

PETER M. HUBER

Reform der Kompetenzen (Gesetzgebungskompetenzen, Organe, Bundesrat)

Herr Bundespräsident, meine Damen und Herren,

nach dem heutigen Vormittag müsste ich im Grunde nach der Devise verfahren, alles schon gesagt, nur noch nicht von mir. Aber ich will Ihnen allzu viele Wiederholungen ersparen. Nachdem der Ministerpräsident des Saarlandes über den Sinn des Föderalismus sprechen sollte, aber im Wesentlichen über die Reform der Kompetenzen gesprochen hat, würde ich vielleicht etwas weniger über die Reform der Kompetenzen sprechen und etwas mehr über den Sinn des Föderalismus und die aktuelle Situation, in der wir uns befinden. Herr Müller hat mit der Diagnose aufgewartet, dass sich das föderalistische System Deutschlands in einer Krise befindet. Diese Beurteilung wird nicht von allen geteilt. Herrn Kleins einleitende Worte heute Morgen habe ich eher beschwichtigend verstanden; auch Herr Ossenbühl und Herr Hillgruber meinten, es liege im Wesentlichen an den schlechten Politikern oder der schlechten Gesetzgebungstätigkeit, warum in unserem Land das ein oder andere nicht vorangehe.

Ich bin nicht dieser Auffassung und meine, dass man über den Sinn des Föderalismus durchaus nachdenken sollte. Unter den Bedingungen von Globalisierung und Europäisierung gerät die föderalistische Ordnung unter zunehmenden Legitimationsdruck. So hat auf dem letztjährigen Juristentag ein hoher Ministerialbeamter aus dem Bundesministerium der Justiz in der Tat den Antrag gestellt, dass die Länder in einer neuen Verfassung als regionale Körperschaften mit weiter Verwaltungsautonomie, aber ohne ein Recht zur Gesetzgebung, auszugestalten seien. Der Antrag ist zwar mit 76 zu 2 Stimmen abgelehnt worden. Das muss aber nicht so bleiben, und auch der Umstand, dass der Föderalismus in Art. 79 Abs. 3 GG sogar drei Mal garantiert ist, legitimiert auf Dauer keine Denkverbote.

Dass sich das föderalistische System in der Krise befindet, ist meines Erachtens eine gesicherte Erkenntnis.¹ Eine wesentliche Ursache dafür dürfte sein, dass das Grundge-

¹ Berliner Programm zur Reform des Föderalismus. Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung – Maßnahmen zur Wiederherstellung der politischen Gestaltungskraft, Ziff. I; Bertelsmann – Kommission „Verfassungspolitik und Regierungsfähigkeit“, Neuordnung der Kompetenzen zwischen Bund und Gliedstaaten, 2001; „Entflechtung 2005“; J. B. Donges/J. Eekhoff (u. a.), Die föderative Ordnung in Not. Zur Reform des Finanzausgleichs, 2000; P. M. Huber, Deutschland in der Föderalismusfrage?, 2003, S. 3; ders., Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?, Gutachten D 65. Deutscher Juristentag, D 11; G. Lehmann, Föderative Gesellschaft im unitarischen Bundesstaat, PVS 44 (2003), 545 f.; M. Nettesheim, Wettbewerbsföderalismus und Grundgesetz, in: FS Badura, 2004, S. 363; R. Scholz, Zur Reform des bundesstaatlichen Systems, FS Badura, 2004, S. 491 ff.; U. Volkmann, Bundesstaat in der Krise?, DÖV 1998, 613 ff. m. w. N.

setz und die in ihm angelegte bundesstaatliche Verflechtung², auf einen rechtstaatlich und föderal gebändigten Nationalstaat zugeschnitten sind, in dem die Zentralorgane, das hat auch Herr Müller heute Morgen vorgetragen, so eingehegt werden, dass eine Wiederholung des deutschen Machtstaates ausgeschlossen ist – wenn schon nicht durch eine Beschränkung des Bundes auf Kernaufgaben, so doch durch eine Erschwerung der Entscheidungsverfahren über die erhöhten Mitwirkungsbefugnisse der Länder.

Weil der Souverän – das Volk – ganz in der Logik dieser „vertikalen Gewaltenteilung“³ dazu tendiert, seiner Kritik an der jeweils amtierenden Regierung und Parlamentsmehrheit durch ein zur Bundesebene gegenläufiges Stimmverhalten in den Ländern Ausdruck zu verleihen, hat sich auf der Basis des Grundgesetzes eine Spielart von Föderalismus herausgebildet, deren wesentliches Charakteristikum ist, dass alle über alles entscheiden. Es gilt die „volonté des tous“⁴, eine organisierte Verantwortungslosigkeit. Das mag ein bisschen überzeichnet sein, ist in der Tendenz aber nicht zu bestreiten.

Dieser Befund eines unitarischen und verflochtenen Bundesstaats ist verfassungsrechtliches Gemeingut seit den 1960er Jahren.⁵ Wir haben ihn lange Zeit nicht als Problem empfunden und manche von uns tun es bis heute nicht. Was aber hat sich geändert?

Die Auswirkungen der Globalisierung und der europäischen Integration, die „exit options“ für Unternehmer, Arbeitnehmer und Kapital,⁶ konnten die Mütter und Väter des Grundgesetzes nicht voraussehen. Sie konnten nicht vorhersehen, dass multinationale Konzerne keine Vaterländer haben, Spitzensportler nur in Grenzen und der Bürger, als Investor, Selbständiger oder Arbeitnehmer, immer weniger.⁷ Diese – durch den Binnenmarkt und die Währungsunion beschleunigte – Entwicklung hat einen Wettbewerb der Systeme entfacht, der sich stärker als früher an den (Partikular-) Interessen von Investoren, Unternehmern und Verbrauchern ausrichtet und nach raschen Entscheidungen sowie einem hohen Maß an Flexibilität verlangt. Vetopositionen von Verfassungsorganen, gesellschaftlichen Gruppen oder Einzelnen werden in diesem Wettbewerb zu ernsthaften Standortdefiziten und erhöhen das Risiko unseres Landes, im Wettbewerb der Systeme zu unterliegen. Deswegen greifen Therapieangebote zu kurz, die die „Verwundungen“, die dem (vermeintlichen) Idealzustand des deutschen

² Begriffsbildend *F. W. Scharpf*, Die Politikverflechtungsfälle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich, PVS 26 (1985), 323 ff.

³ Zur vertikalen Gewaltenteilung *K. Hesse*, Der unitarische Bundesstaat, 1962, S. 12 ff.; *M. Sachs*, Das parlamentarische Regierungssystem und der Bundesrat – Entwicklungsstand und Reformbedarf, VVDStRL 58 (1999), 39/45 f.

⁴ Bezogen auf den Markt und durchaus im Gegensatz zur demokratischen „volonté générale“ *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75/92 f.

⁵ *K. Hesse*, (Fn. 3), S. 33, ohne negative Konnotation.

⁶ *W. Schön*, Steuergesetzgebung zwischen Markt und Grundgesetz, in: *Mellinghoff/Morgenthaler/Publ* (Hrsg.), Die Erneuerung des Verfassungsstaates, 2003, S. 143/152, unter Bezugnahme auf *Hirschmann*, Exit, Voice and Loyalty – Responses to decline in firms, organizations and states, 1970.

⁷ *P. Kirchhof*, Das Parlament als Mitte der Demokratie, in: FS Badura, 2004, S. 237/244; *W. Schön*, (Fn. 6), S. 143/166.

Föderalismus seit dem Jahre 1949 geschlagen worden sind, nur heilen und das Rad gleichsam zurückdrehen wollen. Die Umstände haben sich grundlegend geändert, und deshalb müssen es die Antworten auch.

Daneben schafft die finanzielle Überforderung des Staates grundlegend andere Rahmenbedingungen als in den 1950er und 1960er Jahren. Bis Mitte der 1990er Jahre, denken Sie an die Einführung der Pflegeversicherung, schien es, als bestehe die Aufgabe des Staates vor allem in der Verteilung von Wohlstandszuwächsen. Dabei waren Kompromisse verhältnismäßig leicht zu erzielen, und der Faktor Zeit spielte keine entscheidende Rolle. Heute aber muss der Staat Einschnitte durchsetzen, die durch ökonomische und soziale Rahmenbedingungen erzwungen werden und sich von ihm nur bedingt steuern lassen. Dass der Kompromiss hier schwerer fällt, liegt auf der Hand und hat schwerwiegende Folgen angesichts der überragenden Bedeutung des Faktors Zeit.

