkt werden, wobei neben dem schon erwähnten Art. 72 auch auf Art. 75 GG hinzuweisen ist, der Neuregelungen über die Rahmengesetzgebung des Bundes enthält. Hatte das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung dem Bundesgesetzgeber bei Erlass von Rahmenvorschriften ungeachtet des Begriffs das Recht zugestanden, für einzelne Teile einer Gesetzgebungsmaterie eine Vollregelung mit unmittelbarer Wirkung zu treffen,<sup>44</sup> so bestimmt Art. 75 Abs. 2 GG nunmehr, daß Rahmenvorschriften nur in Ausnahmefällen in Einzelheiten gehende oder unmittelbar geltende Regelungen enthalten dürfen. Ungeachtet dessen sind Meinungsverschiedenheiten zwischen Bund und Ländern geblieben. Fast alle Länder haben in einer Protokollerklärung ihre vom Wortlaut wohl gedeckte Auffassung niedergelegt, daß in Einzelheiten gehende oder unmittelbar geltende Regelungen grundsätzlich verboten seien und Art. 75 Abs. 2 GG nur in Ausnahmefällen von diesem Verbot befreie.<sup>45</sup> Daraus folgern sie die Unzulässigkeit einer erschöpfenden Regelung für einzelne Teile des Gesetzgebungsvorhabens oder einer Gesetzesmaterie – eine sogenannte „punktuelle Vollregelung“ – für die Zukunft.

## II. Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern

Eine Rückübertragung von Gesetzgebungsmaterien des Bundes auf die Länder hat, von marginalen Ausnahmefällen abgesehen, nicht stattgefunden. So wurde lediglich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die „Staatsangehörigkeit in den Ländern“ (Art. 74 Nr. 8 GG a.F.) aufgehoben und der „Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung in das Ausland“ aus der konkurrierenden in die Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 75 Abs. 1 Nr. 6 GG) verwiesen. Gleichzeitig hat jedoch der Bund eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für

<sup>43</sup> Vgl. auch Art. 29 Abs. 1 Satz 2 GG.

<sup>44</sup> BVerfGE 4, 115 (128 f.), 43, 291 (343), st. Rspr.

<sup>45</sup> Vgl. Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BR-Drucks. 800/93 vom 5. 11. 1993, S. 36.



die Bereiche der Staatshaftung, der Genveränderung, der Organtransplantation und der künstlichen Befruchtung beim Menschen erhalten (Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 und 26 GG).

Damit setzt sich eine etwa vierzigjährige Entwicklung fort, die gerade auf dem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung immer mehr Materien dem Bund zuweist. Bei Durchnummerierung und Einbeziehung des wichtigen Art. 74a GG enthielte Art. 74 GG statt der ursprünglich dreiundzwanzig Nummern im Jahre 1949 heute dreißig Nummern mit einzelnen Sachgebieten, was einen Anstieg von mehr als 30 v.H. ergibt.

Neben der Interpretation der Bedürfnis-Klausel ist diese Kompetenzübertragung die zweite wesentliche Ursache für den Weg in den unitarischen Bundesstaat. Vielfach ist mit dem technischen und wirtschaftlichen Fortschritt das gesamtstaatliche Interesse an einer bundesrechtlichen Regelung gewachsen, was beispielsweise für die Nutzung der Kernenergie (Art. 74 Nr. 11a GG) oder die Luftreinhaltung (Art. 74 Nr. 24 GG) einsichtig ist. Jüngster Beispielsfall ist die Organtransplantation (Art. 74 Nr. 26 GG). Da sich die Länder weder auf das Zustimmungsvorgehen noch auf das Widerspruchsverfahren einigen konnten, wäre hier möglicherweise ein neues landesherrliches Recht des ersten Organzugriffs (*ius primae captationis*) nach einer *Maxime „cuius regio, eius corpus“* entstanden. Die Autofahrer hätten umständliche Routen durch Deutschland wählen müssen, um einer Organausschlachtung im Ernstfall zu entgehen. Vor diesem Szenarium war es vernünftig, dem Bund die Gesetzgebungszuständigkeit für eine bundeseinheitliche Regelung zuzubilligen. Aus diesem Grunde wurde dann auch ein schon beschlossenes, aber noch nicht verkündetes rheinland-pfälzisches Transplantationsgesetz durch Gegenbeschluß wieder aufgehoben.<sup>46</sup>

