

fast 43 Prozent stellt sich die Frage nach den Ursachen für diese erhebliche Differenz. Sie ist leichter zu beantworten, als es zunächst den Anschein hat. In den beiden angesprochenen Untersuchungen war unterstellt worden, dass die Sperrklausel des Art. 84 Abs. 1 GG keine Anwendung findet.<sup>21</sup> Jede Annahme zum Umfang ihrer Inanspruchnahme wäre spekulativ gewesen. Rechnet man nun die 18 Sperrklauselfälle des Untersuchungszeitraums aus der Zahl der Zustimmungsgesetze (71) heraus, reduziert sich diese auf 53 oder 32 Prozent. Der Unterschied zwischen den in den vergangenheitsbezogenen Untersuchungen ermittelten 27 Prozent und den ohne die Sperrklauselfälle für 2006/07 errechneten 32 Prozent dürfte im Rahmen der normalen Schwankungsbreite liegen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Zustimmungsbedürftigkeit nach der Reform deutlich auf die Finanzverfassung konzentriert ist. 53 Prozent der zur Anwendung gekommenen Zustimmungsnormen gehören zur Finanzverfassung. Am wichtigsten ist mit fast 36 Prozent – wie nicht anders zu erwarten – Art. 105 Abs. 3 GG, der die Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen über Steuern anordnet, die ganz oder teilweise den Ländern zustehen. Im Bereich des Steuer- und Finanzrechts ist es also bei der für Deutschland so typischen Verflechtung der Ebenen geblieben. Ob die zweite Stufe der Föderalismusreform daran etwas ändern wird, bleibt abzuwarten.

21 Rainer Holschneider, a.a.O.; Harald Georgii / Sarab Borhanian, a.a.O., S. 3.

## Zur Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen: Eine kritische Bilanz nach einem Jahr Föderalismusreform I\*

Marcus Höreth

Ebenso groß wie die öffentliche Enttäuschung darüber, dass die gemeinsame Föderalismuskommission von Bundestag und Bundesrat am 17. Dezember 2004 das Scheitern der bereits dreizehn Monate andauernden Verhandlungen zur „Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung“ verkünden musste, war die Erleichterung im Sommer 2006, als die Föderalismusreform I mit der entsprechenden Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat doch noch beschlossen werden konnte. Die beiden Volksparteien, die sich zuvor vordergründig vor allem wegen der Kompetenzzuweisung in der Bildungspolitik nicht einigen konnten, nunmehr aber zu einer Großen Koalition zusammengefunden hatten, schienen signalisieren zu wollen, dass sie doch zu tief greifenden Reformen willens und fähig sind. Dementsprechend wurde die von ihnen auf den Weg gebrachte „Modernisierung des

\* Ich möchte mich an dieser Stelle für wichtige Anregungen und Kritik von *Fritz W. Scharpf*, *Frank Decker*, *Suzanne S. Schüttemeyer*, *Jared Sonnicksen*, *Marcel Lewandowsky* und *Sandra Fischer* bedanken.

Bundesstaats“ bereits als Erfolg gefeiert, bevor die mit ihr verbundenen Verfassungsänderungen überhaupt in Kraft getreten waren. Zukünftig könne, so der damalige Bundesratspräsident *Matthias Platzeck*, in Deutschland „schneller, effizienter und besser“ regiert werden<sup>1</sup>. Insbesondere würde es mit Hilfe dieser Reform gelingen, den Anteil zustimmungsbedürftiger Gesetze nahezu zu halbieren, wie eine eilig angefertigte wissenschaftliche Studie des Deutschen Bundestags zu bestätigen schien<sup>2</sup>. Dieser Optimismus seitens der Politik überraschte genauso wenig wie die den Reformbeschlüssen unmittelbar folgende Kritik der Föderalismusexperten, die das Verhandlungsergebnis mit großer Skepsis begutachteten. So hat der an den Verhandlungen teilnehmende Politikwissenschaftler, mit seinen Vorschlägen bei den politischen Akteuren jedoch kaum durchgedrungene *Fritz W. Scharpf* die Reform als „dürftig“<sup>3</sup> bezeichnet. Ihm wurde – argumentativ überzeugend – von unzähligen Experten sekundiert, die unisono die Reform als ungenügend abstempelten, ohne zum damaligen Zeitpunkt genau wissen zu können, wie die Reform in der Verfassungspraxis tatsächlich wirken sollte<sup>4</sup>.

Ein Jahr nach Inkrafttreten der Föderalismusreform I ist deshalb ein geeigneter Zeitpunkt, um eine erste kritische Bilanz zu ziehen, da auf Basis des seitdem geänderten Grundgesetzes bis August 2007 bereits 133 Bundesgesetze verkündet worden sind. Würden die Kernziele der Reform erreicht beziehungsweise ist zumindest abzusehen, dass der Bundesstaat mit Hilfe der neuen Regeln auf einem guten Weg ist? Oder wurden die Ziele verfehlt und ist deshalb abzusehen, dass aus dieser Erkenntnis heraus bald nachverhandelt werden muss, um die „Modernisierung“ des bundesdeutschen Beteiligungsföderalismus doch noch aufs richtige Gleis zu setzen? Dies soll im Folgenden mit Hilfe einer empirischen Bestandsaufnahme diskutiert werden<sup>5</sup>. Dabei werden jene Verfassungsänderungen auf ihre Wirkung in der Praxis überprüft, die dazu dienen sollen, den Anteil zustimmungsbedürftiger Gesetze an der Gesetzgebung signifikant zu senken. Die „kontrafaktische“ Methode wird hierfür angewendet – allerdings in anderer Weise als bisher üblich. Es wird nicht mehr danach gefragt, wie hoch der Anteil zustimmungsbedürftiger Gesetze in der Vergangenheit mutmaßlich gewesen wäre, wenn die Reform bereits zu einem früheren Zeitpunkt in Kraft getreten wäre<sup>6</sup>; stattdessen wird mit Hilfe einer quantitativen und qualitativen Bestandsaufnahme ermittelt, wie hoch der Anteil zustimmungsbedürftiger Gesetze seit September 2006 gewesen wäre, wenn es die Reform nicht gegeben hätte und das „alte Recht“ noch gelten würde.

- 1 Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 7. März 2006.
- 2 *Harald Georgii / Sarab Borhanian*, Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform: Wie hätte sich der Anteil der Zustimmungsgesetze verändert, wenn die vorgeschlagene Reform bereits 1998 in Kraft gewesen wäre?, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Vol. WD 3 - 37/06 und 123/06, Berlin 2006.
- 3 *Fritz W. Scharpf*, Föderalismusreform: Weshalb wurde so wenig erreicht?, in: APuZ, B 50 (2006), S. 6 ff., S. 6.
- 4 *Werner Reutter*, Regieren nach der Föderalismusreform, in: APuZ, B 50 (2006), S. 12 ff.; *Simone Burkhart / Philip Manow*, Was bringt die Föderalismusreform? Wahrscheinliche Effekte der geänderten Zustimmungspflicht, MPIfG Working Paper 06/6, Köln 2006.
- 5 Das „small-n-Problem“ sei bei dem Einjahresample von lediglich 133 seit der Reform verkündeten Gesetzen konzediert. Streng genommen mag es daher nicht repräsentativ für das Grundgesamt sein – es gibt jedoch kein Argument, das eine systematische Verzerrung plausibel machen würde.
- 6 So das methodische Vorgehen in den Studien von *Harald Georgii / Sarab Borhanian*, a.a.O. und *Simone Burkhart / Philip Manow*, Was bringt die Föderalismusreform, a.a.O.

## 1. Das Krankenblatt des bundesdeutschen Föderalismus

### 1.1. Politikverflechtung und Parteienwettbewerb

Manche Beobachter des bundesdeutschen Föderalismus attestieren dem föderalen System, dass es im Grunde gar nicht mehr die Eigenschaft habe, die es zu haben vorgibt: nämlich föderativ zu sein<sup>7</sup>. Schon vor 45 Jahren sah der Verfassungsrechtler *Konrad Hesse* die Bundesrepublik auf dem Weg zu einem „unitarischen Bundesstaat“<sup>8</sup>; 30 Jahre später spitzte *Heidrun Abromeit* diesen Befund noch einmal zu, als sie vom „verkappten Einheitsstaat“<sup>9</sup> sprach. Diese ernüchternden Analysen haben sich bis heute weitgehend bestätigt. Stellvertretend für viele übt etwa der ehemalige Bundesjustizminister *Edzard Schmidt-Jortzig* fundamentale Kritik am real existierenden Föderalismus: „Die föderative Ordnung in Deutschland krankt an Undurchsichtigkeit, bürokratischer Verkrustung, Verschleierung der Verantwortlichkeiten, vielfältigen Syndromen der Verzögerung und Verhinderung von Vorhaben („Blockaden“) und einer schleichenden Unitarisierung.“<sup>10</sup> Als Ursache wird in erster Linie die Politikverflechtung zwischen Bund und Ländern ausgemacht, die geradewegs in eine Falle geführt habe, der die beteiligten Akteure kaum entrinnen könnten und – vieles deutete in der Vergangenheit darauf hin – dies nicht einmal in ihrem Sinne war. Für den politischen „output“, das heißt die Qualität der Bundesgesetze, hat dies negative Folgen, denn die Politikverflechtung tendiert „aus ihrer institutionellen Logik heraus systematisch dazu, ineffiziente und problem-unangemessene Entscheidungen“ zu erzeugen<sup>11</sup>. Daraus ergibt sich ein wenig vorteilhaftes Gesamtbild des deutschen Föderalismus, dessen Funktionsprobleme und demokratische Mängel sich im Verfassungsorgan Bundesrat wie in einem Brennpunkt spiegeln: Bundespolitische Entscheidungsprozesse sind generell schwerfällig und intransparent, die Möglichkeiten für parteipolitische oder föderale Blockaden vielfältig, die Handlungsspielräume für die Landespolitik sehr eingeschränkt.

Auf der Suche nach den tiefer liegenden Ursachen für diese Malaise hat sich vor allem die so genannte „Strukturbruchthese“ von *Gerhard Lehmbruch* durchgesetzt<sup>12</sup>. Er hat bereits 1976 auf das Grundproblem des bundesdeutschen Föderalismus, aus dem sich fast alle weiteren Funktions- und Legitimationsdefizite ableiten lassen, aufmerksam gemacht. *Lehmbruch* weist darauf hin, dass im Bundesrat Föderalismus und parlamentarisches System in einer problematischen Weise aneinander gekoppelt sind. Dies führt dazu, dass die konkurrenzdemokratischen Handlungslogiken des Parteienwettbewerbs sich gerade bei gegenläufi-

7 Vgl. zum Folgenden *Marcus Höreth*, Senat statt Bundesrat? Über föderale Reformoptionen jenseits bundesdeutscher Pfadentwicklung, in: *Frank Decker* (Hrsg.), *Föderalismus an der Wegscheide. Optionen und Perspektiven einer Reform der bundesstaatlichen Ordnung*, Wiesbaden 2004, S. 99 ff.

8 *Konrad Hesse*, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe 1962.

9 *Heidrun Abromeit*, *Der verkappte Einheitsstaat*, Opladen 1992.

10 *Edzard Schmidt-Jortzig*, Reformbedürftigkeit des deutschen Föderalismus, in: *APuZ*, B 13/14 (2005), S. 6 ff., S. 6.