I. Verbundföderalismus statt Autonomie

1. Erosion der Landeszuständigkeiten

Seit Inkrafttreten des Grundgesetzes hat eine kontinuierliche Erosion vor allem der Gesetzgebungskompetenzen der Länder stattgefunden. Herr Müller hat 19 entsprechende Verfassungsänderungen gezählt, ich auch. Diese Erosion rechtfertigt mittlerweile ernsthafte Zweifel an der Staatsqualität der Länder.⁸ Obwohl der Art. 79 Abs. 3 GG den Ländern bekanntlich ein „Hausgut eigener Zuständigkeiten“ unentziehbar garantiert, sind ihre Gesetzgebungszuständigkeiten doch auf wenige Restposten zusammengeschrumpft.

Auch der 1994 unternommene Versuch einer Umkehr hat diesen Trend meines Erachtens nur abgeschwächt, nicht grundlegend verändert⁹. Möglicherweise schafft dies ja die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 72 Abs. 2 GG.¹⁰ Wenn sie aber nur in eine „Versteinerung“ der Rechtsordnung mündet, wie dies der Kollege Meyer ausgemacht hat, und dafür spricht manches, wird sich vermutlich eher das Bundesverfassungsgericht korrigieren als dass sich der seit Jahrzehnten anhaltende Unitarisierungstrend umkehren ließe.

⁸ A. Janssen, ZG 15 (2000), Sonderheft, 41/42, unter Bezugnahme auf G. Waitz, Das Wesen des Bundesstaates, in: *ders.*, Grundzüge der Politik nebst einzelnen Ausführungen, 1862, S. 153/169; M. Nettesheim, (Fn. 1), S. 363; R. Scholz, (Fn. 1), S. 491/492 f.

⁹ Zu den Änderungen siehe Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 und 26 sowie Abs. 2, Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und Satz 2, Abs. 2 und 3, Art. 125 a – eingefügt; Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 18, 75 Abs. 1 Satz 1 – geändert; Art. 74 Abs. 1 Nr. 5 und 8 – aufgehoben.

¹⁰ BVerfGE 106, 62 ff. – Altenpflege; 110, 141 ff. – Kampfhunde; 111, 10 ff. – Ladenschluss; 111, 226 ff. – Juniorprofessur.

Die Europäisierung¹¹ des nationalen Verfassungsgefüges und die sprichwörtliche Landesblindheit des Unionsrechts¹² haben die Gestaltungsspielräume der Landesgesetzgeber, auch in den Ländern noch verbliebenen Gegenständen, weiter beschränkt.¹³ Alle Gesetzgebungsgegenstände der Länder – vom Rundfunkrecht über das Bildungswesen (Art. 149 EG), Bologna wurde heute schon erwähnt, und die offene Koordinierung ist unionsrechtlich jedenfalls ein anerkanntes Institut, wie verbindlich sie auch immer sein mag, bis zur Kultur (Art. 151 EG) – sehen sich zunehmenden unionsrechtlichen Überlagerungen ausgesetzt.¹⁴

2. Verbund- und Exekutivföderalismus als Kompensation

Da Verfassungsänderungen, ebenso wie die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU jedenfalls seit 1993 einer Zweidrittelmehrheit auch im Bundesrat bedürfen (Art. 79 Abs. 2, Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG), konnte diese Entwicklung nicht ohne die Zustimmung der Länder erfolgen.¹⁵ Und in der Tat haben sie der Erosion ihrer Autonomie nicht nur keinen Widerstand entgegengesetzt; sie haben sie kräftig gefördert.

Die Kompensation, das hat Herr Müller ja eingeräumt, war aus der Sicht der Landesregierungen auch hinreichend attraktiv: Die Einräumung immer weitergehender Mitwirkungsrechte bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes sowie in europäischen Angelegenheiten. Da diese Mitwirkung über den Bundesrat erfolgt, ist dieser im Laufe der Zeit zu einer mehr oder weniger gleichberechtigten Zweiten Kammer¹⁶ herangewachsen, in eine Rolle, die ihm die Mütter und Väter des Grundgesetzes, entgegen bayerischem Drängen¹⁷, gerade nicht zuerkennen wollten.¹⁸ Im Austausch gegen umfangreiche Mitwirkungsbefugnisse haben die Länder die Auszehrung ihrer Autonomie in Kauf genommen und sich dort, wo sie die Entwicklung, wie in Europa, nicht

¹¹ Zum Begriff *E. Schmidt-Aßmann*, Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts, FS für Lerche, 1993, S. 513 m. w. N. Fn. 2.

¹² *G. Hirsch*, SächsVBl. 1998, 101 ff.; *P. M. Huber*, Recht der Europäischen Integration, 2. Aufl., 2002, § 5 Rdnr. 45; *H. P. Ipsen*, Als Bundesstaat in der Gemeinschaft, in: FS für Hallstein, 1966, S. 248/256.

¹³ *A. Janssen*, (Fn. 8), S. 41/42 f.

¹⁴ *R. Dolzer*, Das parlamentarische Regierungssystem und der Bundesrat – Entwicklungsstand und Reformbedarf, VVDStRL 58 (1999), 7/33; *P. M. Huber*, (Fn. 12), § 4 Rdnr. 4, § 23 Rdnr. 9; *M. Nettesheim*, (Fn. 1), S. 363/364; *M. Hilf*, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1994), 8 ff.; *T. Stein*, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1994), 27 ff.; *M. Schweizer*, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1994), 97 ff.

¹⁵ *A. Janssen*, (Fn. 8), S. 41/43.

¹⁶ Zum Begriff BVerfGE 37, 363/380, das den Begriff der „Zweiten Kammer“ zur Umschreibung gleichberechtigter Mitwirkungsbefugnisse verwendet wissen will und ihn für den Bundesrat deshalb ablehnt; offener *H. H. Klein*, Der Bundesrat der Bundesrepublik Deutschland – die „Zweite Kammer“, AöR 108 (1985), 329/331; *R. W. Schmütt*, Der Bundesrat – Keine Zweite Kammer?, BayVBl. 1974, 685 ff.; *D. Wyduckel*, Der Bundesrat als Zweite Kammer, DÖV 1989, 181 ff.

¹⁷ *Schulze-Vorberg*, „Von der Centralisation kein Heil“, wie es zum Bundesrat kann, in: *Hrbek* (Hrsg.), Miterlebt – Mitgestaltet, Der Bundesrat im Rückblick, 1989, S. 65 ff.

¹⁸ *R. Dolzer*, (Fn. 14), 7/21; *P. Kirchhof*, (Fn. 7), S. 237/246.

steuern konnten, doch gefügt – zum Vorteil der Landesregierungen und auf Kosten der ersten Gewalt sowie der Landesverfassungsgerichte.¹⁹

Als Mitglieder des Bundesrates besitzen die Landesregierungen ein gewichtiges Wort bei allen Verfassungsänderungen (Art. 79 Abs. 2 GG), wirken sie maßgeblich auf die Gesetzgebung des Bundes ein, weil mittlerweile ca. 60 % aller Bundesgesetze seiner Zustimmung bedürfen.²⁰

Nach Art. 50 GG wirken sie über den Bundesrat auch in Angelegenheiten der Europäischen Union mit. Art. 23 GG und das Ausführungsgesetz versuchen insoweit, die bundesstaatliche Kompetenzverteilung in das Grundgesetz, in die Integrationsgewalt hinein zu verlängern,²¹ und etablieren zu diesem Zweck ein System abgestufter Bindungen der Bundesregierung an die Auffassung des Bundesrats bei der Wahrnehmung deutscher Mitgliedschaftsrechte im Rat der EU. Ich will Ihnen ersparen, diese etwas spröden Regelungen hier im Einzelnen vorzutragen, zumal die Meinungen darüber auseinander gehen, wie weit sie die Verfassungswirklichkeit tatsächlich prägen. Herr Müller hat gesagt, wir könnten nur deshalb mit Art. 23 GG leben, weil er nicht zur Anwendung gekommen sei, und zwar in allen seinen Absätzen.

Ich glaube, dass das zu kurz greift. Die Vorfeldwirkung seiner Regelungen, das bloße Wissen der Bundesregierung, das Einvernehmen mit dem Bundesrat im Zweifelsfall herstellen zu müssen, sowie die Einwirkungen der Länder während des europäischen Rechtssetzungsverfahrens sind bei der Formulierung und Durchsetzung der deutschen Verhandlungspositionen ein erhebliches Problem. Sie wirken als retardierendes Moment und führen zu einer tendenziellen Lähmung des deutschen Verhandlungsführers, die es nicht selten ausschließt, mit anderen Staaten im Rat frühzeitig Allianzen zu schmieden und Kompromisse zu finden. Das zwingt Deutschland insgesamt zu einer eher passiven, reaktiven Politik und verhindert, dass strategische nationale Anliegen über die europäische Ebene zu gemeineuropäischem Recht werden.