Im Gegensatz zur bundeseinheitlichen Regelung im gesamtstaatlichen Interesse steht die Kompetenzübertragung zwecks bundeseinheitlicher Regelung im Länderinteresse, nämlich zur Verhinderung von Länderkonkurrenz. Zu ihr kommt es, wenn Wettbewerbsföderalismus (kompetitiver Föderalismus)<sup>47</sup> meist aus finanziellen Gründen für die Länder oder zumindest für die finanzschwächeren Länder nicht erwünscht ist. Prototyp hierfür ist die Einfügung des Art. 74a GG, der dem Bund die konkurrierende Gesetzgebung für die Besoldung und Versorgung im öffentlichen Dienst verschafft hat. In einer – heute schwer vorstellbaren – Epoche des Lehrermangels hatten finanzstarke Länder, wie z.B. Hessen, durch Besoldungserhöhungen Bewerber angezogen. Um eine Besoldungsspirale einerseits oder die Abwanderung geeigneter Bewerber andererseits zu verhindern, haben die Länder schließlich die Besoldungs- und Versorgungskompetenz dem Bund abgegeben, wobei sie für die entsprechenden Bundesgesetze ein Zustimmungserfordernis des Bundesrates durchsetzen konnten, ebenso wie jüngst bei der Übertragung der Staatshaftungskompetenz auf den Bund.

Die Auszehrung der Länderkompetenzen zugunsten eines unitarischen Bundesstaates ist in den letzten Jahren durch die europäische Unitarisierung zusätzlich ver-

<sup>46</sup> Gesetzesbeschluß vom 23. 6. 1994 (LT-Drucks. 12/5037, S. 1 f.), aufgehoben durch einstimmigen Beschluß des Landtags in der 85. Sitzung vom 25. 8. 1994 (Plenarprotokolle Bd. 6, S. 6823); s. auch LT-Drucks. 12/5291.

<sup>47</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang *Barbara Stamm/Gerhard Merkl*, Kompetitiver Föderalismus, ZRP 1998, S. 467 ff.

stärkt worden. Geht es im ersten Falle um die Kompetenzverlagerung von der Länder-ebene auf die Bundesebene, so werden bei der zweiten Variante gesamtstaatliche Kompetenzen – und damit auch Länderkompetenzen – von der Ebene der Mitgliedstaaten auf die der Europäischen Union transponiert. Der Abwanderungseffekt wird dadurch vergrößert, daß EG-Organen mitunter mit Kompetenzgrenzen sehr großzügig verfahren, was das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil<sup>48</sup> zu Recht beanstandet hat. Der Kompetenzverlust der Länder zugunsten Europas kann auch durch Einführung des Subsidiaritätsprinzips und des Erforderlichkeitsgrundsatzes (Art. 5 Abs. 2 und 3 EGV, ex-Art. 3b Abs. 2 und 3) nicht ausgeglichen, sondern allenfalls in seinen Wirkungen begrenzt werden. Die Verfassungskompensation, die die Länder für ihre Kompetenzabgaben erstreiten konnten, ist unvollständig. Denn die Mitwirkung der Länder in Angelegenheiten der Europäischen Union reduziert sich auf eine Mitwirkung des Bundesrates, weshalb letztlich nicht jedes einzelne Land, sondern nur die Mehrheit der Länder mitwirkt. Zum anderen bedeutet „Beteiligungsföderalismus“ keine Länderpartizipation, sondern nur eine Partizipation der Landesregierungen. Damit wird der Exekutivföderalismus gestärkt, der Parlamentsföderalismus aber geschwächt. Die Aufgaben der Landesparlamente schrumpfen, werden, wie Schmidt-Jortzig sagt, „marginalisiert“.<sup>49</sup>

Selbst im Bereich der Gesetzgebungskompetenz der Länder, die das Grundgesetz neuerdings „ausschließliche Gesetzgebungsbefugnisse der Länder“ (Art. 23 Abs. 6 GG) nennt, können die Länder vielfach nicht autonom entscheiden. Wegen der Interdependenz im Bundesstaat hat man versucht, z. B. im Bereich des Polizeirechts und des Verfahrensrechts, durch sogenannte Musterentwürfe übereinstimmendes, also allgemeines Recht zu schaffen. Auch diese Bestrebungen sind zu Lasten der Landesparlamente gegangen, da die Entwürfe von Vertretern der Exekutive ausgearbeitet wurden. Die Landesparlamente waren bei ihren Entscheidungen nur noch formal frei, da jede Abweichung vom Entwurf die Allgemeinheit des Landesrechts beeinträchtigte.

