

# Verfassungs- und Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz

Herausgegeben von  
Paul Kirchhof, Edzard Schmidt-Jortzig, Rainer Wahl

---

Caroline Schulze Harling

## Das materielle Abweichungsrecht der Länder

Art. 72 Abs. 3 GG

39

---

PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

# Einleitung

## A. Ausgangspunkt und Ziel der Untersuchung

Am 1. September 2006 ist mit dem 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes<sup>1</sup> die bislang umfangreichste<sup>2</sup> Verfassungsänderung seit Bestehen des Grundgesetzes in Kraft getreten. Einen Schwerpunkt der Reform bildet die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen: Die Rahmengesetzgebung ist abgeschafft und die ihr bislang unterfallenden Materien überwiegend in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz überführt worden. Das Erforderlichkeitskriterium beschränkt den Bundesgesetzgeber nach der Neufassung nur noch im Falle der in Art. 72 Abs. 2 GG n.F. abschließend genannten Materien, im Übrigen bedarf es einer Prüfung der Erforderlichkeit nicht mehr. Mit der Einführung der Abweichungsgesetzgebung durch Art. 72 Abs. 3 GG n.F. haben die Länder erstmals die Befugnis, von Regelungen des Bundes im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung abzuweichen. Bundesgesetze auf den benannten Gebieten treten frühestens sechs Monate nach Verkündung in Kraft, soweit nicht mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes geregelt ist (Art. 72 Abs. 3 S. 2 GG n.F.). Das Verhältnis von Bundes- und Landesrecht auf Abweichungsgebieten bestimmt sich nach dem *lex-posterior*-Grundsatz (Art. 72 Abs. 3 S. 3 GG n.F.). Die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz ist durch weitere Materien angereichert, in ihrem Wesen jedoch unverändert geblieben.

Dem Anliegen der Reform, die Zahl der zustimmungsbedürftigen Bundesgesetze zu begrenzen, soll Art. 84 Abs. 1 GG n.F. Rechnung tragen, indem nunmehr der Bund die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren ohne Zustimmung des Bundesrates anders regeln kann und die Länder hiervon wiederum abweichen dürfen (Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG n.F.). Weitere bedeutende Änderungen, auf die im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden soll, betreffen neben einer Vielzahl weiterer Neuerungen unter anderem die Unzulässigkeit des sog. Bundesdurchgriffs auf Gemeinden und deren Verbände sowie die Reduzierung der Gemeinschaftsaufgaben.

Ziel dieser Arbeit ist es, die auch als materielles<sup>3</sup> Abweichungsrecht bezeichnete Regelung des Art. 72 Abs. 3 GG n.F. näher zu beleuchten, in der Anwendung handhabbarer zu machen und einer Bewertung im Hinblick auf ihren föderalen Nutzen zu unterziehen.

---

1 BGBl. 2006 I, S. 2034 ff.

2 *Papier*, NJW 2007, 2145, 2146; *Meyer*, Die Föderalismusreform 2006, S. 17; *Hofmann*, DÖV 2008, 833, 834.

3 Im Unterschied zum sog. formellen oder verfahrensrechtlichen Abweichungsrecht in Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG n.F.; hierzu auch die einleitenden Ausführungen zum 2. Kapitel.

## B. Gang der Untersuchung

Welche Auswirkungen sind von der Neuregelung zu erwarten? Bereitet sie dem Föderalismus in Deutschland tatsächlich den Weg „zurück zur Kleinstaaterei“<sup>4</sup> oder leistet sie einen Beitrag zur Stärkung des föderalen Systems? Ist das viel beschworene „Ping-Pong-Dilemma“<sup>5</sup> also nicht mehr als ein „Phantomrisiko“?<sup>6</sup> Die bisherigen Einschätzungen zum Abweichungsrecht sind breit gefächert: Auf der einen Seite finden sich die Verfechter der Vorteile der neuen Kompetenz, die mehr Wettbewerb ermögliche und damit bessere Gesetze hervorbringe.<sup>7</sup> Ihre Gegner dagegen sehen den Bund in eine „Lückenbüßerfunktion“ gedrängt;<sup>8</sup> zudem beschwöre die Abweichungskompetenz eine neue Art der Verflechtung sowie „sechzehnfache Rechtszersplitterung“ herauf.<sup>9</sup> *Stock* sieht in der Einführung des Abweichungsrechts sogar ein Lehrstück „partout schlechter Gesetzgebung“.<sup>10</sup> Dazwischen liegen diejenigen, die das Ergebnis künftiger Entwicklungen erst noch abwarten wollen.<sup>11</sup>