3. Die Verflechtung der Verwaltungszuständigkeiten

Verbund- und Beteiligungsstrukturen kennzeichnen auch die Verwaltungszuständigkeiten. Obwohl Verwaltung angesichts des das Grundgesetz prägenden „Exekutivföderalismus“²² vorrangig Sache der Länder ist, ist die Verfassungswirklichkeit durch vertikale Zuständigkeitsverflechtungen und zahllose Ingerenzen des Bundes in Organisation und Verfahren der Landesverwaltungen gekennzeichnet.

¹⁹ P. M. Huber, Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit zwischen Anspruch und Wirklichkeit, ThürVBl. 2003, 73 ff.

²⁰ J. Lücke, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 77 Rdnr. 15; P. M. Huber, Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat, 1988, S. 290; E. Teufel, Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Kom.Prot. 2, Sten.Bericht, 2. Sitzung, S. 27.

²¹ R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 23 (1996), Rdnr. 9, 22.

²² P. Kirchhof (Fn. 7), S. 237/245; St. Oeter, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998, S. 401 ff.

Das deutlichste Beispiel dafür sind die Gemeinschaftsaufgaben, von denen heute auch schon die Rede war. Sie sind schon unmittelbar nach ihrer Einführung 1969 kritisiert worden.²³ Mit einiger Klarsicht hat man damals ins Feld geführt, dass sie die Grundstruktur der bundesstaatlichen Verfassung ändern, und dass die Vermischung der Zuständigkeiten zu einer Verantwortungs- und Entscheidungsmüdigkeit führen würde. Mittlerweile hat die gemeinsame Rahmenplanung in diesem Bereich ein für die Länder (politisch) geradezu erdrückendes Ausmaß angenommen. Ihre Beteiligung an der Finanzierung bindet wesentliche Teile der ohnehin geringen „freien Spitze“ ihrer Haushalte, und durch die inhaltliche Mitbestimmung des Bundes über die Verwendung der Landesmittel gefährden sie sogar ihre Haushaltsautonomie.²⁴ Diese Vinkulierung der Länder erhält zusätzliche Brisanz dadurch, dass die europäischen Förderprogramme, etwa in der Regionalpolitik, ebenfalls eine Kofinanzierung der Länder voraussetzen und die eigentliche Entscheidungszuständigkeit auch hier nicht in den Landeshauptstädten liegt, sondern bei der Kommission in Brüssel. So kann von einem finanzpolitischen Gestaltungsspielraum der Länder kaum noch die Rede sein.²⁵ Dass es darüber hinaus „Sündenfälle“ wie die Förderung des Bundes für die Ganztagschule gibt, auf die Herr Ossenbühl heute schon hingewiesen hat, möchte ich nur am Rande erwähnen.

Einbruchsstelle für den Bund in die Verwaltungszuständigkeit der Länder ist bekanntlich vor allem Art. 84 GG. Danach kann der Bund mit Zustimmung des Bundesrates Vorschriften über das Verwaltungsverfahren und die Einrichtung der Behörden treffen. Diese Möglichkeit hatte man ursprünglich als Ausnahme konzipiert. 10 % ist eine Zahl, die sich in den Materialien des Grundgesetzes findet. Heute enthalten etwa 40 % aller Bundesgesetze derartige Regelungen über Organisation und Verfahren und schränken die Organisationshoheit der Länder, ihre institutionelle und verfahrensmäßige Autonomie, wenn Sie so wollen, damit empfindlich ein.

In der Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 Abs. 1 GG) sehen die Dinge ähnlich aus, wobei die Ingerenzrechte des Bundes hier natürlich noch weiter gehen.

4. Verbundföderalismus und Europa

Schließlich bereitet die Europäisierung dem deutschen Verbundföderalismus angesichts der Schwerfälligkeiten seiner Entscheidungsverfahren besondere Schwierigkeiten,²⁶ bei der innerstaatlichen Willensbildung in europäischen Angelegenheiten, bei der Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte im Rat, und bei der Implementation des Unionsrechts.

Diese Schwierigkeiten sind zwar nicht nur dem Föderalismus geschuldet – mit einem gewissen Recht haben die Länder in der Bundesstaatskommission immer wieder

²³ *I. v. Münch*, VVDStRL 31 (1973), 51 ff.

²⁴ Zum Finanzvolumen *A. Janssen*, (Fn. 8), 41/55.

²⁵ *A. Püttler*, Haushaltsautonomie der Länder, Habilschr., Jena, 1999.

²⁶ *Anders H. Bauer*, DÖV 2002, 837/841.

darauf hingewiesen, dass die Hauptdefizite insoweit in Berlin lägen, weil es vor allem an den Egoisten der Bundesressorts liege, dass schon die Bundesregierung zu einer vorausschauenden Europapolitik nicht in der Lage sei; der Umstand, dass wir es, anders als Großbritannien oder Frankreich bis heute nicht geschafft haben, einen Europaminister zu installieren, spricht insoweit Bände – aber das ist nur die Hälfte der Wahrheit. Zu ihr gehört auch, dass die Bundesressorts keine Vollzugerfahrungen besitzen (können), dass sie typischer Weise überfordert sind, parteipolitisch unterschiedlich geprägte Erfahrungen aus den Ländern zu einem einheitlichen Willen zu bündeln, und dass sie angesichts der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern auch größere Schwierigkeiten als andere Regierungen haben (müssen), die ganze rechtspolitische Breitenwirkung einer europäischen Regelung zu erfassen. Dieser Befund wird, das soll der letzte Punkt sein, dadurch verschärft, dass Art. 23 Abs. 6 GG die Übertragung der Außenvertretung Deutschlands auf einen Ländervertreter vorsieht. Sie erinnern sich vielleicht, dass 1990 bzw. 1992 dies die Morgengabe war, die der Bund erbringen musste, um die Zustimmung der Länder zum Maastrichter Vertrag zu erhalten. Der frühere regierende Bürgermeister von Berlin hat berichtet, dass in der Zeit, als er Bundesratspräsident war, eine rechtzeitige Abstimmung unter den Ländern mehrfach nicht möglich war, sodass sich Deutschland letztlich der Stimme enthalten hat.²⁷ Dass die Enthaltung im Brüsseler Jargon mittlerweile als „German vote“ figuriert, bedarf insoweit keines weiteren Kommentars. Immerhin haben die Länder am Schluss der Bundesstaatskommission in diesem Punkt eine gewisse Konzessionsbereitschaft signalisiert.²⁸

Das zweite Problem, das wir mit Blick auf Europa haben, und das die Bundesstaatskommission mit Ausnahme von Nordrhein-Westfalen, das diesen Gedanken kurzzeitig aufgegriffen hat, kaum zur Kenntnis genommen hat,²⁹ ist, dass es erhebliche Schwierigkeiten bei der Implementation des Europarechts gibt. Bekanntlich gilt insoweit der Grundsatz der institutionellen und verfahrensmäßigen Autonomie, das heißt konkret, dass die staatliche Ebene europäisches Recht umsetzt, die nach der innerstaatlichen Kompetenzverteilung zuständig ist.³⁰

Im Zweifel ist es der Bund, der den europäischen Rechtsakt mitbeschließt. Dabei gibt es eine problematische Neigung der Bundesregierungen jedweder Couleur, Rechtsetzungsvorschlägen auf europäischer Ebene zunächst einmal zuzustimmen und sich über Implementation und Vollzug wenig Gedanken zu machen. Hier sei nur an die IVU-Richtlinie 96/61/EG³¹ erinnert, die mit den noch polizeirechtlich geprägten Strukturen des deutschen Umweltrechts nicht kompatibel war. Nach ihrem Inkraft-

²⁷ FAZ vom 28. Februar 1998.

²⁸ Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, S. 192.

²⁹ Siehe insoweit Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, 1.1.5.2, S. 199 ff.

³⁰ P. M. Huber, (Fn. 12), § 22 Rdnr. 3.