Die Unitarisierungstendenzen erscheinen unaufhaltsam und unumkehrbar. Unter dieser Prämisse sind die auf den Bund oder die Europäische Union übertragenen Länderkompetenzen nicht zurückzugewinnen. Das ist für die Europäische Union evident, aber die Europäisierung des Rechts erzeugt auch innerstaatlich eine Sogwirkung, die zur Rechtsvereinheitlichung und nicht zur Rechtszersplitterung, zur Unitarisierung und nicht zur Regionalisierung des Rechts tendiert.

Für die Landesparlamente bedeutet Kompetenzverlust Aufgabenverlust. Der Schwerpunkt der Landesgesetzgebung liegt nun mitunter bei landesspezifischen Besonderheiten, in Rheinland-Pfalz z. B. beim Absatzförderungsgesetz Wein.<sup>50</sup> Dafür steigt die Zahl der Großen und Kleinen Anfragen überproportional. Die mündli-

---

<sup>48</sup> BVerfGE 89, 155 (210).

<sup>49</sup> So Schmidt-Jortzig, DÖV 1998, S. 746 (747 sub II 2).

<sup>50</sup> Vgl. Landesgesetz zur Festsetzung der Abgabe nach dem Absatzförderungsgesetz Wein für das Jahr 1989 vom 4. 1. 1989 (GVBl. S. 1); Zweites Landesgesetz zur Änderung des Absatzförderungsgesetzes Wein vom 28. 12. 1989 (GVBl. S. 263). Sie machten von den 14 verkündeten Landesgesetzen knapp 15 v. H. aus.

chen Anfragen haben z.B. in Rheinland-Pfalz in der 11. Wahlperiode um knapp 170% gegenüber der 10. Wahlperiode zugenommen. Nun ist die Kontrolle der Exekutive sicherlich eine der wesentlichen Aufgaben des Parlaments. Im Übermaß, gleichsam zur Selbstbestätigung oder zur Selbsterhaltung vorgenommen, greift sie jedoch in den verfassungsrechtlich geschützten Raum der Exekutive ein, macht das Parlament zur Nebenregierung und gefährdet den ordnungsmäßigen Gang der Verwaltung.

Gleichsam als ABM-Maßnahme für Landtage ermöglicht es eine Grundgesetzänderung von 1994, Rechtsverordnungen in den Mantel eines Landesgesetzes zu kleiden. Art. 80 Abs. 4 GG in seiner neuen Fassung sieht vor, daß die Länder zu einer Regelung durch Gesetz befugt sind, wenn die Landesregierungen durch Bundesgesetz oder auf Grund von Bundesgesetzen Rechtsverordnungen erlassen dürfen. Diese Vermengung von Normtypen begegnet jedoch Bedenken. Falls parlamentarische Beratung erforderlich erscheint, kann der mit der Sache ohnehin befaßte Bundesgesetzgeber die Regelungen erlassen und muß die Rechtssetzung nicht delegieren. Delegiert er jedoch und will er die Vorzüge einer Rechtssetzung durch die Exekutive nutzen, z.B. Schnelligkeit, Flexibilität, Sachkompetenz und Verwaltungserfahrung,<sup>51</sup> dann gehen diese Vorteile bei einer Rückverlagerung der Rechtssetzung von der Landesregierung auf das Landesparlament wieder verloren. Überdies besteht die Gefahr, daß bei unterschiedlichen parteipolitischen Mehrheiten im Bundestag einerseits und im Landtag andererseits längst überholte Parlamentsdebatten des Bundestages unter anderen Vorzeichen im Landtag wieder aufgegriffen werden.

Die Aufgabenreduktion der Landtage wird daher die unausweichliche Konsequenz haben, daß der Parlamentarismus in den Ländern zum Teilzeitparlamentarismus wird, der mit Saison- oder Wochenendparlamentariern auskommen kann, wobei – von größeren Flächenstaaten vielleicht abgesehen – auch die Landtage verkleinert werden können. So hat Bayern vor einiger Zeit die Zahl der Abgeordneten von 204 auf 180 verringert.<sup>52</sup> Nunmehr entfallen hier auf einen Abgeordneten knapp 49 000 Wahlberechtigte, während es für die einhundert Abgeordneten in Bremen nur 5000 Wähler sind.<sup>53</sup>

### III. Die Stellung des Bundesrates

Eine Diskussion über föderalistische Reformen im Bereich der Gesetzgebung kann am Bundesrat nicht vorbeigehen. „Tasten Sie nicht den Bundesrat an! Ich sehe eine Art von Palladium für unsere Zukunft, eine große Garantie für die Zukunft Deutschlands gerade in dieser Gestaltung“.<sup>54</sup> Dieser Ausspruch fiel nicht in der aktuellen Dis-

<sup>51</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang BVerwG, DVBl. 1998, S. 969 (970).