Ausgangspunkt von Begeisterung oder Kritik im Hinblick auf das Abweichungsrecht ist vielfach ein grundlegend verschiedenes Verständnis von Tatbestand, Rechtsfolgen und möglichen Auswirkungen des Abweichungsrechts. Welchem der Meinungslager letztlich beizupflichten ist oder welchem getrost eine Absage erteilt werden kann, hängt daher maßgeblich von der Bestimmung der genannten Faktoren ab. Bevor also abgeschätzt werden kann, welche Bedeutung dem Abweichungsrecht im Bundesstaat zukommt, sind die Voraussetzungen für das Bestehen der Abweichungskompetenz (3. Kapitel, B.) sowie deren Rechtsfolgen (3. Kap., F.) und die möglichen praktischen Abweichungsfolgen (4. Kap.) zu untersuchen. Hierzu werden die auf Tatbestands- und Rechtsfolgen-seite für das Verständnis der Norm notwendigen Begrifflichkeiten, denen keineswegs dieselbe Bedeutung wie in anderen Vorschriften des Grundgesetzes zukommen muss, anhand der anerkannten Auslegungsmethoden näher konkretisiert. Auftretende Problemfragen werden stets mit Blick auf die neue Kompe-

---

4 *Knopp*, NVwZ 2006, 1216; hierzu unten im 4. Kap., D.

5 Hierzu unten 4. Kap., E.

6 *Hoppe*, DVBl. 2007, 144, 145; *Klein/Schneider*, DVBl. 2006, 1549, 1553.

7 *Kahl*, NVwZ 2008, 710, 713; *Mammen*, DÖV 2007, 376, 379; *Schulze-Fielitz*, NVwZ 2007, 249, 251; *Huber*, 3. Sitzung der Kommission am 12.12.2003, Stenografischer Bericht, S. 55, in: CD-ROM „Zur Sache 1/2005“.

8 *Stock*, ZG 2006, 226, 237: „quasi-sozialstaatliche Auffanggesetzgebung“; *F. Kirchhof*, ZG 2004, 209, 217.

9 *Dietsche/Hinterseh*, in: Borchard/Margedant, Föderalismusreform – erste Bilanz, S. 28; *F. Kirchhof*, Bundesstaatskommission, Kommissionsdrucksache 0011, S. 6 f., in: CD-ROM „Zur Sache 1/2005“.

10 *Stock*, ZG 2006, 226, 247.

11 *Ipsen*, Staatsrecht I, Rn. 587; *Glaser*, NuR 2007, 439, 445.

tenz betrachtet und im Übrigen auf den bisherigen Stand der juristischen Diskussion verwiesen.

Da die Änderung des Grundgesetzes vor dem Hintergrund der allseits konstatierten Fehlentwicklungen innerhalb des bundesstaatlichen Kompetenzgefüges (1. Kap., C., I.) erfolgte, jene für das Verständnis der Beweggründe daher von Bedeutung sind, werden sie ausgehend von den historischen Wurzeln der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung (1. Kap., A., B.) zunächst aufgezeigt sowie deren Erscheinungsformen (1. Kap., C., II.) und mögliche Ursachen (1. Kap., C., III.) herausgearbeitet, die schließlich in den entscheidenden Reformprozess mündeten. Dessen anschließende Schilderung (2. Kap.) beschränkt sich nicht auf die Darstellung des jüngeren Reformgeschehens, sondern begibt sich auch auf die Suche nach dem Ursprung der Abweichungsidee als solcher (insbes. 2. Kap., D.) und verfolgt ihre Durchsetzung innerhalb des Reformprozesses, insbesondere in den Beratungen der Gemeinsamen Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung (2. Kap., E.). Ein umfassender Überblick über die nahezu unüberschaubaren Reformansätze und weiteren Reformgegenstände soll dabei aber nicht gegeben werden; hierzu sind umfassende Dokumentationen bereits erschienen.<sup>12</sup> Vielmehr soll der Blick stets auf das Abweichungsrecht und die damit spezifisch zusammenhängenden Fragen gerichtet bleiben.