³¹ ABl. EG 1996 Nr. L 257/26; zu den Umsetzungsproblemen siehe etwa H. Kracht/A. Wasielewski, Integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, in: *Rengeling* (Hrsg.), EUDUR, Band I, § 35 Rdnr. 15 ff.

treten hatte man dann erhebliche Schwierigkeiten, das Immissionsschutz- und Abfallrecht europarechtskonform zu ändern. Dass dies nicht fristgemäß gelungen ist, bedarf keiner näheren Darlegung. Und das ist nur ein Beispiel von vielen. Der Umstand, dass Deutschland häufig der letzte oder vorletzte Mitgliedstaat ist, was die Umsetzung des Europarechts angeht, zeigt, dass es hierbei nicht nur um ein theoretisches Problem geht.³² Auch bei der Statistik der Vertragsverletzungsverfahren nehmen wir keine rühmliche Rolle ein. Schließlich können wir täglich verfolgen, welche Schwierigkeiten die Umsetzung des Stabilitätspaktes aufwirft – und das hat auch etwas mit unserem Föderalismus zu tun.³³

II. Verflechtung und mangelnde Europaorientierung als Strukturprobleme der grundgesetzlichen Ordnung

1. Die Verflechtung als zentrales Problem

Diese kursorische Bestandsaufnahme zeigt, dass mangelnde Effektivität und Entscheidungsschwäche der grundgesetzlichen Zuständigkeitsordnung zu einem erheblichen Teil auf der „Zuständigkeitsverflechtung“ zwischen Bund und Ländern beruhen.³⁴ Der im exekutiv-föderalistischen System des Grundgesetzes, seinem Beteiligungs- und Verbundföderalismus angelegte Entscheidungsverbund³⁵ ist in den letzten 50 Jahren auf die Spitze getrieben worden.

Institutioneller Angelpunkt dieses Systems ist der Bundesrat. Über ihn wirken die Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes sowie in europäischen Angelegenheiten mit, und damit ist ein erhebliches Blockadepotential verbunden. Das wird vom Grundgesetz freilich nicht missbilligt, denn es gehört zu den in der Verfas-

³² Zuletzt Zwanzigster Jahresbericht über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts (2002) vom 21. 11. 2003, KOM (2003), 669 endg., S. 82.

³³ Stabilitäts- und Wachstumspakt, Entschließung des Europäischen Rates über den Stabilitäts- und Wachstumspakt, ABl. EG 1997 Nr. C 236/01; VO/EG Nr. 1466/97 des Rates vom 7. Juli 1997 über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitik (ABl. EG 1997 Nr. L 209/01); VO/EG Nr. 1467/97 des Rates vom 7. Juli 1997.

³⁴ Zweifelnd G. *Robbers*, Entwicklungsperspektiven des Föderalismus, in: FS Badura, S. 431/433, der die parteipolitische Überformung der bundesstaatlichen Ordnung und die unterschiedliche Leistungsfähigkeit der Länder wohl als gewichtigere Ursachen ansieht. Die parteipolitische Überformung hängt freilich an der institutionellen Verflechtung und wäre ohne diese nicht möglich.

³⁵ Zum kooperativen Bundesstaat im Grundgesetz Chr. *Callies*, Die Justiziabilität des Art. 72 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund von kooperativem und kompetitivem Föderalismus, DÖV 1997, 889/891; R. *Grawert*, Finanzreform und Bundesstaatsreform, Der Staat 7 (1968), 63/73 ff. mit Blick auf die Gemeinschaftsaufgaben; M. *Heckel*, Zum Wandel des Föderalismus – am Beispiel des Bundesrates und des Verordnungsrechts, in: FS Badura, S. 169/175; K. *Hesse*, Aspekte des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, FS für Gebhard Müller, 1970, S. 141/143 ff.; G. *Kisker*, Kooperation im Bundesstaat, S. 4 ff.; M. *Nettesheim*, Wettbewerbsföderalismus und Grundgesetz, S. 363/364 f.; U. *Scheuner*, Struktur und Aufgabe des Bundesstaates in der Gegenwart, DÖV 1962, 641/647; rechtsvergleichend W. *Kewenig*, Kooperativer Föderalismus und bundesstaatliche Ordnung, AöR 93 (1968), 433 ff.; P. *Lerche*, Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip, VVDStRL 21 (1964), 66 ff.

sung angelegten Strukturen³⁶ des Bundesstaates, dass der Verlust von Entscheidungszuständigkeiten der Länder zugunsten des Bundes durch eine Beteiligung auf Bundesebene kompensiert wird. Aber auch wenn das nicht missbilligt wird, bleibt es doch ein Problem. Durch die parteienstaatliche Überformung des verfassungsrechtlichen Institutionengefüges hat sich der Bundesrat zudem von einem Organ zur Vertretung spezifischer Länderinteressen mehr und mehr zum institutionellen Anker der Opposition auf Bundesebene gewandelt. Das hat vor allem die politische Bedeutung der Landesregierung im Allgemeinen, und der Ministerpräsidenten im Besonderen gesteigert, wie schon ein Blick auf die Rekrutierung der Kanzlerkandidaten seit Anfang der 1970er Jahre zeigt.

2. Die mangelnde Europaorientierung

Als zweites Strukturproblem des Föderalismus lässt sich ausmachen, dass das Grundgesetz – ungeachtet der offenen Staatlichkeit, der es von Anfang an verpflichtet war – der europäischen Einbindung Deutschlands angesichts des mittlerweile erreichten Standes der Integration nicht mehr ausreichend Rechnung trägt.

Über 50 % aller nationalen Gesetze, dies ist Mitte der 1990er Jahre für mehrere Mitgliedstaaten ermittelt worden – nach Berechnungen der Bundestagsverwaltung sollen es derzeit 36 % sein – dienen mittlerweile schon der Umsetzung und Operationalisierung von Unionsrecht. Die in Deutschland maßgebliche Verfassungsordnung ist zudem durch die Öffnung für das „Integrationsprogramm“, wie es das Verfassungsgericht nennt, geprägt. Dies zwingt sie dazu, den Homogenitätsanforderungen des Art. 6 EU zu entsprechen sowie Bedingungen und Strukturen zu schaffen, die eine effektive Geltung des Unionsrechts ermöglichen. Und es begründet, wenn nicht eine Rechtspflicht, so doch zumindest ein Gebot rechtspolitischer Klugheit, die innerstaatlichen Verfahren den rechtlichen und politischen Anforderungen unionaler Entscheidungsfindung anzupassen.

Wenn es Aufgabe der Verfassung ist, dem Gemeinwesen eine funktionierende und gute Ordnung zu geben, und die Mitgliedschaft in der EU faktisch das Ende nationaler Verfassungsautonomie bedeutet, dann muss auch das Grundgesetz als (Teil-)Verfassung im europäischen Verfassungsverbund seinen Beitrag dazu leisten, dass die anerkannten Verfassungsfunktionen möglichst gut erfüllt werden. Die Kompetenzordnung des Grundgesetzes und die Vorschriften über die innerstaatliche Willensbildung in europäischen Angelegenheiten tragen diesen geänderten Rahmenbedingungen jedoch nicht ausreichend Rechnung.

Ein weiterer Aspekt kommt hinzu: Da auch das Unionsrecht demokratischen und rechtsstaatlichen Sicherungen unterliegt, erübrigt sich bis zu einem gewissen Grade der Gedanke der „vertikalen Gewaltenteilung.“ Die Etablierung des Mehrebenensystems und die Schaffung einer zusätzlichen Ebene ist dem bundesstaatlichen Aufbau Deutschlands insoweit funktional äquivalent.

³⁶ St. Oeter, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, S. 406.

III. Entflechtung als Verfassungsgebot

Die durch den Verbundföderalismus und seine Zuständigkeitsverflechtungen bewirkte Entscheidungsschwäche ist freilich nicht nur ein rechtspolitisches, sondern auch ein verfassungsrechtliches Problem. Denn sie bewirkt, dass die mit dem Wahlakt erteilte Legitimation für ein bestimmtes Programm kaum noch verwirklicht werden kann, weil der Bundestag rechtlich und faktisch nicht mehr über die notwendigen Entscheidungsbefugnisse verfügt, um seinen demokratisch formulierten Auftrag einzulösen und die Demokratie auf Bundesebene lebendig zu halten.³⁷ Die über seine Mitwirkungsmöglichkeiten vermittelte starke Stellung des Bundesrates auf der einen Seite und die Abwanderung von Zuständigkeiten auf die europäische Ebene auf der anderen Seite führen so zu einer Erosion der demokratischen Substanz des Wahlrechts, und damit des demokratischen Prinzips an sich. Angesichts der Einbindung in das Mehrebenensystem bewirken sie zudem, dass politische Verantwortung kaum noch wahrgenommen bzw. zugerechnet werden kann.