<sup>52</sup> § 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Änderung der Verfassung des Freistaates Bayern, Verfassungsreformgesetz – Reform von Landtag und Staatsregierung vom 20. 2. 1998 (GVBl. S. 39).

<sup>53</sup> Quelle: Statistisches Jahrbuch 1998 für die Bundesrepublik Deutschland, S. 92 Tabelle 4.5.

<sup>54</sup> Otto von Bismarck in der 18. Sitzung des Deutschen Reichstags vom 19. 4. 1871, in: *ders.*, Werke in Auswahl, hrsg. von Gustav Adolf Rein u. a., Bd. 5, 1. Teil, 1973, S. 20 (33).

kussion um die Stellung des Bundesrates, sondern stammt von *Bismarck* aus der Frühzeit des Deutschen Reiches. Ebenso alt wie dieses Zitat ist die Kritik am Bundesrat. *Treitschke*<sup>55</sup> bezeichnete ihn als „seltsame Behörde“; *Adenauer* charakterisierte ihn eher verächtlich als „Oberregierungsratskammer“;<sup>56</sup> für *Hennis*<sup>57</sup> stellt er gar eine „absurde Konstruktion“ dar.

Alles Rasonieren ändert jedoch nichts daran, daß das Grundgesetz ein parlamentarisch-föderatives Regierungssystem geschaffen hat.<sup>58</sup> Von Verfassungen wegen ist das demokratische Prinzip nicht das allein seligmachende, sondern steht gleichberechtigt neben anderen Fundamentalprinzipien, insbesondere dem Bundesstaatsprinzip, so daß mit Volkes Herrschaft keine Suprematie des Bundestags gegenüber dem Bundesrat zu begründen ist.<sup>59</sup> Die vermeintlich geringere demokratische Legitimation des Bundesrates ist irrelevant, weil er hinreichend bundesstaatlich legitimiert ist. Merkwürdigerweise mißt niemand den vom Bundesrat gewählten Bundesverfassungsrichtern wegen des angeblichen demokratischen Defizits des Kurationsorgans eine geringere Bedeutung bei.

Die Machtfülle des Bundesrates wird deutlich, wenn die parteipolitischen Mehrheiten im Bundestag und im Bundesrat divergieren und die Bundesregierung mit ihren Gesetzesvorhaben im Bundesrat scheitert. Diese Gefahr nimmt in dem Maße zu, in dem die Zustimmungspflichtigkeit der Gesetze steigt. Lag der Anteil der Zustimmungsgesetze<sup>60</sup> in der ersten Wahlperiode des Bundestages bei 41,8 v.H., so betrug er in der letzten Legislaturperiode 59,6 v.H., was eine Steigerung von knapp 43 v.H. ausmacht.<sup>61</sup> Die Ursachen hierfür sind weitgehend bekannt und bedürfen deshalb nur kurzer Erwähnung. Zum einen haben die Länder Kompetenzübertragungen auf den Bund mit der Zustimmungspflichtigkeit der entsprechenden Bundesgesetze verknüpft, z. B. bei der Beamtenbesoldung und -versorgung sowie bei der Staatshaftung. Zum anderen ist gemäß Art. 84 Abs. 1 GG die Zustimmung des Bundesrates erforderlich, wenn Bundesgesetze, die von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt werden, Organisations- und Verfahrensregelungen enthalten, wobei nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch nur eine derartige Norm das gesamte Gesetz zustimmungspflichtig macht.<sup>62</sup>

Schließlich rührt die Zustimmungspflichtigkeit der Bundesgesetze auch aus einer fragwürdigen Akzentverschiebung zwischen Exekutive und Legislative her. Da das Bundesverfassungsgericht den rechtsstaatlich überkommenen Vorbehalt des parlamentarischen Gesetzes für Eingriffe in „Freiheit und Eigentum“ mittels einer um-

<sup>55</sup> Die Verfassung des norddeutschen Bundes, in: Preußische Jahrbücher 19, 1867, S. 717 (725).