11 *Fritz W. Scharpf*, Die Politikverflechtungsfalle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich, in: *PVS*, 26. Jg. (1985), S. 323 ff., S. 350; vgl. noch die Aktualisierung seiner damaligen Thesen: *ders.*, The Joint-Decision Trap Revisited, in: *Journal of Common Market Studies*, 44. Jg. (2006), S. 845 ff.

12 *Gerhard Lehmbruch*, *Parteienwettbewerb und Bundesstaat. Regelsysteme und Spannungslagen im Institutionengefüge der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Auflage, Opladen 2000.

gen Mehrheiten zwischen Bundestag und Bundesrat auf das Verhandlungssystem Bundesrat auswirken. Daraus wiederum resultiert eine „partielle Diskontinuität“ der politischen Strukturen: Das föderative System ist seit *Otto von Bismarcks* Staatsgründung traditionell auf Aushandeln angelegt und erfordert daher kooperative Strategien der politischen Akteure, während das hierzu im Gegensatz stehende relativ neue bundesrepublikanische Parteiensystem oft nicht in der Lage ist, die dem Föderalismus angemessenen Aushandlungsroutinen zu entwickeln, weil die politischen Akteure aufgrund ihres Interesses an „positionalen Gewinnen“<sup>13</sup> im Parteienwettbewerb konfrontative Strategien verfolgen. Unter den Bedingungen des *divided government*<sup>14</sup> wird der Bundesrat daher zu einem Instrument der Opposition – und der Handlungsspielraum der Bundesregierung empfindlich eingeschränkt. Im Ergebnis führt dieser „Strukturbruch“ zwischen Bundesstaat und Parteienwettbewerb zu einer Einschränkung der Handlungs- und Steuerungsfähigkeit des Staates, weil tief greifende und umfassende Politikwechsel ausgeschlossen sind und höchstens eine „Politik des mittleren Weges“ möglich ist<sup>15</sup>.

## 1.2. Zustimmungsbefähigkeit bei Bundesgesetzen als Kernproblem

Zu dem von *Lehmbruch* beschriebenen Strukturbruch kann es jedoch nur dort kommen, wo die Machtverteilung zwischen Bundestag und Bundesrat symmetrisch ist, der Bundesrat also als echte Zweite Kammer agiert, die von der Regierungsmehrheit nicht einfach „absorbiert“ werden kann. Dies ist überall dort der Fall, wo der Bundesrat den von der Regierungsmehrheit eingebrachten Gesetzen mit seiner eigenen Mehrheit zustimmen muss, damit diese Gesetze zustande kommen. Die Ratio für diesen in das Grundgesetz eingebauten Zustimmungsvorbehalt der Länder bei der Bundesgesetzgebung liegt in der für Deutschland eigentümlichen funktionalen Aufgabenteilung begründet. Während beim Bund eine Dominanz bei der Gesetzgebung zu konstatieren ist, bleibt der Vollzug der Gesetze weitgehend Sache der Länder. Dies findet seinen markantesten Ausdruck in Art. 84 Abs. 1 GG (alt). Da der Bundesgesetzgeber in der Vergangenheit aufgrund tatsächlicher oder vermeintlicher bundeseinheitlicher Regelungsbedürfnisse nicht häufig den Ländern überlassen wollte, die Bundesgesetze als „eigene Angelegenheit“ ohne Vorgaben des Bundes auszuführen, wurde Art. 84 GG quasi von Beginn an zum regelrechten „Einfallstor“<sup>16</sup> für die Zustim-

13 *Thomas Bräuninger / Steffen Ganghof*, Parteienwettbewerb im Zweikammersystem, in: *Steffen Ganghof / Philip Manow* (Hrsg.), *Mechanismen der Politik: Strategische Interaktion im deutschen Regierungssystem*, Frankfurt am Main 2005, S. 149 ff.

14 Vgl. die zwar speziell auf die USA gemünzte, hinsichtlich der grundlegenden Problematik jedoch auch auf die deutsche Situation übertragbare Konzeptionalisierung bei *James L. Sundquist*, *Needed: A Political Theory for the New Era of Coalition Government in the United States*, in: *Political Science Quarterly*, 103. Jg. (1988/89) S. 613 ff., S. 629; zur Unterscheidung von „unified“ und „divided government“ grundlegend noch *John Coleman*, *Unified Government, Divided Government, and Party Responsiveness*, in: *American Political Science Review*, 93. Jg. (1999), S. 821 ff.

15 *Manfred G. Schmidt*, Die Politik des mittleren Weges. Besonderheiten der Staatstätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: *APuZ*, B 9/10 (1990), S. 23 ff.

16 *Hans Schneider*, Die Zustimmung des Bundesrates zu Gesetzen, in: *DVBl.*, 68. Jg. (1953), S. 257 ff., S. 257.

mungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen<sup>17</sup>. Dieser für den hohen Anteil zustimmungsbedürftiger Gesetze förderlichen Entwicklung wurde durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und seiner so genannten Einheitstheorie<sup>18</sup> noch Vorschub geleistet: Die geringfügigsten Eingriffe des Bundes in das Verwaltungsverfahren der Länder lösen Zustimmungspflichtigkeit aus, und zwar des ganzen Gesetzes inklusive seiner an sich nicht zustimmungsbedürftigen Teile. Dass die Bundesländer sich zudem schwer damit tun, ihr Zustimmungsrecht über den Bundesrat aufzugeben, ist ebenfalls unmittelbar einleuchtend: „Wenn fast alle Bundesgesetze von den Ländern als eigene Angelegenheit und auf eigene Kosten zu vollziehen sind, und wenn die Steuereinnahmen der Länder fast vollständig von den Bundesgesetzen abhängen, dann können die Landesregierungen ihren Einfluss auf die Gesetzgebung des Bundes auch nicht aufgeben.“<sup>19</sup>

Exakt an dieser Stelle kommt nun aber auch der Parteienwettbewerb mit seinen konkurrenzdemokratischen Logiken ins Spiel, weil die möglichst häufige Feststellung jener Zustimmungspflichtigkeit unter den Bedingungen des divided government im Interesse der die Mehrheit im Bundesrat stellenden Opposition im Bundestag liegt. Der Bundesrat wird in diesen Fällen entweder zum vollwertigen „Vetospielder“<sup>20</sup>, weil das zum Schutz der Verwaltungshoheit der Länder eigentlich sinnvolle Zustimmungsrecht als parteipolitisches Blockadeinstrument gegen unliebsame Gesetze (beziehungsweise Reformen) genutzt werden kann. Hierbei überlagern (wettbewerbliche) positionale Interessen der Opposition den politisch-inhaltlichen Dissens mit der Bundesregierung, der mit hinreichend kooperativem Verhalten seitens der politischen Akteure eigentlich ausgeräumt werden könnte, so dass ein zustimmungsbedürftiges Gesetz doch zustande kommen könnte<sup>21</sup>. Die Folge ist eine die Problemlösungsfähigkeit des politischen Systems unterminierende strategische statt sachlich-inhaltlicher Uneinigkeit zwischen Regierungsmehrheit und Opposition. Zum neben Bundesregierung und Bundestag gleichwertigen „Mitspieler“ wird der Bundesrat hingegen in jenen Fällen, in denen sich die Opposition zu einer kooperativen Strategie entschließt und ihre inhaltlich-sachlichen Präferenzen für ein bestimmtes Gesetz berücksichtigt sehen will. Die Entscheidungskosten liegen hier weniger in der „output“-Dimension, da ein Gesetz auf diese Weise – vor allem durch das in der Regel reibungslos funktionierende Scharnier des Vermittlungsausschusses<sup>22</sup> – immerhin zustande kommt, sondern in der

17 Vgl. *Christian Dästner*, Zur Entwicklung der Zustimmungspflichtigkeit von Bundesgesetzen seit 1949, in: ZParl, 32. Jg. (2001), H. 2, S. 290 ff.

18 So zuerst BVerfGE 8, S. 274; daran anknüpfend BVerfGE 37, S. 363 (S. 379 ff.); BVerfGE 48, S. 127 (S. 180 f.).

19 *Fritz W. Scharpf*, Föderalismusreform, a.a.O., S. 6.

20 *George Tsebelis*, Veto Players: How Political Institutions Work, Princeton 2002, S. 9.

21 Tatsächlich aber bildet das komplette Scheitern einer Regierungsvorlage sowohl unter kongruenten als auch bei gegenläufigen Mehrheiten die absolute Ausnahme. So scheitern selbst bei einer Oppositionsmehrheit im Bundesrat weniger als drei Prozent aller Zustimmungsgesetze am Bundesratsveto; vgl. *Simone Burkhart / Philip Manow*, Vetoantizipation. Gesetzgebung im deutschen Bikameralismus, MPIfG Discussion Paper 06/03, Köln 2006, S. 7. Vgl. auch *Peter Schindler*, Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages 1949 bis 1999, Baden-Baden 1999; *Michael F. Feldkamp*, Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages 1994 bis 2003, Baden-Baden 2005.

22 Vgl. hierzu vor allem die Arbeiten von *Roland Lhotta*, Zwischen Kontrolle und Mitregierung: Der Bundesrat als Oppositionskammer?, in: APuZ, B 43 (2003), S. 16 ff. und *ders.*, Konsens und Konkurrenz in der konstitutionellen Ökonomie bikameraler Verhandlungsdemokratie: Der Ver-

„input“-Dimension, weil aus Sicht der klassischen demokratischen Rechtfertigungslehre die politische Verantwortung für das Gesetz als Ganzes und seine einzelnen Teile vom Wähler nicht mehr eindeutig zuzuordnen ist<sup>23</sup>.

Ob ein Bundesgesetz zustimmungsfrei bleiben kann oder zustimmungsbedürftig ist, hängt nicht nur von rechtlichen Faktoren ab. Im Sinne des „akteurzentrierten Institutionalismus“<sup>24</sup> ist auch die Akteurskonstellation im Institutionensystem (beziehungsweise parteipolitische Konfiguration) entscheidend. Bei vielen Bundesgesetzen ist die Bewertung als zustimmungsfrei oder zustimmungsbedürftig verfassungsrechtlich umstritten. Daher kommt es in der Verfassungspraxis darauf an, unter welchen Akteurskonstellationen zwischen Bundestag und Bundesregierung auf der einen Seite und Bundesrat auf der anderen Seite die Behandlung und Verkündung eines hinsichtlich seines zustimmungsauslösenden Gehaltes zweifelhaften Gesetzes als zustimmungsfrei oder zustimmungsbedürftig wahrscheinlich ist. Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass die politischen Akteure im Bundesstaat – in Abhängigkeit von der Akteurskonstellation – grundsätzlich unterschiedliche Präferenzen hinsichtlich der gesetzgeberischen Behandlung und Verkündung eines Gesetzes besitzen. In der folgenden Tabelle 1 wird dies veranschaulicht.