Vor diesem Hintergrund lässt sich aus Art. 20 GG ein Auftrag ableiten, der auf eine Entflechtung der Entscheidungszuständigkeiten zielt, um sowohl dem Bundestag als auch den Landtagen wieder größere Gestaltungszuständigkeiten zu sichern.³⁸ Man kann natürlich darüber diskutieren – und darüber diskutiert die deutsche Staatsrechtslehre seit 150 Jahren –, ob die Entscheidung für den Bundesstaat diese starke Betonung des Demokratieprinzips nicht relativiert und die Verfassung eben beides gleichermaßen will. Ich habe an anderer Stelle darzulegen versucht, dass es meines Erachtens eine Präponderanz des demokratischen vor dem bundesstaatlichen Prinzip gibt;³⁹ das kann ich hier nicht weiter ausführen. Festhalten möchte ich aber, dass der aktuelle Befund einer Krise dazu zwingt, die zunächst gescheiterten Vorschläge der Bundesstaatskommission in der einen oder anderen Weise wieder aufzunehmen, und dass dies ein dauerhaftes Petitem, ein dauerhafter Auftrag ist.

IV. Rechtspolitische Maßstäbe für eine Reform der Kompetenzverteilung

Nach welchen Kriterien die Zuständigkeitsverteilung erfolgen soll, versteht sich fast von selbst. Subsidiarität und Autonomie hat Herr Müller heute schon angesprochen, wobei Subsidiarität natürlich auch bedeutet, dass die untergeordneten Einheiten allein zur Regelung solcher Fragen zuständig sein sollten, die sie auch effektiv regeln können. Die „Staatsvertragslösung“ im Bereich des Hochschulrechts wäre, wenn sie denn

³⁷ BVerfGE 89, 155/171 f., 182; P. Kirchhof, (Fn. 7), S. 237/242; W. Kluth, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, 1995, S. 61.

³⁸ P. M. Huber, (Fn. 1), D 33 ff.

³⁹ P. M. Huber, (Fn. 1), D 38 ff.

käme, eher ein Indikator dafür, dass die Länder an dieser Stelle überfordert sind.⁴⁰ Als Mitglied der Kommission für die Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) kann ich beobachten, wie wir jedes halbe Jahr mit einer neuen Änderung des Rundfunkstaatsvertrags (RStV) konfrontiert werden, mit der sich kein (Landes-) Parlament wirklich beschäftigt hat, die im Zweifel auch die Ministerpräsidenten nicht zur Kenntnis nehmen, sondern durchwinken, und die letztlich auf den Absprachen der Rundfunkreferenten beruht. Dass sich Demokratie so nicht entfaltet, und dass dies mit einer gewissen sachlichen Überforderung der Länder zusammen hängt, liegt auf der Hand. Mit anderen Worten: wo überregionale Handlungsbedürfnisse bestehen, sollten de constitutione ferenda weder Art. 30 GG noch die Vermutung des Art. 70 GG zur Anwendung kommen; sachliche Gesichtspunkte sprechen vielmehr dafür, dass für dermaßen überregionale Aufgaben der Bund zuständig ist.

Noch ein Wort zum Wettbewerbsgedanken, und zum Wettbewerbsföderalismus: Als Ordnungsprinzip kommt er meines Erachtens nur insoweit in Betracht, als er Folge der auf einer unteren Ebene angesiedelten Kompetenz ist. Das Stichwort des Wettbewerbs mag etwas Wichtiges bezeichnen, soweit es das Bemühen um die bessere Lösung im Vergleich mit anderen meint, soweit es also von der Autonomie der Gebietskörperschaft handelt. Man kann das auch „Gestaltungsföderalismus“ nennen.

Dagegen scheint mir eine Übernahme des dem Wirtschaftsleben entlehnten Wettbewerbsgedankens auf staatliches Handeln, eine Konkurrenz um Steuerzahler, Investoren etc., mit dem bundesstaatlichen Konzept des Grundgesetzes schwerer kompatibel. Johannes Rau hat im letzten Jahr davon gesprochen, dass man keinen Bund schließe, um gegeneinander zu konkurrieren⁴¹, und Paul Kirchhof hat in der Festschrift für Badura ausführlich dargelegt, warum der Wettbewerbsgedanke als ökonomischer Gedanke, als Konkurrenz in Verteilungssituationen, kein taugliches Muster für eine Neuordnung der Kompetenzen sein kann⁴².

Als letztes möchte ich noch auf die Frage eingehen, die auch beim Referat von Herrn Müller eine Rolle gespielt hat, ob man die Erwartung der Bevölkerung an bundeseinheitliches Handeln tatsächlich ignorieren kann, und ob es nicht Aufgabe der Politiker ist, auf diese Erwartungshaltung Rücksicht zu nehmen. Letzten Endes steckt dahinter ja die Frage, wie stark der Föderalismus in unserer Gesellschaft verankert ist, und ob es sich das „Subsystem Recht“ leisten kann, an den Erwartungen der Bevölkerung vorbei Politik zu betreiben, ohne dass aus einer solchen Diskrepanz langfristig Risiken und Gefahren für die Stabilität des Staates hervorgehen.

Ich will das alte – im Grunde aus der deutschen Klassik stammende – Wort von der Verfassung, die von Voraussetzungen lebt, die sie nicht selber schaffen kann – E. W. Böckenförde muss in diesem Zusammenhang natürlich auch zitiert werden –, nicht bemühen; das Wissen um diese Voraussetzungen ist für den Juristen gleichwohl existentiell: Die Sozialpsychologen haben, wenn ich das richtig verstanden habe,

⁴⁰ P. M. Huber, (Fn. 1), D 44; M. Nettesheim, (Fn. 1), S. 363/374.

⁴¹ Zitiert bei B. Zypries, Wie viel Unterschiedlichkeit verträgt die Republik?, in: *Bundesverband Deutscher Banken* (Hrsg.), *Reformblockaden aufbrechen – den Föderalismus neu gestalten*, 2003, S. 32.

⁴² P. Kirchhof, (Fn. 7), S. 237/252.

herausgefunden, dass kollektive Identitäten und das kollektive Gedächtnis einer Nation in der Regel 400 Jahre zurück reichen⁴³. Wenn man sich vor diesem Hintergrund fragt, was in den letzten 400 Jahren in Deutschland mit Blick auf den Föderalismus geschehen ist, dann entdeckt man eine Reihe von historischen Zäsuren und Erfahrungen, die Eingang in das kollektive Gedächtnis unseres Volkes gefunden haben, und die vielleicht erklären können, warum wir trotz aller föderalistischen und verfassungsrechtlichen Vorgaben doch ein etwas gebrochenes Verhältnis zu diesem Ordnungsprinzip haben: da haben wir den Dreißigjährigen Krieg und den Verfall des Alten Reichs im 18. Jahrhundert, die jahrhundertlang die Sehnsucht nach einer starken, die elementaren Staatszwecke verwirklichenden Zentrale genährt haben, und die Erfahrung, dass Deutschland wegen dieser fehlenden starken Zentralgewalt immer wieder Objekt der politischen Ambitionen seiner Teile bzw. seiner Nachbarn gewesen ist. Wir haben den quälend langsamen Weg zur nationalen Einheit im 19. Jahrhundert, in dem die Partikularstaaten dem Volk die Prämie für die Befreiungskriege vorenthalten und sich als Hindernis auf dem Weg zur nationalen Einheit erwiesen haben. 400 Jahre negative Erfahrungen mit dem Partikularismus sind im Gedächtnis der Nation und in ihrer kollektiven Identität möglicherweise tiefer gespeichert, als es der bloße Blick auf die Verfassungsgeschichte nahe legen mag.

V. Reformüberlegungen in der Bundesstaatskommission

Was folgt aus diesem Befund für eine Veränderung der Kompetenzen und für eine Reform des föderalistischen Systems? Herr Müller hat davon gesprochen, dass alle Sachverständigen in der Bundesstaatskommission unterschiedliche Konzepte gehabt hätten, und dass man daraus im Grunde nichts Genaues hätte ableiten können. Er hat natürlich Recht – wo drei Juristen zusammenkommen, gibt es vier Meinungen. Aber im Laufe der eineinhalb oder eineinviertel Jahre der Kommissionsarbeit hat sich doch eine Art „mainstream“ herausgebildet,⁴⁴ der letzten Endes dann auch in dem Papier von Herrn Müntefering und Herrn Stoiber seinen Niederschlag gefunden hat. Und zu diesem Konsens gehörte zunächst, dass die Bildungspolitik „vom Kindergarten bis zur Habilitation“, wie es der Abgeordnete Röttgen genannt hat, Ländersache sein sollte. Dazu gehörte ferner, dass die Organisationshoheit der Länder, insbesondere mit Blick auf ihre Bediensteten, wieder stärker in ihre Zuständigkeiten gegeben werden sollte. Und zu diesem Konsens gehörte drittens, dass regional begrenzte Politikfelder in die Zuständigkeit der Länder und nicht in die Zuständigkeit des Bundes fallen sollten.