<sup>56</sup> Vgl. DIE ZEIT Nr. 4 vom 27. 1. 1949. Für den Nachweis danke ich meinem Kollegen *Rudolf Morsey*.

<sup>57</sup> Totenrede des Perikles auf ein blühendes Land, in: Auf dem Weg in den Parteienstaat. Aufsätze aus vier Jahrzehnten, 1998, S. 155 (159).

<sup>58</sup> Hierzu *Michael Sachs*, Das parlamentarische Regierungssystem und der Bundesrat – Entwicklungsstand und Reformbedarf, in: VVDStRL 58, 1999, S. 39 (42 ff.).

<sup>59</sup> Zutreffend *Sachs* aaO., S. 44.

<sup>60</sup> Überblick: *Rolf Schmidt*, Die Zustimmungspflichtigkeit von Bundesgesetzen, JuS 1999, S. 861.

<sup>61</sup> Quelle: Handbuch des Bundesrates für das Geschäftsjahr 1998/99, S. 288.

<sup>62</sup> Vgl. BVerfGE 8, 274 (294 f.); 24, 184 (185); 55, 274 (319, 326 f.).

strittenen „Wesentlichkeitstheorie“ auf die gesamte Staatstätigkeit erstreckt, bedarf es nach dieser Auffassung eines Gesetzes, soweit „wesentliche Entscheidungen“ „in grundlegenden normativen Bereichen“, „zumal im Bereich der Grundrechtsausübung“ betroffen sind.<sup>63</sup> Diese ebenso unpräzise wie umstrittene Rechtsprechung begründet einen aus der Verfassung nicht ableitbaren Totalvorbehalt der Legislative zumindest in wesentlichen oder grundsätzlichen (Grundrechts-?)Fragen und verkürzt damit unzulässig die eigenständige Kompetenz der Exekutive auch in existentiellen Angelegenheiten.<sup>64</sup> Sie beschränkt, wie eine Entscheidung des nordrhein-westfälischen Verfassungsgerichtshofs<sup>65</sup> deutlich gemacht hat, sogar die Organisationsgewalt der Regierung. Daraus ergibt sich für Bundesangelegenheiten, daß in dem Augenblick, in dem nicht mehr die Bundesregierung, sondern das Parlament entscheiden muß, auch die Mitwirkungsbefugnis und damit gegebenenfalls die Zustimmungsbefugnis des Bundesrates gegeben ist. Die Aufgabenverlagerung von der Exekutive auf die Legislative bedeutet für den Bund daher föderalistische Mitwirkung durch Bundesratsbeteiligung.<sup>66</sup>

Zusätzlich hat der Bundesrat im Laufe der Zeit eine starke Stellung bei der Mitwirkung in Angelegenheiten der Europäischen Union erhalten. Da die europäische Integration Verfassungsänderungen erforderlich macht, die auch einer qualifizierten Mehrheit im Bundesrat bedürfen, kann der Bundesrat diese Schlüsselstellung dazu benutzen, sich verfassungsrechtliche Zugeständnisse für die Ebene der Europäischen Union, insbesondere bei der Setzung sekundären europäischen Gemeinschaftsrechts zu verschaffen.

Der Spielraum für Reformen ist eng. Die Zustimmungsbedürftigkeit durch ausdrückliche Verfassungsänderung zu reduzieren, erscheint insbesondere dann nicht möglich, wenn die Mitwirkung des Bundesrates der politische Preis für die Übertragung von Länderkompetenzen auf den Bund war. Dagegen ließe sich die Zahl der zustimmungsbedürftigen Gesetze verringern, soweit Art. 84 Abs. 1 GG Grund der Zustimmungsbedürftigkeit ist. Zum einen könnte stärker als bisher bei einheitlichen Gesetzesvorhaben der materielle Teil vom Organisations- und Verfahrensteil getrennt werden, was verfassungsrechtlich zulässig ist.<sup>67</sup> Zum anderen könnte der Bundesgesetzgeber aber insbesondere darauf verzichten, selbst Organisations- und Verfahrensregelungen zu treffen. Es ist nicht einsichtig, weshalb das Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen vorsehen muß, daß die Länder Ämter und Landesämter zur Regelung offener Vermögensfragen zu bilden haben, daß Widerspruchsausschüsse einzu-

<sup>63</sup> Vgl. BVerfGE 34, 165 (192 f.); 40, 237 (248 f.); 41, 251 (260); 45, 400 (417 f.); 47, 46 (78 ff.); 49, 89 (126 f.); 58, 257 (268 f.); 61, 260 (275); 77, 170 (230 f.); 77, 381 (403); 83, 130 (142, 152); 84, 212 (226); 88, 103 (116); 98, 218 (251 ff.).