Im Regierungssystem der Bundesrepublik sind im Verhältnis zwischen Bundestag und Bundesrat prinzipiell zunächst drei Akteurskonstellationen denkbar, die vor allem durch die entsprechende parteipolitische Konfiguration im Bundesrat bestimmt werden. Die Große Koalition nach der Föderalismusreform wird als vierte Konstellation gesondert betrachtet. Die Akteurskonstellationen wirken sich auf die Frage der Zustimmungsbefähigung von Bundesgesetzen unterschiedlich aus:

(1) Unter der Bedingung des unified government steht der Regierungsmehrheit im Bund als minimum winning coalition eine parteipolitisch gleiche Mehrheit im Bundesrat zur Seite. Konkret ist dies der Fall, wenn die Ministerpräsidenten, die der gleichen Partei angehören wie der Bundeskanzler und mit keiner Partei auf Landesebene koalieren (müssen), die im Bund die Opposition stellt, im Bundesrat die Stimmenmehrheit auf sich vereinen (Mehrheit der „R-Länder“). In dieser Konstellation ist es insofern irrelevant, ob die Bundesgesetze zustimmungsbedürftig sind oder nicht, da die Opposition die Zustimmungsbefähigung nicht für sich nutzen kann, um über den Bundesrat zum Vetospieler beziehungsweise Mitspieler der Bundesregierung zu werden. Unter dieser Bedingung ist davon auszugehen, dass es auch für die Regierungsmehrheit relativ egal ist, ob Gesetze als Einspruchs- oder Zustimmungsgesetze behandelt werden. Aus diesem Grund wird sie Bundesgesetze in der Regel so behandeln und verkünden lassen, wie es einer verfassungsrechtlich objektiven Bewertung entspricht. Da der Bundesrat als Institution seine institutionellen Eigeninteressen wahren will, werden auch Gesetze, die tendenziell zwar eher zustimmungsbedürftig sind, aber auch zustimmungsfrei verkündet werden könnten, in der Regel als Zustimmungsgesetze behandelt und verkündet werden.

mittlungsausschuß als effiziente Institution politischer Deliberation, in: *Everhard Holtmann / Helmut Voelzkow* (Hrsg.), *Zwischen Wettbewerbs- und Verhandlungsdemokratie. Analysen zum Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, Wiesbaden 2000, S. 79 ff.

23 *Wilhelm Hennis*, *Auf dem Weg in den Parteienstaat*, Stuttgart 1998, S. 159.

24 *Fritz W. Scharpf*, *Interaktionsformen. Akteurzentrierter Institutionalismus in der Politikforschung*, Opladen 2000.

*Abbildung 1: Zustimmungsbefähigung von Gesetzen in Abhängigkeit von der Akteurskonstellation*

EINSTUFUNG ALS ZUSTIMMUNGS- ODER EINSPRUCHSGESETZ					
Behandlung der Zweifelsfälle		„eindeutige“ Fälle		Behandlung der Zweifelsfälle	
verfassungsrechtlich „objektive Bewertung“	eindeutig zustimmungsbedürftig	eindeutig zustimmungsfrei	tendenziell eher zustimmungsfrei, aber auch Zustimmungsbefähigung vertretbar	tendenziell eher zustimmungsbedürftig, aber auch Zustimmungsfreiheit vertretbar	
<b>A</b>	<i>Behandlung</i>	zustimmungsbedürftig	zustimmungsfrei	offen, aber tendenziell eher Behandlung als Einspruchsgesetz wahrscheinlich	offen, aber tendenziell eher Behandlung als Zustimmungsgesetz wahrscheinlich
<b>K</b>	<i>Verhandlungsform</i>	<i>Zustimmungsgesetz</i>	<i>Einspruchsgesetz</i>	<i>eher Einspruchsgesetz</i>	<i>eher Zustimmungsgesetz</i>
<b>T</b>	<i>Behandlung durch Regierungsmehrheit</i>	zustimmungsbedürftig	zustimmungsfrei	zustimmungsfrei	zustimmungsfrei
<b>E</b>	<i>Behandlung durch Opposition</i>	zustimmungsbedürftig	zustimmungsfrei	zustimmungsbedürftig	zustimmungsbedürftig
<b>U</b>	<i>Verhandlungsform</i>	<i>Zustimmungsgesetz</i>	<i>Einspruchsgesetz</i>	<i>eher Einspruchsgesetz</i>	<i>offen, da BVerfG-Kontrolle jederzeit möglich und glaubwürdig angebroht werden kann</i>
<b>R</b>	<i>Behandlung</i>	zustimmungsbedürftig	zustimmungsfrei	offen, aber tendenziell eher Behandlung als Einspruchsgesetz wahrscheinlich	offen, aber tendenziell eher Behandlung als Zustimmungsgesetz wahrscheinlich
<b>S</b>	<i>Verhandlungsform</i>	<i>Zustimmungsgesetz</i>	<i>Einspruchsgesetz</i>	<i>eher Einspruchsgesetz</i>	<i>eher Zustimmungsgesetz</i>
<b>K</b>	<i>Behandlung durch Regierungsmehrheit</i>	zustimmungsbedürftig	zustimmungsfrei	zustimmungsfrei	zustimmungsfrei
<b>O</b>	<i>Behandlung durch Opposition</i>	zustimmungsbedürftig	zustimmungsfrei	zustimmungsbedürftig	zustimmungsbedürftig
<b>N</b>	<i>Verhandlungsform</i>	<i>Zustimmungsgesetz</i>	<i>Einspruchsgesetz</i>	<i>eher Einspruchsgesetz</i>	<i>offen, da BVerfG-Kontrolle jederzeit möglich und glaubwürdig angebroht werden kann</i>
<b>S</b>	<i>Behandlung</i>	zustimmungsbedürftig	zustimmungsfrei	offen, aber tendenziell eher Behandlung als Einspruchsgesetz wahrscheinlich	offen, aber tendenziell eher Behandlung als Zustimmungsgesetz wahrscheinlich
<b>T</b>	<i>Verhandlungsform</i>	<i>Zustimmungsgesetz</i>	<i>Einspruchsgesetz</i>	<i>eher Einspruchsgesetz</i>	<i>eher Zustimmungsgesetz</i>
<b>E</b>	<i>Behandlung</i>	zustimmungsbedürftig	zustimmungsfrei	zustimmungsfrei	zustimmungsfrei
<b>L</b>	<i>Verhandlungsform</i>	<i>Zustimmungsgesetz</i>	<i>Einspruchsgesetz</i>	<i>eher Einspruchsgesetz</i>	<i>eher Zustimmungsgesetz</i>
<b>L</b>	<i>Behandlung</i>	zustimmungsbedürftig	zustimmungsfrei	zustimmungsfrei	zustimmungsfrei
<b>A</b>	<i>Verhandlungsform</i>	<i>Zustimmungsgesetz</i>	<i>Einspruchsgesetz</i>	<i>eher Einspruchsgesetz</i>	<i>eher Zustimmungsgesetz</i>
<b>T</b>	<i>Behandlung</i>	zustimmungsbedürftig	zustimmungsfrei	zustimmungsfrei	zustimmungsfrei
<b>I</b>	<i>Verhandlungsform</i>	<i>Zustimmungsgesetz</i>	<i>Einspruchsgesetz</i>	<i>eher Einspruchsgesetz</i>	<i>eher Zustimmungsgesetz</i>
<b>O</b>	<i>Behandlung</i>	zustimmungsbedürftig	zustimmungsfrei	zustimmungsfrei	zustimmungsfrei
<b>N</b>	<i>Verhandlungsform</i>	<i>Zustimmungsgesetz</i>	<i>Einspruchsgesetz</i>	<i>eher Einspruchsgesetz</i>	<i>Einspruchsgesetz</i>

Quelle: Eigene Darstellung.

(2) Unter der Bedingung des *divided government* steht der Regierungsmehrheit im Bund als *minimum winning coalition* eine Mehrheit der Opposition im Bundesrat gegenüber – beziehungsweise genauer: Ihr steht eine Stimmenmehrheit gegenüber, die sich entweder ausschließlich aus „O-Ländern“ (Länder, in denen die Oppositionspartei(en) im Bund die Regierung stellen) oder aber aus einer Mehrheit aus „O“- und „M“-Ländern (Länder, in denen sowohl Regierungs- als auch Oppositionsparteien im Bund gemeinsam die Regierung stellen) zusammensetzt, was bei der Zustimmungsbefähigung insbesondere strittiger Bundesgesetze jedoch kaum einen Unterschied macht, da nur die explizit zustimmenden Voten der Länder gezählt werden und die „M“-Länder sich hier in der Regel der Stimme enthalten<sup>25</sup>. Unter dieser Bedingung werden tendenziell eher zustimmungsfreie Gesetze, zu denen die Opposition aber eine andere rechtliche Auffassung vertritt, als Einspruchsgesetze behandelt und verkündet, da der vom Bundesrat zu erwartende Einspruch mit der Bundestagsmehrheit überstimmt werden kann. Anders verhält es sich mit Bundesgesetzen, die tendenziell eher zustimmungsbefähigt sind, bei denen rechtlich aber auch eine andere Position vertreten werden kann. Wie die Bundesregierung, die für die meisten Gesetzesvorlagen verantwortlich ist, jene Gesetze behandelt und verkünden lässt, hängt entscheidend davon ab, wie glaubwürdig die Opposition eine Verfassungsklage androhen kann und wie wahrscheinlich ein ihre rechtliche Position bestätigendes Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist. Generell wird die Regierung immer versuchen, derartige Gesetze als Einspruchsgesetze zu behandeln und zu verkünden, um den Bundesrat als Vetospieler auszuschalten. Ist die Drohung einer Verfassungsklage durch die Opposition jedoch glaubwürdig und hätte jene Klage Aussicht auf Erfolg, wächst entsprechend der Anreiz für die Bundesregierung, in Antizipation des verfassungsgerichtlichen Vetos das Gesetz von vorneherein als zustimmungsbefähigt zu behandeln und zu verkünden<sup>26</sup>.

(3) Unter der Bedingung der Großen Koalition – hier als spezieller Unterfall des *unified government* behandelt – ist es ebenfalls relativ unwichtig, ob die Bundesgesetze zustimmungsbefähigt sind oder nicht, da die kleinen Oppositionsparteien die Zustimmungsbefähigung nicht für sich nutzen können, um über den Bundesrat zum Vetospieler beziehungsweise Mitspieler der Bundesregierung zu werden. Unter dieser Bedingung ist davon auszugehen, dass es auch für die Große Koalition relativ egal ist, ob Gesetze als Einspruchs- oder Zustimmungsgesetze behandelt werden, da sie sich in der Regel immer sicher sein kann, dass sie ihre Gesetze „durchbringt“. Aus diesem Grund wird die Große Koalition wie auch unter *unified government* (mit *minimum winning coalition*) die Bundesgesetze in der Regel so behandeln, wie es einer verfassungsrechtlich objektiven Bewertung entspricht. Einen kleinen Unterschied gibt es jedoch: Zwar will auch unter der Bedingung der Großen Koalition der Bundesrat als Institution seine institutionellen Eigeninteressen wahren, weshalb er daran interessiert ist, dass Gesetze, die tendenziell zwar eher zustimmungsbefähigt sind, aber auch zustimmungsfrei verkündet werden könnten, tatsächlich als Zustimmungsgesetze behandelt und verkündet werden. Allerdings entfällt für die Bundesregierung ein wichtiger Anreiz, sich immer strikt an die Position des Bundesrates zu halten, da die Oppo-

25 Vgl. zur Kategorisierung von Mehrheitsverhältnissen im Bundesrat *Sven Leunig*, „ABC“ oder „ROM“? Zur Operationalisierung von Mehrheitsverhältnissen im Bundesrat, in: *ZParl*, 37. Jg. (2006), H. 2, S. 402 ff.