⁴³ *Breakwell/Speri*, Changing European Identities, 1996; *Hilton/Erb/Dermot/Molian*, Social Representation of History and Attitudes to European Unification in Britain, France and Germany, 1992; *P. M. Huber* (Fn. 1), D 46 ff. m. w. N.

⁴⁴ Nachweise in: Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005.

1. Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen

Zu Beginn der Bundesstaatskommission sind vor allem Baden-Württemberg und Herr Teufel mit dem Petition aufgetreten, sämtliche Kompetenzen entweder auf den Bund oder auf die Länder zu verteilen und ein „Trennsystem“ zu etablieren, bei dem es zu keinen Überschneidungen kommt. Das hat sich relativ schnell als nicht durchführbar erwiesen, weil man erkannt hat, dass es einer gewissen Flexibilitätsreserve beim Auftreten neuer Probleme und bei der Veränderung von politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen bedarf, vor allem wenn es in einem Bereich schon Bundesrecht gibt, und dass deshalb an der konkurrierenden Gesetzgebung festgehalten werden sollte.⁴⁵

Allerdings hat die Bundesstaatskommission, jedenfalls nach dem Entwurf des „Konsenspapiers“ von Müntefering und Stoiber,⁴⁶ mehr oder weniger Einvernehmen darüber erzielt, dass eine stärkere Trennung der Gesetzgebungskompetenzen, als sie de constitutione lata vorgesehen ist, denkbar wäre – beim Melde- und Ausweisungswesen, der Abwanderung deutschen Kulturguts in das Ausland (diese Kompetenz hat einige merkwürdige, ich sage einmal Wechselfälle erlebt: sie war ja ursprünglich eine konkurrierende Kompetenz, die dann 1994 zu einer Rahmenkompetenz umgestaltet wurde, und jetzt in die ausschließliche Kompetenz des Bundes zurückgeführt werden soll⁴⁷), beim Waffen- und Sprengstoffrecht und dem Atomrecht, die Gegenstand der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes werden sollten. Bei der konkurrierenden Gesetzgebung sollte ein Großteil der wichtigen Materien, wie das Bürgerliche Recht und das Strafrecht, der Erforderlichkeitsklausel entzogen werden, so dass der Bund letzten Endes auch hier faktisch eine weitgehend ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit erhalten hätte.⁴⁸

Die Rahmengesetzgebung schien lange Zeit erledigt, weil man der Auffassung war, dass sie sich im Grunde nicht bewährt hat.⁴⁹ Bundespräsident Herzog hat einmal das Bild von dem Rahmen verwendet, der so groß ist, dass man das Bild nicht mehr sieht; und die Grundsatzgesetzgebung wurde nicht als Alternative gesehen. Deswegen hat man als Kompensation eine Auffanggesetzgebung mit Zugriffsrecht erwogen⁵⁰, die die Rahmengesetzgebung mit ihren schwierigen Abgrenzungsproblemen ersetzen sollte. Nach der Sommerpause 2004, woran auch immer es gelegen haben mag, sollte die Rahmengesetzgebung dann doch beibehalten werden, für die Gegenstände, die Herr Müller

⁴⁵ P. M. Huber (Fn. 1), D 55.

⁴⁶ Vorentwurf vom 13. 12. 2004, AU 104.

⁴⁷ Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, S. 406 ff.

⁴⁸ Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, S. 140.

⁴⁹ Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, S. 141 ff.

⁵⁰ Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, S. 89 ff.; P. M. Huber, (Fn. 1), D 58 ff.

heute Morgen auch schon genannt hat – das Hochschulrecht, das Jagdwesen, die Bodenverteilung und die Raumordnung.

Persönlich bedauere ich, dass aus der Auffanggesetzgebung mit Zugriffsrecht (vorläufig) nichts geworden ist bzw. auch dann nichts geworden wäre, wenn die Bundesstaatskommission nicht gescheitert wäre, sieht man einmal vom Sonderfall des Art. 84 Abs. 1 GG ab, wo dieser Mechanismus gegriffen hätte. Denn der der Auffanggesetzgebung zugrunde liegende Gedanke, die ja nicht an die Stelle der konkurrierenden Gesetzgebung hätte treten sollen, sondern einen *neuen* Gesetzgebungstyp geschaffen hätte, hätte die ratio des Bundesstaats besser zum Ausdruck gebracht als der Status quo. Sie hätte es ermöglicht, die Garantienstellung des Bundes für den Gesamtstaat einzulösen und seine Verpflichtungen nach außen zu erfüllen, ohne dass den Ländern dadurch substantielle Entscheidungsspielräume entzogen worden wären. In der Diskussion war von Nordrhein-Westfalen einmal der Vorschlag aufgegriffen worden, die Umsetzung des Europarechts, auch so weit es sich um Zuständigkeiten der Länder handelt, unter eine solche Auffanggesetzgebung zu fassen, jedenfalls solange, bis die Länder von ihren Gesetzgebungskompetenzen Gebrauch gemacht haben.⁵¹ Damit wäre die Flanke nach Europa durch den Bund, der letzten Endes ja auch haftet, auch für die Nichtumsetzung durch die Länder, geschlossen worden, ohne ihm die – von den Ländern zu Recht befürchtete – Möglichkeit zu geben, dauerhaft „draufsatteln“ zu können. Die Länder hätten ohne inhaltliche Voraussetzungen die Möglichkeit gehabt, soweit Unionsrecht nicht entgegensteht, von der entsprechenden Regelung des Bundes abzuweichen. Man hätte sich Vergleichbares auch für das Hochschulrecht vorstellen können, oder für das Beamtenrecht, wo die Grundsätze des Art. 5 Abs. 3 GG bzw. des Art. 33 Abs. 5 GG durch den Bund hätten konkretisiert werden können, während alles andere, die Organisation der Gruppenuniversität oder ähnliches den Ländern verblieben wäre. Gegenüber dem Status Quo, der Rahmenregelung und ihren Abgrenzungsproblemen, hätte dies eine deutliche Verbesserung bedeutet.⁵²

Die Länder hätten nach den Vorstellungen des „Konsenspapiers“ darüber hinaus eine ganze Reihe von zusätzlichen Befugnissen bekommen: das Versammlungsrecht, das vielleicht politisch nicht so spannend ist, das Strafvollzugsrecht, das Notariat, das Heimrecht, Ladenschluss-, Markt- und Gaststättenrecht, das landwirtschaftliche Pachtwesen und anderes mehr. Sie haben dieses Angebot letzten Endes mit Blick auf den Dissens über die Hochschulpolitik nicht annehmen wollen. Dabei hätten sie, vor allem die unter Auszehrung leidenden Landtage, davon nicht unerheblich profitiert. Das gilt namentlich auch für die Zuständigkeit für das Beamtenrecht und die Beamtenbesoldung.⁵³

⁵¹ Fösterling, in: Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, S. 125; P. M. Huber, ebenda, S. 108; ders., (Fn. 1), D 70 ff.

⁵² Zu den Problemen siehe nur BVerfGE 111, 226/247 ff. – Juniorprofessur.

⁵³ Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, S. 210 ff.

2. Neuordnung der Verwaltungskompetenzen

Wenn ich noch ein paar Worte zur Neuordnung der Verwaltungskompetenzen sagen darf und zu dem Vorhaben, in Art. 84 GG die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren anders zu regeln: Die größten Gewinner der vorgeschlagenen Neuregelung wären die Kommunen gewesen, vor allem die Landkreise und die kreisfreien Städte, weil sowohl bei Art. 84 Abs. 1 GG, als auch bei Art. 85 Abs. 1 GG der Durchgriff auf sie, der heute unter „Einrichtung der Behörden“ figuriert, ausgeschlossen worden wäre.⁵⁴ Der Bund hätte darüber hinaus zwar die Möglichkeit erhalten, auch ohne die Zustimmung des Bundesrates Organisations- und Verfahrensregelungen zu erlassen, freilich um den Preis, dass die Länder von diesen Regelungen hätten abweichen können.

Das wäre eine pragmatische Lösung gewesen, die aber vermutlich dazu geführt hätte, dass die Länder nur an einigen symbolträchtigen Stellen, und vermutlich auch nur die großen Länder, tatsächlich von den Vorgaben des Bundesrechts abgewichen wären. Letztlich hätte die Neuregelung wohl eine stärkere Unitarisierung des Verwaltungsverfahrens und der Behördenorganisation zur Folge gehabt, als es als es nach dem Status quo der Fall ist. Gerade wenn man die Erfahrungen in den neuen Ländern und die, sagen wir einmal zögerliche Haltung, hier eigenständige Gesetzgebungsrechte zu bekommen, mit in Betracht zieht, spricht viel dafür, dass die kleineren Länder, insbesondere auch die neuen Länder, von diesem Zugriffs- und Abweichungsrecht wenig Gebrauch gemacht hätten. Das lässt das Scheitern in einem etwas milderem Licht erscheinen. Freilich wären mit dieser Regelung die Hälfte aller zustimmungspflichtigen Tatbestände weggefallen und die Entflechtung des bundesstaatlichen Entscheidungssystems, vorbehaltlich der Regelungen in der Finanzverfassung⁵⁵, über die ich hier ja nicht sprechen soll, ein erhebliches Stück erleichtert worden.