<sup>64</sup> Vgl. BVerfGE 68, 1 (89).

<sup>65</sup> Vom 9. 2. 1999, NJW 1999, S. 1243 ff.; mit ablehnender Anmerkung von *Josef Isensee* (JZ 1999, S. 1113 ff.) und *Joachim Wieland* (DVBl. 1999, S. 719 ff.); zu Recht kritisch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Organisationsgewalt und Gesetzesvorbehalt, NJW 1999, S. 1235 f.; *Horst Sandler*, Vom schönen Schein des bösen Scheins – Oder: Alle Macht den Richtern, NJW 1999, S. 1232 ff.

<sup>66</sup> Vgl. *Merten*, in: VVDStRL 58, 1999, S. 125 ff. (Diskussionsbeitrag).

<sup>67</sup> BVerfGE 37, 363 (382).

setzen sind und daß diese aus einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern bestehen, wobei mit Stimmenmehrheit über den Widerspruch zu entscheiden ist.<sup>68</sup>

Für das Gesetzgebungsverfahren wäre es wünschenswert, wenn der Bundesrat durch entsprechende Verfassungsänderung angehalten wäre, bei Anrufung des Vermittlungsausschusses sein Petikum hinreichend konkret zu formulieren. Immerhin hat es der Vermittlungsausschuß in der ersten Wahlperiode in einem Fall abgelehnt, sich mangels hinreichend konkreter Fassung mit einem Anrufungsbegehren auseinanderzusetzen. Inzwischen ist die sogenannte offene Anrufung des Vermittlungsausschusses, insbesondere in der letzten Legislaturperiode gängige politische Praxis geworden. Man kann sie mit dem brasilianischen Karneval vergleichen: Es wird so gut wie nichts vorgetragen, und man schämt sich nicht einmal dafür. Die spärliche Einkleidung des Vermittlungsbegehrens geschieht in der Praxis mit den Worten: „Mit dem Ziel einer grundlegenden Überarbeitung“, „weil das Gesetz noch einer näheren Überprüfung bedarf“, „Verbesserung des Gesetzes“ u.ä. Wenn auch eine Verfahrensreform am Zustimmungserfordernis nichts änderte, würde sie jedoch eine parteipolitische Obstruktion des Bundesrates erschweren. Zwar besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß der Bundesrat schon aus Gründen der Verfassungsorgantreue nicht zu parteipolitischen Zwecken mißbraucht werden darf. Ob im Einzelfall aber eine parteipolitische Obstruktion vorliegt oder ob der Bundesrat sachliche Interessen seiner Mitglieder wahrnimmt, ist schwer zu beantworten, zumal der Bundesrat als Bundesorgan nicht auf die Wahrnehmung von Länderinteressen beschränkt werden kann. Eine Verweigerungshaltung des Bundesrates wäre erschwert, wenn er bei Anrufung des Vermittlungsausschusses seine Gegenvorstellungen formulieren müßte, zumal sich dann auch Koalitionsregierungen in den Ländern, soweit sie nicht mit der Bundesratsmehrheit übereinstimmen, verständigen müßten.

Eine radikale Ersetzung des Bundesrates durch einen Senat ist entschieden abzulehnen. Der Bundesrat hat sich seit der Reichsgründung von 1871 bewährt. Es liegt im Interesse der Gewaltentrennung, daß die unterschiedlichen gesetzgebenden Körperschaften Bundestag und Bundesrat auch auf einem unterschiedlichen Repräsentationsmodus beruhen. Der Bundesrat verkörpert nicht nur ein Element vertikaler Gewaltentrennung, weil über ihn die Länder an der Bundesgesetzgebung mitwirken, sondern bewirkt als exekutiv-föderalistisches Organ auch eine Trennung zwischen Gesetzgebung und Regierung. *Montesquieu* hatte bekanntlich zur Verhinderung von Despotismus für die Exekutive das Recht gefordert, Vorhaben der Legislative Einhalt zu gebieten. Eine derartige Vetoposition der Gubernative kennt das Grundgesetz nur im Ansatz bei gesetzlichen Ausgabenerhöhungen oder Einnahmeverminderungen (Art. 113 GG). Durch die Bundesratslösung erhalten nun die Landesregierungen die Befugnis, Gesetzesvorhaben des Parlaments zu blockieren, womit die primär föderative Gewaltenhemmung zugleich sekundär eine Gewaltenbalance zwischen Legislative