26 Vgl. *Georg Vanberg*, *Abstract Judicial Review, Legislative Bargaining, and Policy Compromise*, in: *Journal of Theoretical Politics*, 10. Jg. (1998), S. 299 ff.

sitionsparteien im Bund keine Möglichkeit haben, eine abstrakte Normenkontrolle anzustringen (sofern sie in keinem Bundesland die Landesregierung stellen und gemäß Art. 93 Abs. 2 GG eine Normenkontrolle beantragen können), während dies unter der Bedingung des unified government (mit minimum winning coalition) möglich ist, da sowohl ein Drittel der Mitglieder des Bundestages oder aber jede Landesregierung den Gang nach Karlsruhe glaubwürdig androhen könnten<sup>27</sup>. Daher dürften unter den Bedingungen der Großen Koalition bei Zweifelsfällen noch geringfügig mehr Gesetze als Einspruchsgesetze verkündet werden als unter den Bedingungen des unified government, da dort schon die Opposition im Bundestag groß genug ist, die formale Rechtmäßigkeit der Behandlung eines Gesetzes als zustimmungsfrei überprüfen zu lassen.

(4) Der spezielle Fall Große Koalition nach der Föderalismusreform stellt eine Sonderbedingung dar, die sich auf die Einstufung von Gesetzen als zustimmungsfrei oder zustimmungsbedürftig auswirkt. Die seit September 2006 geltenden Neuregelungen der Föderalismusreform sind ein zusätzlicher Anreiz, den Anteil zustimmungsbedürftiger Gesetze überall dort zu senken, wo dies verfassungsrechtlich und politisch vertretbar ist. Nach der oben vorgestellten Tabelle ist dies bei allen Zweifelsfällen anzunehmen, das heißt sowohl bei Bundesgesetzen, die tendenziell eher zustimmungsfrei sind, bei denen aber auch eine Zustimmungsbegründung begründet werden kann, als auch bei jenen Gesetzen, die nach verfassungsrechtlicher Bewertung tendenziell eher zustimmungsbedürftig sind, bei denen aber auch eine Position noch zu vertreten ist, nach der diese ebenfalls zustimmungsfrei bleiben können. In beiden Fällen existiert eine große ebenen- und parteiübergreifende Koalition von Akteuren, die alle das Interesse miteinander teilen, dass die Föderalismusreform in der kritischen Öffentlichkeit als Erfolg wahrgenommen wird. Neben den beiden Regierungsparteien im Bund sind dies auch die Ministerpräsidenten vor allem jener Länder, die federführend an den Reformverhandlungen beteiligt waren. Hier liegt ein Fall „strategischen Anpassungshandelns“<sup>28</sup> vor, das heißt die politischen Akteure der Großen Koalition verhalten sich aufgrund der Reform und ihren mit dieser verbundenen Interessen bei der Einstufung der Gesetze anders, als sie dies ohne Reform täten. Dies muss bei der Bewertung der folgenden empirischen Analyse, die aus methodologischen Gründen zunächst das „strategische Anpassungshandeln“ der Akteure ignorieren muss, grundsätzlich mit berücksichtigt werden<sup>29</sup>.

27 Gegen dieses Argument könnte eingewandt werden, dass es für die Opposition unter unified government kaum einen Anreiz gibt, die Zustimmungsbegründung durch Karlsruhe feststellen zu lassen, da sie auch in diesem Fall nicht die entsprechende Mehrheit zur Verhinderung der Zustimmung durch den Bundesrat organisieren kann. Doch erstens kann die Opposition der Regierung durch ihren Gang nach Karlsruhe das Geschäft des Regierens erschweren und zweitens im Vorfeld anstehender Landtagswahlen sogar darauf hoffen, dass sich die Mehrheitsverhältnisse im Bundesrat bald ändern könnten. Die Drohung mit einer Verfassungsklage könnte für die Bundesregierung derart lästig sein, dass sie ein entsprechendes Gesetz im Zweifel dann doch als zustimmungsbedürftig behandelt.

28 *Simone Burkhart* / *Philip Manow*, Was bringt die Föderalismusreform, a.a.O., S. 5.

29 Hinzu kommt, dass es gängiger Verfassungspraxis entspricht, dass zustimmungsbedürftige Gesetze, welche die Zustimmung des Bundesrates bekommen, als Einspruchsgesetze verkündet werden und dementsprechend statistisch als Einspruchsgesetze gezählt werden. Von dieser Praxis hat die mit der Fassung der Eingangsformel von Bundesgesetzen betraute Bundesregierung seit September 2006 immerhin drei Mal Gebrauch gemacht.

### 1.3. Reformagenda und widersprüchliche Leitbilder der Bundesstaatskommission

Die Reduktion der zustimmungsbedürftigen Gesetze wurde als Hauptziel der Föderalismusreform definiert (neben der Vergrößerung der Handlungsspielräume für die Landespolitik, der Verbesserung der „Europafähigkeit“ des Bundesstaats<sup>30</sup> und der – später auf die derzeit noch laufende Föderalismusreform II verschobenen – Entflechtung der Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern durch eine Reform der Finanzverfassung<sup>31</sup>). Leitbild der Reform war mit der geforderten Entflechtung eine stärkere Trennung der Ebenen: Die Reduktion des Anteils zustimmungsbedürftiger Bundesgesetze – und damit die Rückführung der Mitwirkungsfunktion der Länder(-regierungen) an der Bundesgesetzgebung – zum Zweck der Stärkung der Handlungsautonomie der Regierungsmehrheit im Bund sollte durch diverse Kompetenzverlagerungen zugunsten der Länder kompensiert werden. Die Stärkung der Effizienz politischen Handelns im Bundesstaat sollte notfalls sogar auf Kosten der Einheitlichkeit beziehungsweise Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse gehen dürfen, die in der Vergangenheit allgemein durch die konstitutionalisierte Politikverflechtung und speziell Art. 72 Abs. 2 GG garantiert wurde. Dahinter steht das Leitbild des Wettbewerbsföderalismus<sup>32</sup>. Zugleich sollte aber weiterhin das Leitbild des „solidarischen Föderalismus“ Gültigkeit behalten, nach dem grundsätzlich Regelungen dann abgelehnt werden müssen, wenn damit bundeseinheitlich vergleichbare Lebensverhältnisse nicht (mehr) garantiert werden können<sup>33</sup>. Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Leitbilder wurde in den Einsetzungsbeschlüssen für die „Kommission für eine Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung“ (KOMBO) eine recht anspruchsvolle Agenda formuliert<sup>34</sup>: Neben der Verbesserung der „Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit von Bund und Ländern“ sollten „die politischen Verantwortlichkeiten deutlicher zugeordnet“ werden sowie „die Zweckmäßigkeit und Effizienz der Aufgabenerfüllung“ gesteigert werden. Hierzu sollte erstens „die Zuordnung von Gesetzgebungszuständigkeiten auf Bund und Länder“, zweitens „die Zuständigkeiten und Mitwirkungsrechte der Länder in der Bundesgesetzgebung“<sup>35</sup>, drittens „die Finanzbeziehungen (...) zwischen Bund und Ländern“<sup>36</sup> und schließlich viertens die

30 Martin Große Hüttmann, „Wir müssen aus dem Mischmasch raus“: Die Europafähigkeit des deutschen Föderalismus, in: Frank Decker (Hrsg.), a.a.O., S. 203 ff.

31 Vgl. Gisela Färber / Nils Otter, Reform der Finanzverfassung – eine vertane Chance?, in: APuZ, B 13/14 (2005), S. 33 ff.; Henrik Scheller, Die Reform der Finanzverfassung, in: APuZ, B 50 (2006), S. 24 ff.

32 Vgl. Thomas Fischer u.a., Föderalismusreform in Deutschland. Ein Leitfadens zur aktuellen Diskussion und zur Arbeit der Bundesstaatskommission, Forum Föderalismus, Gütersloh 2004, S. 19 ff.

33 Vgl. auch Uwe Jun, Reformoptionen der politischen Akteure im deutschen Föderalismus: Mehr Länderautonomie und mehr Wettbewerb als Ausweg aus der Politikverflechtungsfrage?, in: ZParl, 35. Jg. (2004), H. 3, S. 559 ff., S. 576.

34 Deutscher Bundestag, 66. Sitzung vom 16. Oktober 2003, BT-Drucksache 15/1685; Bundesrat, 792. Sitzung vom 17. Oktober 2003, BR-Drucksache 730/03. Dokumente sind zugänglich unter <http://www.bundesrat.de>.

35 Vgl. Sekretariat der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Synopse der Positionen der Sachverständigen in der Bundesstaatskommission zu den Themen der Handlungsfähigkeit von Bund und Ländern, in: ZParl, 35. Jg. (2004), H. 3, S. 387 ff.

36 Vgl. Sekretariat der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Synopse der Positionen der Sachverständigen in der Bundesstaatskommission zu den Finanzbeziehungen von Bund und Ländern, ebenda, S. 398 ff.

Europatauglichkeit des deutschen Föderalismus überprüft und reformiert werden<sup>37</sup>. Im Folgenden interessiert vor allem, zu welchen Ergebnissen die Reformen zum zweiten Punkt in der Verfassungspraxis seit September 2006 geführt haben.

## 2. Zur Reduktion des Anteils zustimmungsbedürftiger Gesetze durch die Reform

### 2.1. Verfassungsrechtliche und -politische Vorüberlegungen

Um ihr Kernanliegen, die Reduktion des Anteils zustimmungsbedürftiger Gesetze, wirksam angehen zu können, hätte die Reform an jenen Rechtsgrundlagen ansetzen müssen, die die Zustimmungspflicht auslösen. Tatsächlich aber sind die meisten Grundgesetzartikel, die in der Vergangenheit die Zustimmungspflicht von Bundesgesetzen zur Folge hatten, durch die Föderalismusreform unangetastet geblieben. Von den im Grundgesetz enthaltenen 45 Tatbeständen<sup>38</sup> wurden insbesondere jene beibehalten, die in der jüngsten Vergangenheit besonders häufig die Zustimmungspflicht von Bundesgesetzen begründet hatten:

- gemäß Art. 104 b Abs. 2 S. 1 GG Bundesgesetze, die Finanzhilfen des Bundes an die Länder regeln;
- gemäß Art. 105 Abs. 3 GG Bundesgesetze über Steuern, deren Aufkommen den Ländern zufließt;
- gemäß Art. 106 Abs. 3 S. 3 GG die Festsetzung der Anteile von Bund und Ländern an der Umsatzsteuer durch Bundesgesetz;
- gemäß Art. 107 GG Bundesgesetze, die sich auf den Länderfinanzausgleich beziehen;
- gemäß Art. 109 GG Bundesgesetze, welche die Finanz- und Haushaltswirtschaft der Länder und Gemeinden berühren;
- gemäß Art. 91 a Abs. 2 GG werden „durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates (...) die Gemeinschaftsaufgaben sowie Einzelheiten der Koordinierung näher bestimmt“;
- gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2 und Abs. 7 GG Bundesgesetze, die sich auf Angelegenheiten der EU beziehen;
- gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG bedürfen „Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, (...) der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes“.