Die systematische Stellung des Abweichungsrechts im verfassungsrechtlichen Kompetenzgefüge wird wegen ihrer grundlegenden Bedeutung für die weitere Untersuchung dieser vorangestellt (3. Kap., A.) und sodann die Voraussetzungen für den Bestand des Abweichungsrechts (3. Kap., B.) sowie formelle und inhaltliche Anforderungen an abweichende Gesetze (3. Kap., C.) beleuchtet. Fragen des zeitlichen Anwendungsbereichs des Abweichungsrechts sind in der Übergangsvorschrift des Art. 125b Abs. 1 GG geregelt (3. Kap., D.). Zwar kommt der Vorschrift nach Ablauf der dort genannten Fristen keine praktische Bedeutung mehr zu, gleichwohl ist sie nach wie vor von Interesse für das Gesamtverständnis des Abweichungsrechts.

Besonderes Augenmerk gilt auch der Regelung des Art. 72 Abs. 3 S. 2 GG (3. Kap., E.), die das Inkrafttreten von Bundesgesetzen in der Verfassung bisher unbekannter Form hinausschiebt und sich daher im Hinblick auf ihre Verfassungsmäßigkeit jedenfalls nicht als unproblematisch erweist (hierzu 3. Kap., F., II.). In diesem Zusammenhang wird auch auf den Vorschlag für eine entsprechende Regelung für die Landesgesetzgebung eingegangen, der sich im Reformprozess jedoch nicht durchgesetzt und daher keine Berücksichtigung im Grundgesetz gefunden hat. De lege ferenda denkbare Gestaltungen für einen solchen Vorschlag werden daraufhin untersucht, ob ihre Aufnahme in das

---

12 Insbesondere die Dokumentation von *Holtschneider/Schön*, Die Reform des Bundesstaates, mit beiliegender CD-ROM „Zur Sache 1/2005“.

Grundgesetz sinnvoll gewesen wäre oder sie zu Recht unterblieben sind (3. Kap., F., III.).

Das Verhältnis von Bundes- und Landesrecht auf Abweichungsgebieten bemisst sich nach Art. 72 Abs. 3 S. 3 GG (3. Kap., F.), dessen systematisches Verhältnis zu Art. 31 GG und dessen Anwendungsbereich nicht unumstritten sind und hier daher im 3. Kapitel unter F., I– III. behandelt werden. Mit Fragen nach zeitlichen oder inhaltlichen Einschränkungen des Bundes- und Landesgesetzgebers aus dem Grundsatz der Bundestreue befassen sich die Ausführungen im 3. Kapitel unter G.

Da das Abweichungsrecht den Erlass von Landesgesetzen ermöglicht, bleibt es zwangsläufig nicht ohne Folgen für die Verwaltungskompetenzen, die hier im 4. Kapitel (dort unter A.) angesprochen werden. Aufschluss über die möglichen Auswirkungen der neuen Kompetenz kann auch die bisherige Resonanz von Bund und Ländern hierauf geben (4. Kap., B.). Im Anschluss daran werden die zu erwartenden Wirkungen des Abweichungsrechts mit Blick auf die einstigen Reformziele untersucht und die neue Kompetenz abschließend bewertet.

Hingewiesen sei in Anbetracht der Ratifizierung des Vertrages von Lissabon noch auf eine Veränderung der Terminologie. War bisher stets vom Gemeinschaftsrecht die Rede, wird nunmehr nicht mehr von Gemeinschaftsrecht, sondern von Unionsrecht gesprochen (vgl. Art. 6 Abs. 3, 17 Abs. 1, 19 Abs. 1, Abs. 3 EUV, Art. 16 Abs. 2, 64 Abs. 3, 197 Abs. 1-3, usw. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union - AEUV). Soweit bisher von Gemeinschaftsrecht die Rede war, nimmt diese Arbeit die neue Terminologie auf, und zwar auch soweit im Schrifttum, auf das verwiesen wird, noch vom Gemeinschaftsrecht die Rede ist bzw. war.