Für die Bundesauftragsverwaltung war man, auch das gehört zu den Überraschungen zum Schluss, bis zum Sommer eigentlich davon ausgegangen, dass es bei Art. 85 GG nicht anders laufen könne als bei Art. 84 GG. In dem „Konsenspapier“ war bei Art. 85 GG allerdings dann keine Änderung vorgesehen, sieht man einmal vom Abschluss des Durchgriffs auf die Kommunen ab.⁵⁶

M. E. sollte man darüber nachdenken, die Bundesauftragsverwaltung mit Ausnahme der Finanzverwaltung ganz zu streichen.⁵⁷ Die Erfahrungen mit dem Atomrecht, die im Grunde dazu geführt haben, dass die Länder nur noch Briefboten und Haftungsadresse für den Vollzug durch den Bund sind, sprechen etwa dafür, diese Materie ganz in bundeseigene Zuständigkeiten zu übertragen, während man sich etwa bei den

⁵⁴ Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, S. 53 ff., 77, 79 f.

⁵⁵ Dazu Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, S. 483 ff.

⁵⁶ Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, S. 88.

⁵⁷ P. M. Huber, (Fn. 1), D 84.

Fernstraßen und anderen Regelungen auch eine Übertragung in die Landeszuständigkeit vorstellen könnte.

Auch die Gemeinschaftsaufgaben gehören zur Verwaltung. Hier sollten, so sah es lange Zeit aus, mit Ausnahme der Forschungsförderung, alle Aufgaben nach Art. 91 b GG gestrichen werden.⁵⁸ Im Laufe der Beratungen wurden allerdings immer mehr Gemeinschaftsaufgaben für unverzichtbar erklärt. Man hat noch darüber gedacht, ob man sie nicht durch Finanzhilfen (Art. 104 a Abs. 4 GG) ersetzen kann, damit wenigstens der Verwaltungsapparat, der mit Art. 91 a und 91 b GG verbunden ist, entbehrt wird, und das ganze wenigstens durch ein Gesetz transparent und unter Bindung an das föderale Gleichbehandlungsgebot geregelt wird. Aber je mehr die Beratungen dem Ende entgegenstrebten, umso fester schienen diese Gemeinschaftsaufgaben zementiert. Am Schluss blieb, Herr Müller hat es heute Morgen gesagt, im Grunde nur noch die Abschaffung der Hochschulbauförderung übrig. Gemessen an den Erwartungen, die komplizierten Verfahren des Grundgesetzes ein bisschen zu entschlacken, die Instrumente zu reduzieren und mehr Transparenz zu schaffen, war das bedauerlich, zumal auch in dem „Konsenspapier“ für die Länder, die von der Hochschulbauförderung überproportional profitiert haben, Übergangsregelungen vorgesehen waren – bis zum Jahre 2019, also bis zum Auslaufen des Solidarpaktes II.⁵⁹

3. Neuordnung des Europaverfassungsrechts

Das Europaverfassungsrecht war der Bundesstaatskommission als Reformgegenstand nicht wirklich zu vermitteln.⁶⁰ Es ist zwar darüber diskutiert worden, und es gab auch eine Arbeitsgruppe, die sich damit auseinander gesetzt hat. Zudem hat der Bund, haben vor allem Frau Künast und Herr Geiger aus dem Bundesjustizministerium, immer wieder darauf hingewiesen, dass es hier zu grundlegenden Änderungen kommen müsse. Das gilt vor allem, wenn man mit Blick auf die Vorgaben des Europäischen Verfassungsvertrages (VVE)⁶¹ die demokratische und politische Kontrolle der Bundesregierung im Rat intensivieren will.

Wie Sie wissen, hat der Bundestag im Grunde nur einen Berücksichtigungsanspruch, wobei weder die Bundesregierung noch die große Oppositionsfraktion (CDU/CSU) Neigung zeigen, die Mitwirkungsrechte des Parlaments zu erweitern, und das obwohl es hier ja funktional um „Gesetzgebung“ geht, genauer um die Mitwirkung an der unionalen Gesetzgebung. Zudem enthält der VVE hier eine „Vorlage“ durch das sog. Frühwarnsystem im Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union. Diese ist von vielen europäischen Staaten zum Anlass genommen worden, die innerstaatlichen Mitwirkungsrechte auszubauen und

⁵⁸ Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, S. 483 ff.

⁵⁹ § 15 MaßstG 2001; § 20 FAG 2001.

⁶⁰ Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, S. 153 ff.

⁶¹ Deren Schicksal schien zum Zeitpunkt des Referates klarer als heute nach den gescheiterten Referenden in Frankreich und den Niederlanden.

die Europapolitik stärker zu parlamentarisieren. Bei uns aber herrscht noch immer die Vorstellung, dass europäische Gesetzgebung so etwas wie klassische Diplomatie sei, wo man sich vom Parlament lieber nicht zu stark reinreden lassen möchte.

Die Rolle des Bundesrates stand in diesem Zusammenhang nicht zur Disposition. Im Gegenteil, die Länder wollten eher einen Ausbau ihrer Mitwirkungsmöglichkeiten als deren Rückführung.⁶² Anders als der Bundestag hat der Bundesrat dort, wo es um ausschließliche Landeszuständigkeiten geht, Anspruch auf eine maßgebliche Berücksichtigung seiner Position. Mit Zweidrittelmehrheit – davon ist in Praxis allerdings noch nie Gebrauch gemacht worden – könnte er sich sogar gegenüber der Bundesregierung durchsetzen. Diese Position ließe sich noch stärker ausbauen⁶³, worüber der Bund allerdings nicht mit sich reden ließ.

Es gab zum Schluss immerhin eine gewisse Bereitschaft der Länder, beim „Ländervertreter“, also bei der Außenvertretung Deutschlands durch einen Landesminister, Konzessionen zu machen.⁶⁴ Das wäre schon deshalb notwendig gewesen, weil mit jeder Kompetenz, die die Länder durch die Föderalismusreform bekommen hätten – und hier standen immerhin 14 Gegenstände im Raum, die in die (ausschließliche) Zuständigkeit der Länder überführt werden sollten – ihnen über den Mechanismus des Art. 23 Abs. 6 GG i. V. m. ZusBRG auch die Außenvertretung Deutschlands zugefallen wäre.

Ungeachtet des Scheiterns der Bundesstaatskommission ist es weiterhin sinnvoll, einerseits die innerstaatlichen Mitwirkungsmöglichkeiten von Bundestag und Bundesrat zu intensivieren, der Bundesregierung Berichtspflichten aufzuerlegen und beiden Kammern auch die Möglichkeit zu eröffnen, die Regierung vorbehaltlich zwingender außenpolitischer und integrationspolitischer Gründe zu binden, so wie dies in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, etwa in Österreich, zum Teil geschieht. Auch den von Carl Otto Lenz auf dem Juristentag 2004 unterbreiteten Vorschlag, einen Gemeinsamen Ausschuss aus 16 Ländervertretern und 16 Bundestagabgeordneten einzurichten, sollte man ernsthaft erwägen. Dieser könnte, ähnlich wie dies in Dänemark oder Großbritannien geschieht, während der Verhandlungen im Ministerrat „Gewehr bei Fuß“ stehen und die Rückkopplung mit dem Vertreter der Bundesregierung sicherstellen.

VI. Zum Änderungsbedarf beim Bundesrat

Zum Schluss der Tour d’Horizon, die mir aufgegeben war, noch ein paar Worte zur Änderung des Bundesratsmodells: Sie hat in den Beratungen der Bundesstaatskommis-

⁶² Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, S. 161, 168.

⁶³ P. M. Huber, (Fn. 1), D 109 f.; Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages Bonn 2004, Band II/1 Sitzungsberichte, 2005, Beschluss Nr. 41, P 138.

⁶⁴ Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, S. 198; siehe auch Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages Bonn 2004, Band II/1 Sitzungsberichte, 2005, Beschluss Nr. 42, P 138 f.

sion nur bei der allerersten Anhörung im Dezember 2003 eine eher randständige Rolle gespielt;⁶⁵ entsprechend sporadisch und spärlich sind die einschlägigen Ausführungen. Die Ministerpräsidenten waren sich ziemlich schnell einig, dass beim Bundesrat eigentlich alles in bester Ordnung sei, und da die Kommission wechselweise im Bundestags- und im Bundesratsgebäude tagte, schien es inopportun, den Hausherrn bzw. Gastgeber einem wie auch immer gearteten Veränderungsdruck zu unterwerfen.