Die Beibehaltung der ersten fünf oben genannten Regelungen überrascht nicht, da sie dem umstrittenen Bereich der Finanzverfassung angehören, deren Änderung sich die zurzeit verhandelnde Kommission zur Föderalismusreform II zum Ziel gesetzt hat. Dass die näheren Bestimmungen zu den in Art. 91 a Abs. 2 GG grundsätzlich beibehaltenen Gemeinschaftsaufgaben weiterhin zustimmungsbedürftig bleiben, erscheint selbstverständlich. Ebenso einleuchtend bleibt die Zustimmungspflicht von Bundesgesetzen, die sich auf Ange-

37 Als Zwischenbilanz vgl. *Frank Decker*, Konturen des „neuen“ Föderalismus aus Expertensicht: Eine Zwischenbilanz der Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, ebenda, S. 540 ff.

38 *Werner Reutter*, Regieren nach der Föderalismusreform, a.a.O., S. 15.

legenheiten der EU beziehen sowie der Zustimmungsvorbehalt bei völkerrechtlichen Verträgen, wenn hierdurch entsprechende innerstaatliche Regelungen erlassen beziehungsweise verändert werden müssen, die zustimmungsbedürftig sind. Da bei diesen und weiteren<sup>39</sup> Zustimmungstatbeständen keine Veränderungen erfolgen konnten beziehungsweise sollten, konzentrierte sich die Reformkommission zur Föderalismusreform I neben der Abschaffung der Rahmengesetzgebung im alten Art. 75 GG und der entsprechenden Neuaufteilung der von ihm erfassten Materien auf Bund und Länder sowie der Neujustierung der Gemeinschaftsaufgaben in Art. 91 GG a.F. vor allem auf Art. 84 GG, der in der Vergangenheit „in der großen Mehrzahl der Fälle“<sup>40</sup> verhinderte, dass Gesetze zustimmungsfrei waren. Nach der Reform lauten die wichtigsten veränderten Regelungen des Art. 84 Abs. 1 GG wie folgt:

„Führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, so regeln sie die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren. Wenn Bundesgesetze etwas anderes bestimmen, können die Länder davon abweichende Regelungen treffen. (...) In Ausnahmefällen kann der Bund wegen eines besonderen Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung das Verwaltungsverfahren ohne Abweichungsmöglichkeit für die Länder regeln. Diese Gesetze bedürfen der Zustimmung des Bundesrates.“

Nachdem man sich verständlicherweise nicht dazu hat durchringen können, den Art. 84 Abs. 1 GG ganz aufzuheben wie von einigen Juristen gefordert<sup>41</sup>, wurde immerhin insbesondere das in der Neuregelung statuierte Abweichungsrecht der Länder als großer Durchbruch gefeiert, weil es nunmehr dem Bundesgesetzgeber unbenommen bleibt, Verwaltungsregeln zum Vollzug seiner Gesetze aufzustellen, ohne damit gleich Gefahr zu laufen, dass solche Gesetze dadurch automatisch zustimmungsbedürftig werden. Die Möglichkeit zur Abweichungsgesetzgebung durch die Länder, die sich jedoch einzig auf die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren beziehen darf und nicht auf den materiellen Gesetzestext, stellt schon insofern eine Innovation dar, als erstmals Landesrecht Bundesrecht brechen kann. Doch wichtiger ist, ob sich in der Verfassungspraxis die den Anteil der zustimmungsbedürftigen Gesetze signifikant senkende Wirkung des neuen Art. 84 GG tatsächlich wie geplant einstellen kann. Dies hängt von zwei Faktoren ab:

(1) Fraglich ist, wie groß die generelle Bereitschaft des Bundes überhaupt ist, kein besonderes Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung zu erkennen und entsprechend Abweichungen beim Gesetzesvollzug durch die Länder zuzulassen. Unterstellt man, dass der Bund auch schon vor der Reform verbindliche einheitliche Verfahrensregeln, von denen auf Länderseite nicht abgewichen werden konnte, nur aus einigermaßen zwingenden Gründen gemeinsam mit dem materiellen Gesetz erlassen hat, ist kaum einzusehen, warum er nach

39 Vgl. Dieter Hömig (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 8. Auflage, Baden-Baden 2007, S. 454; Harald Georgii / Saban Borhanian, Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform, a.a.O., S. 10 f.

40 Harald Georgii / Saban Borhanian, Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform, a.a.O., S. 11. Von 1981 bis 1999 betrug unter allen Zustimmungsgesetzen der Anteil der wegen Art. 84 GG zustimmungsbedürftigen Gesetze 58,1 Prozent. Vgl. Christian Dästner, Zur Entwicklung der Zustimmungsbefähigung, a.a.O., S. 296.

41 Edzard Schmidt-Jortzig, Reformbedürftigkeit des deutschen Föderalismus, a.a.O., S. 9; Ferdinand Kirchhof, Auflösung von Bundesratsblockaden bei Zustimmungsgesetzen, Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Arbeitsunterlage 0034, Berlin 2004.

der Reform häufiger davon Abstand nehmen sollte. Skepsis ist vor allem angebracht, weil schon prinzipiell unter dem Regime des alten Art. 84 GG seine Bereitschaft nicht sehr stark ausgeprägt war, beim Vollzug seiner Gesetze unterschiedliche Regelungen des Verwaltungsverfahrens zu tolerieren – wäre dies der Fall gewesen, hätten viele Gesetze bereits vor der Reform nicht der Zustimmung bedurft. Unabhängig von der Reform bleibt zumindest ein Faktum bestehen: Wann immer Verfahrensfragen für den materiell-inhaltlichen Gesetzesinhalt von Bedeutung sind, wird der Bund ein politisches Interesse an einer einheitlichen Regelung behalten, die dann weiterhin die Zustimmungspflichtigkeit des Gesetzes auslöst<sup>42</sup>. Daher könnte die nunmehr vorgesehene Ausnahme – die Regelung des Verwaltungsverfahrens ohne Abweichungsmöglichkeit – auch zukünftig die Regel bleiben.

(2) Umgekehrt stellt sich die Frage, wie stark das grundsätzliche Interesse der Länder ist, abweichende Regelungen treffen zu wollen und demzufolge auf ihren Zustimmungsvorbehalt zu verzichten. Für viele Bundesländer, für die die Abweichung von Vollzugsregelungen des Bundes vor allem eine kostspielige Angelegenheit darstellt, aus der sich politisch kaum Kapital schlagen lässt, wird es weiterhin deutlich attraktiver bleiben, auf Autonomie beim Gesetzesvollzug zu verzichten und stattdessen auf die Beibehaltung ihres Zustimmungsvorbehaltes zu insistieren, da sie dadurch Mitgestalter bei der Gesetzgebung bleiben. Das gilt insbesondere für Bundesgesetze, die von der Öffentlichkeit als politisch bedeutsam wahrgenommen werden. Auch in der Zukunft könnten daher die Bundesländer ihre neu gewonnene Autonomie beim Gesetzesvollzug gerne „für das Linsengericht der Mitbestimmung im Bund hergeben“<sup>43</sup>.

Die Hoffnung, dass sich durch die Reform des Art. 84 GG der Anteil zustimmungsbedürftiger Gesetze signifikant reduzieren lässt, könnte sich bereits auf Basis dieser empirisch informierten theoretischen Überlegungen bald als trügerisch erweisen. Diese Zweifel verdrängen sich noch dadurch, dass sich die Bundesländer im Gegenzug zur Reform des Art. 84 GG – nachdem sie die Gefahr erkannten, dass sie durch den Wegfall des Zustimmungsrechts bei Bundesgesetzen, in denen der Bund auf verbindliche Verfahrensregeln verzichtete, noch zusätzlich auf denen ihnen auferlegten Kosten sitzen bleiben könnten – eine weitere Verfassungsänderung in Art. 104 a Abs. 4 GG ausbedungen haben, die aber die vermeintliche Reduktion des Anteils zustimmungsbedürftiger Gesetze durch den neuen Art. 84 GG wieder zunichte machen könnte:

„Bundesgesetze, die Pflichten der Länder zur Erbringung von Geldleistungen, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen gegenüber Dritten begründen und von den Ländern als eigene Angelegenheit (...) ausgeführt werden, bedürfen der Zustimmung des Bundesrates, wenn daraus entstehende Ausgaben von den Ländern zu tragen sind.“

In Art. 104 a GG a.F. wurde die Zustimmungspflichtigkeit bei Bundesgesetzen, die Geldleistungen gewähren und von den Ländern ausgeführt werden, immer dann ausgelöst, wenn die Länder ein Viertel oder mehr der Ausgaben tragen mussten. Diese Mindestquote ist nunmehr aufgehoben und zusätzlich der Anwendungsbereich um geldwerte Sachleistungen und vergleichbare Dienstleistungen erweitert worden. Damit sind neue Zustimmungstatbestände geschaffen worden, da auch eine anteilmäßig deutlich geringere Ausgabenquote bei der Ausführung von Bundesgesetzen bereits die Zustimmungspflichtigkeit auslösen

42 Vgl. *Simone Burkhardt / Philip Manow*, Was bringt die Föderalismusreform, a.a.O., S. 5.

43 *Fritz W. Scharpf*, Optionen des Föderalismus in Deutschland, Frankfurt am Main 1994, S. 73.

kann. Fast alle Bundesgesetze mit erheblichen Kostenfolgen für die Länder – die zum Beispiel durch die vergleichbare Dienstleistung Kinderbetreuung, die Verpflichtung der Länder zur Schaffung und Unterhaltung von Asylantenheimen sowie die Sozialleistungen im Bereich des Sozialgesetzbuches gegeben sind – stehen somit prinzipiell unter Zustimmungsvorbehalt. Angesichts der einigermaßen prekären Rechtslage, die mit den unklaren Formulierungen im neuen Art. 104 a Abs. 4 GG geschaffen wird<sup>44</sup>, ist es nur eine Frage der Zeit, bevor wieder das Bundesverfassungsgericht dazu aufgerufen wird, Rechtsklarheit zu schaffen. Inzwischen muss aber davon ausgegangen werden, dass vor allem mit der Neufassung des Art. 104 a Abs. 4 GG die Zustimmungsrechte des Bundesrats nicht nur in der Summe, sondern vor allem in politisch bedeutenden Fragen eher vermehrt als vermindert werden<sup>45</sup>. Daher wird dieser neue Zustimmungstatbestand vor allem unter den Bedingungen von *divided government* bei politisch kontroversen beziehungsweise konfliktiven Gesetzen in Gefahr stehen, für eine parteipolitisch motivierte Blockadepolitik im Bundesrat genutzt zu werden.

## 2.2. Hypothese und Methodik

Da die Reform der die Zustimmungsbefähigung auslösenden Rechtsgrundlagen im Grundgesetz marginal geblieben ist und auch theoretisch nicht überzeugen kann – sie beschränkte sich im Wesentlichen auf Art. 84 GG –, wird sich der Anteil der zustimmungsbefähigten Gesetze nicht signifikant reduzieren. Die Reform hätte damit ihr wichtigstes Ziel verfehlt. Zur empirischen Überprüfung dieser These stehen prinzipiell zwei Möglichkeiten zur Verfügung:

(1) Es wird untersucht, wie hoch der Anteil der zustimmungsbefähigten Gesetze vor September 2006 gewesen wäre, wenn die Reform bereits früher in Kraft getreten wäre. Das Ergebnis wird verglichen mit dem tatsächlichen Anteil zustimmungsbefähigter Gesetze vor der Reform.