<sup>68</sup> Vgl. §§ 23, 26 des Gesetzes zur Regelung offener Vermögensfragen (Vermögensgesetz – VermG) i. d. F. vom 4. 8. 1997 (BGBl. I S. 1974); hinsichtlich des § 23 VermG abgeschwächt durch Art. 1 Nr. 13 des Vermögensrechtsbereinigungsgesetzes vom 20. 10. 1998 (BGBl. I S. 3180).



und Gubernative, wenn auch auf Länderstufe, herbeiführt.<sup>69</sup> Demgegenüber brächte eine Senatslösung den Nachteil, daß entweder dieselben parteipolitischen Richtungen sowohl im Bundestag als auch im Bundesrat herrschen oder daß der Bundesrat noch stärker zu parteipolitischer Obstruktion verwendet wird.

### C. Zur Reform des Föderalismus in Angelegenheiten der Verwaltung

Da in Deutschland traditionell die Gesetzgebung im Schwerpunkt beim Bund, die Gesetzesausführung mit ihrem Übergewicht bei den Ländern liegt, sind Reformen, soweit sie sich nicht auf Randfragen beschränken, nur bei einem grundlegenden Verfassungsumbau möglich. Beträchtliche Aufgabenverlagerungen auf die Länder würden wegen der damit verbundenen Kosten finanzverfassungsrechtliche Änderungen erfordern. Umgekehrt würde eine Aufgabenverlagerung auf die Bundesverwaltung die Länderexekutiven schwächen. Im Zusammenhang mit der bereits konstatierten Kompetenzausdehnung im Bereich der Landes-Legislativen entstünde die Gefahr, daß die Länder auf die Stufe dezentralisierter Verwaltungseinheiten hinabsänken.

Zu Recht wird die Abschaffung der „Gemeinschaftsaufgaben“ gefordert. Schon die Enquête-Kommission Verfassungsreform hatte für eine Aufhebung der Art. 91 a, 91 b und 104 a Abs. 4 GG plädiert und die Ersetzung dieser Bestimmungen durch eine Rahmenplanung zwischen Bund und Ländern gefordert.<sup>70</sup> Die Gemeinschaftsaufgaben führen zur Vermischung von Zuständigkeiten sowie zur Beeinträchtigung von Länderzuständigkeiten, weil die Rahmenplanung inzwischen mitunter zur Detailplanung geworden ist. Die Lenkung durch den goldenen Zügel des Bundes in Gestalt von Finanzhilfen war von Anfang an problematisch, weil sich die Länder ihretwegen mit Projekten belastet haben, die sie sich andernfalls nicht aufgebürdet hätten. Inzwischen stellt der Bund wegen der Finanzmisere nur noch unzureichende Haushaltsmittel bereit, so daß beispielsweise auf dem Gebiet des Hochschulneubaus die Länder inzwischen Projekte in der Hoffnung finanzieren, die Bundesmittel später nachgezahlt zu bekommen. Der Haupteinwand gegen die Gemeinschaftsaufgaben ist wiederum die Stärkung des Exekutivföderalismus, weil die wesentlichen Entscheidungen durch die Exekutive getroffen werden und die Landesparlamente insoweit unbeteiligt bleiben.

Reformen fordern die Länder auf dem Gebiet der Sozialversicherungsverwaltung. Hier hat die große Verfassungsreform vom 1994 schon eine kleine Änderung gebracht. Soziale Versicherungsträger, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes, aber nicht über mehr als drei Länder hinaus erstreckt, werden anders als früher nicht mehr als bundesunmittelbare, sondern als landesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechts geführt (Art. 87 Abs. 2 Satz 2 GG). Die Länder haben nun über den Bundesrat weitergehende Reformvorschläge entwickelt, die der Bundestag bisher jedoch nicht behandelt hat. Sie wollen im Bereich der Angestellten-

<sup>69</sup> Vgl. *Merten*, Montesquieu Gewaltenteilungslehre und deutsche Verfassungsstaatlichkeit, in: Paul-Ludwig Weinacht (Hg.), *Montesquieu – 250 Jahre „Geist der Gesetze“*, S. 31 (46 ff.).

<sup>70</sup> Zur Sache 2/77, S. 95 ff.