Die Mütter und Väter des Grundgesetzes haben sich, das wurde heute schon erwähnt, beim berühmten Frühstück im Hotel Königshof 1949 für die Fortführung des Bundesrats- und gegen ein Senatsmodell entschieden.⁶⁶ Anders als 1871 und anders als in der Weimarer Reichsverfassung haben sie den Bundesrat allerdings von dem Modell des Gesandten-Kongresses deutlicher entfernt, ohne ihm freilich ein wirklich klares Profil zu geben. Nach wie vor oszilliert sein Erscheinungsbild zwischen senatsähnlichen Zügen und jenem Gesandten-Kongress, so dass Ernst Friesenhahn schon 1957 feststellen musste, dass dieses Konstrukt eigentlich gar nicht in die Struktur einer parlamentarisch-demokratischen Verfassung passt.⁶⁷

Und da ist etwas dran: Einerseits weist der Bundesrat für jedes Land mehrere persönliche Mitglieder auf; es wirken nur anwesende Mitglieder und ihre Vertreter an den Beschlüssen mit. Als Verfassungsorgan des Bundes wird sein Handlungsmaßstab ausschließlich durch das Bundesrecht bestimmt, so dass für die Richtlinienkompetenz von Ministerpräsidenten ebenso wenig Raum ist, wie für ein imperatives Mandat der Landtage.⁶⁸ Insoweit hat der Bundesrat Züge eines Senats. Andererseits sind seine Mitglieder an Weisungen der Landesregierung gebunden, können sie jederzeit bestellt und abberufen werden, nur einheitlich abstimmen, verlangt die Verfassung nach geltender Staatspraxis nicht die Anwesenheit aller Bundesratsmitglieder, akzeptiert sie die Stimmführerschaft. Das ist Erbe des Gesandten-Kongresses.

Vor diesem Hintergrund setzten Änderungsvorschläge in der Bundesstaatskommission bei einer Weiterentwicklung dieser offenkundig ambivalenten Struktur an, die von der Einrichtung eines Senats, wie ihn Hans Jürgen Papier vorgeschlagen hat, bis zur Veränderung des Beschlussverfahrens reichten:

Das Senatsmodell, glaube ich, ist keine Alternative. Zum einen bedeutete es einen Bruch mit der Verfassungstradition, den man, wenn er sich irgendwie vermeiden lässt, auch vermeiden sollte. Zum anderen aber besteht das Wesen oder der wesentliche

⁶⁵ Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, *Deutscher Bundestag/Bundesrat* (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, S. 997 ff.

⁶⁶ Zum berühmten Handstreich zwischen dem bayerischen Ministerpräsidenten *Ehard* und dem nordrhein-westfälischen Justizminister *Menzel* im Bonner Königshof *R. Morsey*, Die Entstehung des Bundesrates im Parlamentarischen Rat, in: *Bundesrat* (Hrsg.), Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft, 1974, S. 70 ff.; *R. Dolzer*, Das parlamentarische Regierungssystem und der Bundesrat – Entwicklungsstand und Reformbedarf, *VVDStRL* 58 (1999), 7/11 f.

⁶⁷ *E. Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, *VVDStRL* 16 (1958), 9/72, These 13; krit. auch *W. Weber*, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl., 1990, S. 78 ff.

⁶⁸ BVerfGE 106, 310/334 – Zuwanderungsgesetz; Sondervotum *G. Lübke-Wolff/L. Osterloh*, in: BVerfGE 106, 310/337; *R. Herzog*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR* II, § 46 Rdnr. 33; *St. Koriath*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), *GG*, Band II, Art. 51 Rdnr. 21, 23; *W. Krebs*, in: *v. Münch/Kunig* (Hrsg.), *GG*, Band II, 5. Aufl., 2001, Art. 51 Rdnr. 14 m. w. N.

Vorteil des Bundesrats darin, dass die Vollzugserfahrungen der Länder auf diese Weise in die Bundesgesetzgebung einfließen. Ein Senatsmodell würde das nicht leisten und würde insofern das exekutiv-föderalistische System des Grundgesetzes unter Druck setzen. Beim Beschlussverfahren lässt sich natürlich manches diskutieren. So könnte man aus Art. 52 GG und aus Art. 50 GG, die davon sprechen, dass die Länder „mitwirken“, eine positive Mitwirkungspflicht ableiten: denn eigentlich rechtfertigen nur regionale Interessen von Minderheiten den „Einflussknick“, die Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus, die in einer (verweigerten) Zustimmung des Bundesrates liegt, nicht die Unfähigkeit oder -willigkeit von Landesregierungen, ihre Interessen überhaupt zu artikulieren.⁶⁹ Die Staatspraxis hat sich zwar auf die Zulässigkeit von Enthaltungen verständigt, und man hat dies nie als Problem gesehen. Bei Koalitionsregierungen ist das natürlich auch hoch willkommen. Aber ob die Ratio der Mitwirkung des Bundesrats in der Nichtbeteiligung tatsächlich ihre Erfüllung findet, darüber kann man trefflich streiten. Und wenn man das tut, und wenn man zu der Einsicht käme, Mitwirkung bedeutet tatsächlich *aktive* Mitwirkung, dann wäre die Stimmenthaltung trotz 55-jähriger Staatspraxis einer anderen Beurteilung zu unterwerfen.

Dann könnte man natürlich auch über das verbotene Stimmensplitting (Art. 51 Abs. 3 Satz 2 GG)⁷⁰ anders urteilen als bisher, denn das Verbot des Stimmensplitting wäre insoweit die Alternative zur Enthaltung. Die Frage wurde nicht weiter diskutiert, weil hier auch nicht die wirklichen Probleme für die Reform des Föderalismus liegen.

Sie liegen schließlich auch nicht bei der Frage der Mehrheitserfordernisse. Wie Sie wissen, ist für Beschlüsse des Bundesrates die absolute Mehrheit erforderlich, so dass jede Enthaltung wie eine Neinstimme wirkt. In dem Maße, in dem zustimmungspflichtige Bundesgesetze aber abnehmen und Einspruchsgesetze wieder die Regel werden, und das wäre nach den Vorschlägen des „Konsenspapieres“ ja in mehr als 50 % der Fälle so gewesen, verliert das Erfordernis der absoluten Mehrheit sein Blockadepotential. Im Gegenteil: die höheren Anforderungen an den Einspruch würden die Effektivität der Bundesgesetzgebung dann nachhaltig erhöhen.

VII. Ausblick

Ich komme zum Schluss, ohne allerdings darauf zu verzichten, noch einmal deutlich zu machen, dass es für alle Beteiligten und erst recht für das Land natürlich bedauerlich ist, dass die Überlegungen der Bundesstaatskommission zunächst nicht zum Ziel geführt haben. Dass sie trotzdem nicht für die Katz' gewesen sein werden, ist heute Morgen mehrfach betont worden. Und da bei 90 % der Änderungsvorschläge im Grunde Konsens zwischen den politischen Akteuren besteht, wird ein Großteil von ihnen auf die eine oder andere Weise auch seinen Weg ins Bundesgesetzblatt finden.

⁶⁹ P. M. Huber, Deutschland in der Föderalismusfalle?, S. 22 f.

⁷⁰ BVerfGE 106, 310 ff. – Zuwanderungsgesetz.

Auch der Bundesstaat ist immer „Prozess“. Er wirkt in der Zeit und muss seine Funktionen unter den sich wandelnden Rahmenbedingungen erfüllen. Unabhängig vom weiteren Schicksal des VVE müssen Politik und Rechtswissenschaft deshalb zur Kenntnis nehmen, dass wir von autonomen, nach innerstaatlichen Rationalitäten bestimmten Entscheidungsbedingungen und -strukturen inzwischen weit entfernt sind, und dass es gilt, daraus die notwendigen Konsequenzen zu ziehen. Vorrangige Aufgabe des deutschen Bundesstaates ist es heute, Deutschland und seinen Ländern gemeinsame Anliegen und Interessen im Mehrebenensystem der Europäischen Union durchzusetzen und unsere Vorstellungen von einem gedeihlichen Zusammenleben möglichst weit zu verwirklichen. Das kann nicht gelingen, wenn man die europäische Dimension, die über den Art. 23 GG hinausgeht, weiterhin so stiefmütterlich behandelt, wie das auch in der Bundesstaatskommission leider der Fall gewesen ist.