(2) Es wird untersucht, wie hoch der Anteil der zustimmungsbefähigten Gesetze nach September 2006 wäre, wenn es die Reform nicht gegeben hätte. Das Ergebnis wird verglichen mit dem tatsächlichen Anteil zustimmungsbefähigter Gesetze nach der Reform.

Nach der ersten Methode sind bereits zwei Studien vorgegangen. Die so genannte Bundestagsstudie<sup>46</sup> kommt zu folgendem Ergebnis: Hätten alle in der Reform beschlossenen Änderungen schon ab 1998 gegolten, hätte der Anteil der zustimmungsbefähigten Gesetze bei 25,8 Prozent in der 14. und 24 Prozent in der 15. Wahlperiode gelegen, wäre also etwa halbiert worden. Dem widersprach jedoch eine am Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung (MPIfG) entstandene Studie, die darlegte, dass durch die Reform der Anteil der zustimmungsbefähigten Gesetze sich zwar hätte senken lassen, jedoch in einem deutlich geringeren Umfang als in der Bundestagsstudie erwartet<sup>47</sup>. Vor allem kritisierten *Simone Burkhart* und *Philip Manow* völlig zu Recht die „heroischen Annahmen“, die der Untersu-

44 Dieter Hömig, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, a.a.O., S. 611 f.

45 Fritz W. Scharpf, Föderalismusreform, a.a.O., S. 6.

46 Harald Georgii / Saban Borhanian, Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform, a.a.O.

47 Simone Burkhart / Philip Manow, Was bringt die Föderalismusreform, a.a.O.

chung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages zugrunde liegen<sup>48</sup>. Als besonders realitätsfern wird die Prämisse kritisiert, dass alle auf Basis des neuen Art. 84 Abs. 1 GG behandelten und verkündeten Gesetze zustimmungsfrei bleiben könnten, weil der Bund großzügig und ohne Ausnahme eine Abweichungsmöglichkeit für die Länder einräumen würde. Genauso unrealistisch ist die Annahme der Bundestagsautoren hinsichtlich der Wirkung des neuen Art. 104 a Abs. 4 GG, weil sie ihn so restriktiv auslegen, dass der durch ihn ausgelöste Zustimmungsvorbehalt nach ihrer Auffassung die absolute Ausnahme bleiben könnte. „Damit stehen die Ergebnisse der Studie des Wissenschaftlichen Dienstes in der Gefahr, auf einer Überschätzung der Verringerung der alten Zustimmungstatbestände und einer Unterschätzung der neuen Zustimmungstatbestände zu beruhen.“<sup>49</sup> Die MPIFG-Studie kommt zu dem Schluss, dass sich der Anteil zustimmungsbedürftiger Gesetze nach der Reform auf etwa 35 bis 40 Prozent belaufen würde<sup>50</sup>.

Im Folgenden wird nach der zweiten „kontrafaktischen“ Methode vorgegangen, mit der gezeigt werden kann, dass selbst die Annahmen der Autoren des MPIFG noch zu optimistisch sind. Auf Basis der detaillierten Informationen über den „Stand der Gesetzgebung des Bundes“<sup>51</sup> (GESTA) wird danach gefragt, wie hoch der Anteil zustimmungsbedürftiger Bundesgesetze seit September 2006 unter den Bedingungen der alten Grundgesetzregeln gewesen wäre. Stellt man die Frage so, muss man unterstellen, dass strategisches Anpassungshandeln (nach der und aufgrund der Reform) keine signifikante Rolle gespielt hat. Daher muss weiter unterstellt werden, dass – auch ohne Reform – ansonsten gleiche Bedingungen bestanden hätten wie mit der Reform. Es wird somit postuliert, dass die einzige Variable, die eine Senkung des Anteils der zustimmungsbedürftigen Gesetze theoretisch bewirken kann, die Reform und die mit ihr verbundene Veränderung insbesondere der Rechtsgrundlagen in Art. 84 GG ist. Kann hingegen gezeigt werden, dass auch ohne Reform der Anteil zustimmungsbedürftiger Gesetze in etwa gleich gewesen wäre wie mit der Reform, ist der Schluss zulässig, dass die Reform keine Senkung des Anteils zustimmungsbedürftiger Gesetze bewirken kann. Andere Erklärungen für einen trotz Reform weiterhin hohen Anteil zustimmungsbedürftiger Gesetze kämen somit nicht mehr in Betracht.

### 3. Durchführung der kontrafaktischen Analyse

#### 3.1. Quantitative Bestandsaufnahme für die 16. Wahlperiode

Der Anteil zustimmungsbedürftiger verkündeter Bundesgesetze ist der folgenden Tabelle 2 zu entnehmen.

Wie sich der Tabelle entnehmen lässt, hat sich der Anteil zustimmungsbedürftiger Gesetze seit der Reform tatsächlich um knapp drei Prozentpunkte reduzieren lassen. Allerdings sind zur Interpretation dieses Befundes einige Hinweise angebracht. Aus Sicht des Bundesrates hätten seit September 2006 mindestens drei Einspruchsgesetze, gegen die er ansonsten

48 Ebenda, S. 15.

49 Ebenda, S. 6.

50 Ebenda, S. 15.

51 Diese Informationen sind über das Dokumentations- und Informationssystem für Parlamentarische Vorgänge (DIP) online abrufbar (<http://dip.bundestag.de>).

Tabelle 2: Zustimmungsbefähigte Bundesgesetze in der 16. Wahlperiode

• seit Beginn der 16. Wahlperiode bis August 2007 <sup>a</sup> :	225
– als zustimmungsbefähigt verkündet:	109
– als nicht zustimmungsbefähigt verkündet:	116
– Anteil zustimmungsbefähigter Gesetze in Prozent:	48,44
• seit Beginn der 16. Wahlperiode bis vor der Reform (September 2006):	92
– als zustimmungsbefähigt verkündet:	46
– als nicht zustimmungsbefähigt verkündet:	46
– Anteil zustimmungsbefähigter Gesetze in Prozent:	50,00
• seit Beginn der Reform (September 2006 bis August 2007):	133
– als zustimmungsbefähigt verkündet:	63
– als nicht zustimmungsbefähigt verkündet:	70
– umstritten (aber als Einspruchsgesetz verkündet)	3
– Anteil zustimmungsbefähigter Gesetze in Prozent:	47,37

<sup>a</sup> Die diesbezüglichen Daten der GESTA reichen jedoch nur bis zum 22. August 2007 („Berichtsstand“). Bis zu diesem Tag wurden insgesamt 221 Gesetze erfasst. Zur statistischen Erfassung weiterer im August verkündeter Gesetze wurde zusätzlich der Datensatz „Gemäß den Regelungen der Föderalismusreform I behandelte verkündete Gesetze“ verwendet, der mir freundlicherweise von der Dokumentationsstelle des Bundesrates zur Verfügung gestellt wurde (Stand der Datenbank 1. September 2007).  
Quelle: Eigene Auswertung aus GESTA und Datenbank des Bundesrates.

aus politischen Gründen gar nichts einzuwenden hatte, eigentlich als Zustimmungsgesetze behandelt und verkündet werden müssen<sup>52</sup>. Wäre die für die Fassung der Eingangsformel verantwortliche Bundesregierung beziehungsweise die gegenzeichnenden Mitglieder der Bundesregierung, die laut § 29 GOBReg die Aufgabe haben, vor der Gesetzesausfertigung zu prüfen, ob das ihnen vorgelegte Gesetz der Zustimmung des Bundesrates bedurfte, sowie der das ordnungsgemäße Zustandekommen des Gesetzes prüfende Bundespräsident dieser Auffassung gefolgt, dann hätte der Anteil zustimmungsbefähigter Gesetze von September 2006 bis August 2007 bei 49,62 Prozent gelegen. Festzuhalten bleibt, dass trotz der Reform weiterhin fast jedes zweite Gesetz als Zustimmungsgesetz verkündet wurde. Auch bei den seit der Reform noch nicht verkündeten (abzüglich der nicht ausgefertigten, zurückgezogenen, als erledigt erklärten und abgelehnten Gesetze), weiterhin behandelten Gesetzen (insgesamt 229) liegt der Anteil zustimmungsbefähigter Entwürfe bei knapp 46 Prozent (104).

Die hier vorgestellten Zahlen können jedoch noch nicht als hinreichendes Indiz dafür gewertet werden, dass die Reform ihr Ziel verfehlt hat. Möglicherweise, so wurde auch von politischer Seite bereits eingewandt, als Anfang 2007 die ersten kritischen Bestandsaufnahmen zur Reform durch die Tagespresse gingen, „wären nach dem alten Recht ja 80 Prozent

52 So zu entnehmen bei der GESTA im „Statistischen Überblick“. Von einem leitenden Mitarbeiter des Bundesrates wurde mir bestätigt, dass es hinsichtlich der Zustimmungsbefähigkeit jedoch bei weiteren Einspruchsgesetzen Meinungsverschiedenheiten zwischen Bundestag und Bundesrat gab, die allerdings rechtzeitig ausgeräumt werden konnten und deshalb statistisch nicht gezählt wurden.

der Gesetze zustimmungspflichtig gewesen<sup>53</sup>. Tatsächlich ist zunächst nicht auszuschließen, dass der Anteil zustimmungsbedürftiger Gesetze ohne die Reform bedeutend höher gewesen wäre, weshalb die Verfassungsänderungen dann doch als Erfolg gewertet werden müssten. Daher ist neben der soeben erfolgten rein quantitativen Bestandsaufnahme eine qualitative Analyse zumindest der nach der Reform als Einspruchsgesetze verkündeten Gesetze notwendig. Die zentrale Frage lautet dabei: Wie viele der nach der Reform verkündeten Einspruchsgesetze wären nach dem alten Recht zustimmungsbedürftig gewesen?

### 3.2. Qualitative Bestandsaufnahme

Grundsätzlich kann bei zahlreichen Gesetzen, die bereits vor der Reform als zustimmungsfreie Vorlage eingebracht und nach der Reform als Einspruchsgesetze verkündet worden sind, ausgeschlossen werden, dass sie unter dem „alten Recht“ zustimmungsbedürftig gewesen wären. Umgekehrt ist es bei der kontrafaktischen Analyse ein hilfreiches Indiz, wenn nach der Reform verkündete Einspruchsgesetze vor der Reform noch als zustimmungsbedürftige Vorlage eingebracht und behandelt wurden. Hier spricht viel dafür, dass jene Gesetze unter dem „alten Recht“ tatsächlich zustimmungsbedürftig gewesen wären. Betrachtet man die seit September 2006 verkündeten 70 Einspruchsgesetze unter Zuhilfenahme der beiden oben genannten Prämissen genauer („qualitativ“), ist aber lediglich bei vier Gesetzen zwingend anzunehmen, dass sie unter den Bedingungen des alten Rechts eindeutig und zweifelsfrei zustimmungsbedürftig gewesen wären: Es handelt sich dabei um das „Informationsweiterverwendungsgesetz“<sup>54</sup>, das „Gesetz (...) über Schadstofffreisetzung- und -verbringungsregister sowie zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 166/2006“<sup>55</sup>, das „Vertragsarztrechtsänderungsgesetz“<sup>56</sup> und schließlich das „Gesetz (...) über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut“<sup>57</sup>. Alle vier Gesetze wären unter dem alten Recht zustimmungsbedürftig gewesen, da sie detaillierte Vorschriften für den Verwaltungsvollzug durch die Länder enthalten, von denen diese nunmehr gemäß Art. 84 Abs. 1 GG aber abweichen können. Ein wichtiges Indiz für diese Interpretation stellt auch die Tatsache dar, dass die entsprechenden Regie-

53 Zitat des Vorsitzenden des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags *Andreas Schmidt*, entnommen aus: „Föderalismusreform verfehlt ihr wichtigstes Ziel“, in: *Süddeutsche Zeitung* vom 19. Januar 2007.