Rentenversicherung jedenfalls Neuzugänge nicht mehr durch die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte in Berlin, sondern durch die Landesversicherungsanstalten der Länder verwalten lassen. Ausschlaggebend hierfür ist der Umstand, daß innerhalb der Beschäftigten die Zahl der Arbeiter sinkt und die der Angestellten steigt. Da die Kosten der Sozialversicherungsverwaltung nicht von den Ländern aufgebracht werden müssen, sondern durch Sozialversicherungsbeiträge finanziert werden, wird diese Verwaltungsreform von den Ländern freudig betrieben, zumal sie ihnen eine beträchtliche Wirtschaftskraft brächte.

Von geringerer Bedeutung ist demgegenüber der Versuch der Länder, bundesgesetzliche Zuständigkeitsregelungen zu lockern und die Landesregierungen zu ermächtigen, abweichend vom Bundesrecht Zuständigkeitsregelungen zu treffen. In einem zweiten Zuständigkeitslockerungsgesetz sollen in 31 Artikeln entsprechende Novellierungen erfolgen, z. B. in der Verordnung über Kleinf Feuerungsanlagen, der Rasenmäherlärm- sowie die Baumaschinenlärm-Verordnung.

Die Wiedervereinigung hat deutlich gemacht, daß dem Bund in Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG ohne jede gegenständliche Begrenzung parallel zu seinen Gesetzgebungszuständigkeiten die Möglichkeit eröffnet ist, selbständige Bundesoberbehörden und neue bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts durch Bundesgesetz zu errichten. Auf diese Weise ist die schon von der DDR eingerichtete Treuhand-Anstalt als rechtsfähige bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts übernommen worden, mit deren Hilfe die gesamte Zentralverwaltungswirtschaft der ehemaligen DDR in eine marktwirtschaftliche Ordnung überführt werden sollte. Bei Entstehung neuer Aufgaben und bei dringendem Bedarf kann der Bund sogar bundeseigene Mittel- und Unterbehörden errichten, wofür er allerdings der Zustimmung des Bundesrates und der Mehrheit des Bundestages bedarf (Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG).

Wenn auch auf einem anderen Wege, so findet eine Vereinheitlichung selbst in den Bereichen der Länderkompetenzen statt. Hier ist auf unterschiedlichen Ebenen inzwischen eine beträchtliche Zahl von Länderkonferenzen entstanden, von denen die bekanntesten zwar die Ministerpräsidenten- und die Kultusministerkonferenz sind, die sich jedoch auch auf unteren Ebenen und in anderen Bereichen tummeln. Ihre Zahl wird auf etwa tausend geschätzt. Durch diese turnusmäßigen Konferenzen wird nicht nur eine beträchtliche Verwaltungskraft absorbiert, sondern es wird auch in einem wegen des größtenteils herrschenden Einstimmigkeitsprinzips komplizierten Abstimmungsverfahren eine Einheitlichkeit erreicht, die die vom Bundesstaatsprinzip gerade bezweckte Vielfalt der Länder erstickt. Auch hier handelt es sich um Institute des Exekutiv-Föderalismus, weil die Landesparlamente an den Beschlüssen nicht beteiligt sind.

Grundlegende föderalistische Reformen im Bereich von Gesetzgebung und Verwaltung setzen nach übereinstimmender Meinung von Sachkennern grundlegende und radikale Reformen voraus. Hier ist zum einen die immer wieder angesprochene Länderneugliederung zu nennen, die im Interesse eines wirklichen Wettbewerbsföderalismus in Größe und Wirtschaftskraft vergleichbare Länder schaffen müßte. Zum anderen ist auf die Notwendigkeit einer Reform der Finanzverfassung hinzuweisen, die

auch das komplizierte und im Ergebnis ungerechte, weil leistungshemmende Finanzausgleichssystem reformieren müßte. Solange das politische System hierzu nicht in der Lage ist, wird es bei einem Kurieren an Symptomen bleiben, die jedoch im Laufe der Zeit immer radikalere Lösungen erforderlich machen. Die Gefahr für den Bundesstaat besteht vor allem darin, ein „Unterstützungsverein auf Gegenseitigkeit“ zu sein,<sup>71</sup> in dem der Ruf nach Solidarität oftmals eigene Anstrengungen überflüssig machen soll.

---

<sup>71</sup> In diesem Sinne *Hans-Peter Schneider*, Nehmen ist seliger als Geben. Oder: Wieviel „Föderalismus“ trägt der Bundesstaat?, NJW 1998, S. 3757 ff.