54 „Gesetz über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen (Informationsweiterverwendungsgesetz – IWVG). Vom 13. Dezember 2006“, in: *Bundesgesetzblatt*, Jahrgang 2006, S. 2913 f.

55 „Gesetz zur Ausführung des Protokolls über Schadstofffreisetzung- und -verbringungsregister vom 21. Mai 2003 sowie zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 166/2006. Vom 6. Juni 2007“, in: *Bundesgesetzblatt*, Jahrgang 2007, S. 1002 ff.

56 „Gesetz zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze (Vertragsarztrechtsänderungsgesetz – VändG). Vom 22. Dezember 2006“, in: *Bundesgesetzblatt*, Jahrgang 2006, S. 3439 – 3449.

57 „Gesetz zur Ausführung des UNESCO-Übereinkommens vom 14. November 1970 über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung des rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut (Ausführungsgesetz zum Kulturgutübereinkommen – KGÜAG). Vom 18. Mai 2007“, in: *Bundesgesetzblatt*, Jahrgang 2007, S. 757 – 763.

rungsvorlagen vor der Reform eingebracht wurden und unisono deren Zustimmungsbefähigung unterstellten. Bei diesen Gesetzen hat also erst der neue Art. 84 Abs. 1 GG dazu geführt, dass im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens der Bundesgesetzgeber kein Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung (mehr) entwickelte und diese Gesetze entsprechend zustimmungsfrei bleiben konnten.

Bei weiteren zwei Gesetzen kann man annehmen, dass sie ohne Reform zustimmungsbefähigt gewesen wären. Es handelt sich erstens um das „Gemeinsame-Dateien-Gesetz“<sup>58</sup>. Dieses enthält detaillierte Vorschriften zur Errichtung einer standardisierten gemeinsamen Antiterrordatei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern, die zentral beim Bundeskriminalamt (BKA) verwaltet wird, und wäre daher unter altem Recht wahrscheinlich zustimmungsbefähigt gewesen. Da das Gesetz letztlich der „Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalpolizeiamt in Fällen, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt“ (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 a GG), dient, kann jedoch verfassungsrechtlich auch mit guten Argumenten vertreten werden, dass es auch nach der Reform aufgrund des Art. 73 Abs. 2 GG („Gesetze nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG bedürfen der Zustimmung des Bundesrates“) eigentlich zustimmungsbefähigt gewesen wäre. Zweitens kann beim „Verdienststatistikgesetz“<sup>59</sup> angenommen werden, dass es unter dem altem Recht Zustimmungsbefähigung ausgelöst hätte. Dieses Gesetz führt zu einer finanziellen und personellen Entlastung der Statistischen Landesämter und blieb wohl vor allem deshalb zustimmungsfrei. Es hätte jedoch auch unter den alten Bedingungen zustimmungsfrei bleiben können, weil der Bund im Wesentlichen nur vorschreibt, welche Daten erhoben werden sollen, nicht aber das Verfahren ihrer Erhebung selbst geregelt hat. Inzwischen greift aber Art. 84 Abs. 1 GG n.F., so dass dieses Gesetz zweifelsfrei zustimmungsfrei bleiben kann<sup>60</sup>.

Einen besonderen – dritten – Fall stellt das „Gesetz zu dem Vertrag vom 25. April 2005 über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur EU“<sup>61</sup> dar. Es hätte wegen des insoweit unveränderten Art. 23 Abs. 1 S. 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 GG eigentlich als Zustimmungsgesetz verkündet werden müssen. Die Verkündung als Einspruchsgesetz, das vom Bundesrat als zustimmungsbefähigt behandelt und dem mit entsprechender Zweidrittel-Mehrheit zugestimmt worden ist, lässt sich aber kaum auf die Föderalismusreform zurückführen, sondern auf eine unabhängig von ihr erfolgte Änderung der Rechtsauffassung der Bundesregierung und wohl auch des Bundespräsidenten zur Zustimmungsbefähigung von EU-Erweiterungsverträgen, die nicht mit einer zusätzlichen

58 „Gesetz zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder (Gemeinsame-Dateien-Gesetz). Vom 22. Dezember 2006“, in: Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2006, S. 3409 – 3415. Das mit diesem Gesetz korrespondierende und ebenfalls zustimmungsfreie „Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz“ (Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2007, S. 2 – 9) hätte allerdings auch unter dem alten Recht zustimmungsfrei bleiben können, da es entsprechend schon in der vor der Reform eingebrachten Regierungsvorlage behandelt wurde.

59 „Gesetz über die Statistik der Verdienste und Arbeitskosten (Verdienststatistikgesetz – VerdStatG). Vom 21. Dezember 2006“, in: Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2006, S. 3291 ff. Die vor der Reform eingebrachte Regierungsvorlage sah entsprechend noch die Zustimmungsbefähigung vor.

60 So auch die schriftliche Auskunft der Vorsitzenden des dieses Gesetz behandelnden Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Technologie, *Edelgard Bulmahn*, an den Verfasser vom 10. Oktober 2007.

61 Vom 7. Dezember 2006, in: Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2007, S. 1146 – 1183.

Übertragung von Hoheitsrechten verbunden sind. Dazu passt ins Bild, dass die vor der Reform eingebrachte Regierungsvorlage wohl bereits davon ausging, dass das Gesetz zustimmungsfrei bleiben könnte<sup>62</sup>. Hierbei handelt es sich um einen jener Zweifelsfälle von Bundesgesetzen, die tendenziell eher zustimmungsbedürftig sind, bei denen jedoch auch vertreten werden kann, dass sie zustimmungsfrei sind. Unter den jetzigen Bedingungen einer Großen Koalition und nach der Föderalismusreform konnte das Gesetz zustimmungsfrei verkündet werden, obwohl es vom Bundesrat als zustimmungsbedürftig behandelt und beschlossen wurde.

Die qualitative Auswertung der seit September 2006 bis August 2007 verkündeten Einspruchsgesetze lässt somit keinen anderen Schluss zu, als dass lediglich bei vier Gesetzen zweifelsfrei anzunehmen ist, dass sie durch den reformierten Art. 84 GG zustimmungsfrei bleiben konnten, weil der Bundesgesetzgeber hier Abweichungen beim Vollzug bewusst in Kauf nimmt. Ganz offensichtlich handelt es sich bei diesen vier Fällen um nicht-konfliktive Materien, die – selbst wenn sie zustimmungsbedürftig gewesen wären und unter den Bedingungen des divided government hätten beschlossen werden müssen – keine Blockadehaltung des Bundesrates provoziert hätten. Interessanterweise bestand der Bundesgesetzgeber jedoch bei 13 weiteren Gesetzen auf Abweichungssperren gemäß Art. 84 Abs. 1 S. 5 und 6 GG, so dass diese weiterhin als Zustimmungsgesetze verkündet wurden<sup>63</sup>. Um es in nackten Zahlen auszudrücken: Unter dem alten Recht hätte der Anteil zustimmungsbedürftiger Gesetze von September 2006 bis August 2007 statt bei 47,37 Prozent lediglich bei 50,37 Prozent gelegen. Nimmt man die oben geschilderten drei „Kann-Fälle“ hinzu, wären nach dem alten Recht 52,63 Prozent der Gesetzzustimmung bedürftig gewesen. Großzügig gerechnet konnte durch die Reform der Anteil zustimmungsbedürftiger Gesetze damit um fünf Prozentpunkte herabgesenkt werden. Das lässt die Prognose zu, dass sich die Zustimmungspflichtigkeit weiterhin in einem Korridor zwischen 43 und 50 Prozent der Vorlagen bewegen wird. Eine signifikante Reduktion des Anteils zustimmungsbedürftiger Gesetze oder gar ein insbesondere von der Bundesregierung gewünschter Entflechtungseffekt<sup>64</sup> ist damit durch die Reform ausgeblieben.

62 Allerdings wählte die Bundesregierung in ihrer Vorlage vom 26. Mai 2006 Art. 59 Abs. 2 GG als Rechtsgrundlage, der neben der „Mitwirkung“ auch die „Zustimmung“ durch die „zuständigen Körperschaften“ der Bundesgesetzgebung bei völkerrechtlichen Verträgen als Möglichkeit vorsieht.

63 Hierzu muss man allerdings einräumen, dass es sich bei diesen 13 abweichungsfesten Gesetzen in der Mehrzahl um Gesetze handelt, in denen europarechtliche und internationalrechtliche Vorgaben umgesetzt werden, durch die (a) die Länder und ihre Verwaltungen und Verfahren besonders tangiert werden und (b) der Bund offensichtlich ein besonderes Interesse an „bundeseinheitlichen Regelungen“ gezeigt hat. Dennoch: Zwingend erforderlich scheint in manchen dieser Fälle eine bundeseinheitliche Regelung nicht unbedingt gewesen zu sein, zumal die Länder (insbesondere Nordrhein-Westfalen) in der Reformkommission betont haben, dass zumindest bei der Umsetzung der einheitlichen EU-Vorgaben auf die Sperrklausel verzichtet werden könne, weil die Länder bei der Anwendung von Abweichungsrechten ohnehin an die Grenzen des EU-Rechts gebunden seien. Für diesen Hinweis danke ich *Fritz W. Scharpf*.

64 *Rainer-Olaf Schultze*, Die Föderalismusreform zwischen Anspruch und Wirklichkeit, in: APuZ, B 13/14 (2005), S. 13 ff., S. 15.

#### 4. Ernüchterung nach einem Jahr Föderalismusreform

Trotz unified government durch die Große Koalition, dem ebenen- und parteiübergreifenden Interesse, dass die „Mutter aller Reformen“ erfolgreich sein möge, ist der Befund nach einem Jahr durchaus ernüchternd. Der Ansatz der Föderalismusreform war von Anfang an falsch gewählt. Es hätte nicht um die rein quantitative Reduktion des Anteils der Zustimmungsgesetze gehen dürfen, sondern um die Abschaffung beziehungsweise Entschärfung des Zustimmungsvorbehalts in jenen konfliktbehafteten Politikfeldern, in denen es unter den Bedingungen des divided government zu „strategischer“ oder „ehrlicher“ – das heißt tatsächlich auf politisch-inhaltliche Differenzen zurückzuführende – Uneinigkeit zwischen der Regierungsmehrheit im Bund und einer oppositionellen Mehrheit im Bundesrat kommt<sup>65</sup>. Hier müsste sich eine Föderalismusreform bewähren; genau hier bleibt der Anteil zustimmungsbedürftiger Gesetze nach der Reform aber weiterhin besonders hoch: Finanzen (35 von 53 = 66,04 Prozent zustimmungsbedürftig); Arbeit und Soziales (16 von 31 = 51,61 Prozent zustimmungsbedürftig); Familie, Senioren, Frauen, Jugend (4 von 5 = 80 Prozent zustimmungsbedürftig).

Immerhin muss konzediert werden, dass sich der Anteil jener Gesetze, deren Zustimmungsbefähigung durch den neuen Art. 84 GG ausgelöst worden ist, nach der Reform deutlich reduziert hat. Wie gezeigt, wurde Art. 84 Abs. 1 Satz 5 und 6 GG als ein die Zustimmungsbefähigung auslösender Tatbestand im ersten Jahr nach der Föderalismusreform „nur“ 13 Mal herangezogen, was einem Anteil von lediglich 20,63 Prozent unter allen seitherigen 63 Zustimmungsgesetzen entspricht. Für allzu große Euphorie sollte dieser Befund jedoch kaum Anlass geben. Zwar ist die zunächst nahe liegende Vermutung nicht plausibel, wonach sich der zurückgehende Anteil der über Art. 84 GG zustimmungsbedürftigen Gesetze dadurch erklären ließe, dass vor der Reform viele Gesetze, deren Zustimmungsbefähigung durch Art. 84 GG ausgelöst wurde, auch noch nach anderen Tatbeständen zustimmungsbedürftig gewesen wären, die sämtlich nach der Reform beibehalten wurden. Weiter könnte ausgehend von dieser Vermutung irrigerweise unterstellt werden, dass früher schon immer der bloße Verweis auf Art. 84 GG reichte, während heute – nach der Reform und nach dem Wegfall des alten Art. 84 GG – in diesen Fällen eben jene anderen beibehaltenen Zustimmungstatbestände gewissermaßen als „Auffangtatbestände“ greifen. Doch tatsächlich sind, wie *Christian Dästner* überzeugend aufgezeigt hat, die meisten zustimmungsbedürftigen Gesetze nach dem alten Art. 84 GG exklusiv wegen dieses Artikels zustimmungsbedürftig gewesen und nicht auch noch – kumulativ – wegen anderer Zustimmungstatbestände<sup>66</sup>. Die tatsächliche Entflechtungswirkung des reformierten Art. 84 GG kann jedoch sinnvollerweise nur in jenen Fällen überprüft werden, in denen der Gesetzgeber aufgrund dieses neuen Artikels die Frage beantworten musste, ob er eine Abweichungssperre vornehmen will oder nicht. Exakt hier ist der Befund wieder ernüchternd, denn der Gesetzgeber hat bei (höchstens) 19 Gesetzen, in denen bei der Behandlung der Gesetze Abwägungen auf Basis des neuen Art. 84 GG überhaupt von primärer Relevanz waren – weil kein anderer Zustimmungstatbestand existierte, aber zugleich ausgeschlossen werden konnte, dass jene Gesetze

65 *Steffen Ganghof*, Strategische Uneinigkeit? Methodische Probleme und normative Implikationen von analytischen Erzählungen über Reformblockaden, in: *Jahrbuch für Handlungs- und Entscheidungstheorie*, 4. Jg. (2006), S. 151 ff.

66 *Christian Dästner*, Zur Entwicklung der Zustimmungsbefähigung, a.a.O., S. 296 und S. 306 ff.

von vornherein (wie auch schon unter altem Recht) zustimmungsfrei bleiben konnten, weil sie die Verwaltungen der Länder nicht tangierten<sup>67</sup> –, wie oben gezeigt in (höchstens) sechs Fällen entschieden, auf Abweichungssperren zu verzichten, während er sich bei 13 Gesetzen (68,42 Prozent) dazu nicht hat durchringen wollen.

Grundsätzlich muss zudem davon ausgegangen werden, dass unter gegenläufigen Mehrheiten der Anteil der zustimmungsbedürftigen Gesetze noch deutlich höher wäre als 2006/2007. Insbesondere der – seit der Reform unter den Bedingungen der Großen Koalition erst fünf Mal genutzte – neue Art. 104 a Abs. 4 GG bietet die Gelegenheit für eine gegenläufige Mehrheit im Bundesrat, um über die durch ihn ausgelöste Zustimmungspflichtigkeit entweder zum Mitspieler der Regierung oder zum Vetospieler in der Gesetzgebung zu werden. Schon jetzt unter den für die Herabsenkung des Anteils zustimmungsbedürftiger Gesetze insbesondere bei den Zweifelsfällen generell günstigen Bedingungen einer Großen Koalition und unter dem Erfolgsdruck der Föderalismusreform wurde der neue Art. 104 a Abs. 4 GG als eine die Zustimmungspflichtigkeit auslösende Rechtsgrundlage in etwa genauso oft genutzt wie umgekehrt der neue Art. 84 GG herangezogen wurde, um ein Bundesgesetz zustimmungsfrei zu halten. Das deutet durchaus auf die mögliche Existenz eines klassischen Nullsummenspiels hin: Was man an Reduktion des Anteils zustimmungsbedürftiger Gesetze durch die Option des Art. 84 Abs. 1 GG gewinnt, könnte man durch den neuen Art. 104 a Abs. 4 GG wieder verlieren<sup>68</sup>.

Dies ist vor allem deshalb so bedauerlich, weil angenommen werden muss, dass der neue Zustimmungstatbestand insbesondere kontroverse Gesetze betreffen wird<sup>69</sup>, was besonders unter den Bedingungen von *divided government* eine Blockadehaltung des Bundesrates fördern kann. Wenn es sich aber bei jenen Gesetzen, die die Regierungsmehrheit nach der Reform ohne Zustimmung der Opposition beschließen kann, lediglich um politisch wenig kontroverse Materien handelt, das heißt um Gesetze, die die Regierungsmehrheit auch gut durchbringen könnte, selbst wenn sie zustimmungsbedürftig wären, während der neue Zustimmungstatbestand des Art. 104 a Abs. 4 GG vor allem bei politisch kontroversen Gesetzen greift, bei denen die Regierungsmehrheit auf die Zustimmung der divergierenden Mehrheit im Bundesrat angewiesen ist, hätte die Politik mit der Reform ein klassisches Eigentor geschossen. Wie diese und andere Untersuchungen zeigen, gibt es gute Gründe, dies anzunehmen.

67 Dies bedeutet „kontrafaktisch“ im Übrigen aber auch, dass der alte Art. 84 GG ebenfalls nur in 19 Fällen zum Zuge gekommen wäre, wenn es die Reform nicht gegeben hätte. Auch ohne Reform wäre damit der Anteil der zustimmungsbedürftigen Gesetze nach Art. 84 GG von September 2006 bis August 2007 erstaunlich niedrig gewesen.

68 Allerdings kann bei jenen fünf Gesetzen, bei denen Art. 104 a Abs. 4 GG die Zustimmungspflichtigkeit ausgelöst hat, nicht ausgeschlossen werden, dass sie unter dem altem Recht ebenfalls zustimmungsbedürftig gewesen wären. Immerhin aber wurde der neue Zustimmungstatbestand fünf Mal herangezogen, davon zwei Mal, wo es nicht unbedingt notwendig gewesen wäre, weil es schon eine andere Norm gab, die die Zustimmungspflichtigkeit auslöste – unter *divided government* könnten also noch bedeutend mehr Art. 104 a Abs. 4 GG-Fälle auftreten, wenn Art. 84 GG von der gegenläufigen Mehrheit nicht mehr genutzt werden kann, um zum Mitspieler oder Vetospieler zu werden. Faktisch greift das Nullsummenspielargument daher in der jetzigen Konstellation nicht 100-prozentig, bleibt aber theoretisch höchst plausibel unter der Bedingung von *divided government*.

69 *Simone Burkhart / Philip Manow, Was bringt die Föderalismusreform, a.a.O., S. 9.*

Es kommt ein Weiteres hinzu: Dass Gesetze, die nach Auffassung des Bundesrates zustimmungsbedürftig sind, gleichwohl als Einspruchsgesetze behandelt und verkündet werden, dürfte unter Bedingungen des *divided government* ebenfalls nicht immer klaglos hingenommen werden. Zwar kann die Regierungsmehrheit auch dann weiterhin versuchen, zustimmungsbedürftige Gesetze in einen zustimmungsfreien und einen zustimmungsbedürftigen Teil zu trennen, doch solche Vorhaben sind erstens gut durchschaubar für die den Bundesrat dominierende Opposition, und zweitens sind ihnen auch verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt.

Die ernüchternde Bilanz nach einem Jahr bestätigt damit die Einschätzung, wonach eine Reform unter den Bedingungen des bundesdeutschen Verflechtungsföderalismus nur dann funktionieren kann, wenn durch „echte“ (konditionierte) Abweichungsrechte der Länder<sup>70</sup> mehr Flexibilität in das System eingespeist und zugleich die Handlungsautonomie der Bundesregierung und ihrer gesetzgeberischen Mehrheit sowie der Länder erhöht wird. In der Folge könnte sich ein asymmetrischer Föderalismus herausbilden, „bei dem das einheitliche Bundesrecht zwar in weiten Teilen des Bundesgebietes unveränderte Anwendung findet, aber in manchen Bundesländern durch landesrechtliche Abweichungen ersetzt wird. Dieses Muster entspräche der realen Situation des deutschen Föderalismus besser als die bisher eindeutige Vorherrschaft des einheitlichen Bundesrechts oder als die generelle Verlagerung bisheriger Bundeskompetenzen auf die Länder“<sup>71</sup>. Einem solchen Paradigmenwechsel steht aber nach wie vor im Weg, dass ein echter beziehungsweise „ehrlicher“ politischer Wille zu einer derartigen grundlegenden Reform nicht zu existieren scheint. Daher erhält auch die vor über zwanzig Jahren formulierte skeptische Einschätzung von *Fritz Scharpf*, nach der die maßgeblichen Akteure der Politikverflechtungsfälle wohl gar nicht entkommen möchten, ihre eindrucksvolle Bestätigung. Die in der Politikwissenschaft geradezu kanonisierte Einordnung des bundesdeutschen Föderalismus als „dynamisches System“<sup>72</sup> bleibt hingegen lediglich für inkrementale subkonstitutionelle Veränderungs- und Anpassungsprozesse der föderativen Ordnung plausibel, während grundlegende – und insofern „dynamische“ – Reformen und Qualitätssprünge im Bundesstaat weiterhin nicht zu erwarten sind.

70 Mit den durch die Reform in Art. 72 Abs. 3 GG beschlossenen materiellen Abweichungsrechten der Länder ist kaum mehr als ein Anfang gewagt worden, da sie sich auf wenige und eher unwichtige Bereiche beschränken. Vgl. dazu auch *Frank Decker*, Mehr Asymmetrie im deutschen Föderalismus? Die neue Abweichungsgesetzgebung, in: *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen* (Hrsg.), *Jahrbuch des Föderalismus 2007*, Baden-Baden 2007, S. 205 – 223.

71 *Fritz W. Scharpf*, Anmerkungen zum asymmetrischen und lernfähigen Föderalismus, *Kommissionsdrucksache 80* vom 31. Mai 2004, S. 2.

72 *Arthur Benz*, *Föderalismus als dynamisches System: Zentralisierung und Dezentralisierung im föderativen Staat*, Opladen 1985.