

## Rechtsschutz gegen Weisungen in der atomrechtlichen Bundesauftragsverwaltung\*

Von Professor Dr. Gerd Winter, Bremen

Das Verhältnis von Bund und Ländern bei der Genehmigung von kerntechnischen Anlagen war bis vor wenigen Jahren weitgehend durch Kooperation geprägt. Der Bund pflegte im Rahmen seiner Bundesaufsicht vor der ersten Teilerrichtungsgenehmigung und vor der ersten Teilbetriebsgenehmigung je eine grundsätzliche Stellungnahme abzugeben, die jedoch nicht in die Form einer Weisung gekleidet war, sondern das Ergebnis eines Dialogs zwischen Bund, Land und Gutachtern dokumentierte<sup>1</sup>.

Der Konsens geriet wohl erstmals ins Wanken, als Ende der siebziger Jahre Nordrhein-Westfalen darauf sann, die 3. Teilerrichtungsgenehmigung für den Schnellen Brüter zu verweigern. Dies rückte die Möglichkeiten und Grenzen der Weisungsbefugnis des BMI im Rahmen der atomrechtlichen Bundesauftragsverwaltung ins Blickfeld<sup>2</sup>.

Das Problem wurde 1984 erneut aktuell, als der Bundesinnenminister dem hessischen Wirtschaftsminister die Weisung erteilte, die Erweiterung der Anlagen des Brennelementeherstellers NUKEM zu genehmigen. Es entwickelt sich zum Dauerbrenner, seit manche von der SPD regierte Länder in der Kernenergiepolitik wie des weiteren aber auch dem Ausbau der Bundesfernstraßen sich gegenüber der Bundespolitik renitent gebärden. Interessant ist dann vor allem die Frage, ob und inwieweit das Land für seine abweichende Linie gerichtlichen Rechtsschutz gegen Weisungen des Bundes erwirken kann. Dabei sind zwei Probleme zu unterscheiden, denen ich im folgenden nachgehen möchte:

1. Wann ist eine Weisung rechtswidrig?
2. Steht gegen Weisungen, deren Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, ein Rechtsweg offen, und wenn ja, zu welchem Gericht?

### 1. Rechtswidrigkeit von Weisungen

Weisungen können rechtswidrig sein, weil ihre eigenen rechtlichen Voraussetzungen nicht vorliegen (a), oder weil sie der weisungsunterworfenen Behörde ein Verhalten vorschreiben, das seinerseits rechtswidrig ist (b). Im ersten Fall könnte man von eigenbestimmter, im zweiten von fremdbestimmter Rechtswidrigkeit sprechen.

#### a) Eigenbestimmte Rechtswidrigkeit

Die rechtlichen Voraussetzungen für Weisungen ergeben sich aus Art. 85 GG. Weisungen dürfen hiernach z. B. grundsätzlich nur an die obersten Landesbehörden gerichtet werden, sie dürfen nicht die Einrichtung der Landesbehörden vorschreiben, sie dürfen nicht in den Bereich landeseigener Verwaltung übergreifen und sie dürfen überhaupt nicht ergehen, wenn ein per Auftragsverwaltung

auszuführendes Gesetz noch nicht oder – z. B. auch wegen Verfassungswidrigkeit – nicht mehr besteht. Da der Gebrauch von Weisungen im Ermessen der zuständigen Bundesbehörde steht, sind auch die Zwecke und Grenzen dieses Ermessens einzuhalten.

Einige dieser Rechtswidrigkeitsgründe verdienen noch nähere Betrachtung.

#### aa) Kompetenzüberschreitung

Eine Weisung überschreitet die Bundeskompetenz, wenn sie zu einem Verhalten anweist, das zur landeseigenen Verwaltung – sei es zu solcher, die Bundesgesetze, sei es zu solcher, die Landesgesetze ausführt – gehört<sup>3</sup>.

aaa) Ein relativ unproblematischer Fall einer solchen Grenzüberschreitung wäre es, wenn dem Land durch Weisung verboten würde, gem. § 4 Abs. 2 EnWG den Bau eines Kernkraftwerks zu beanstanden oder zu untersagen<sup>4</sup>. Die Energieversorgung ist landeseigene Angelegenheit, auch, soweit die Versorgung anderer Bundesländer berührt ist<sup>5</sup>. Ein anderer Fall läge darin, daß die Weisung auf die Erteilung einer selbständigen Genehmigung, z. B. der wasserrechtlichen Genehmigung gerichtet wäre. Diese ist, zumindest soweit es die Kühlwasserentnahme und -abgabe angeht<sup>6</sup>, landeseigene Angelegenheit.

3 So auch W. Ost / N. Pelzer (Fußn. 2), S. 24.

4 Ost/Pelzer (Fußn. 2), S. 24.

5 Versuche, eine Bundeskompetenz kraft Natur der Sache oder kraft Sachzusammenhangs zu begründen, sind abzulehnen; denn weder ist ein einheitlicher Gesetzesvollzug einzig und allein bei Zuständigkeit einer Bundesbehörde denkbar – die langjährige abgestimmte Praxis der Energieaufsicht der Länder beweist dies –, noch ist etwa die atomrechtliche Bundesauftragsverwaltung auf eine energiewirtschaftliche Bundeszuständigkeit angewiesen (vgl. J. Kezekordes, Die fehlende Zuständigkeit eines Bundeslandes für die Investitionsaufsicht über Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach § 4 Abs. 2 EnWG in anderen Bundesländern, RdE 1983, 230 (231 f.)). Ebenso die herrschende Meinung, vgl. Eiser/Riederer/Oberholte, Energiewirtschaftsgesetz § 1 Anm. 2 c m. w. N.). In der Praxis wird aufgrund eines gemeinsamen Beschlusses der Wirtschaftsminister der Länder und des Bundes (MinBl. des BMWi. 1964, 273) bei länderübergreifenden Vorhaben aber das Benehmen mit den betroffenen Landesministern und dem Bundeswirtschaftsminister hergestellt. Der nordrhein-westfälische Minister hat entsprechend zu verfahren. Doch kann durch den Beschluß nicht die grundgesetzliche Zuständigkeitsordnung, die keine Bundeszuständigkeit vorsieht, verändert werden (Kezekordes, S. 232).

6 Hinsichtlich der Einleitung radioaktiver Stoffe ist die Meinung im Vordringen begriffen, daß über diese Einleitung von der Atomrechtsbehörde entschieden wird und die Wasserbehörde hieran gebunden ist. Die Meinung stützt sich auf Art. 74 Ziff. 11 a GG, nach dem der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich sämtlicher nuklearspezifischer Gefahren hat und, wie hinzuzufügen ist, kraft Art. 87 c GG dementsprechend auch Bundesauftragsverwaltung begründen kann (vgl. VGH Mannheim vom 30. 3. 1982, Urteilsabdruck, S. 77 ff.; R. Breuer, Planungsverfahren und atomrechtliches Verwaltungsverfahren, 7. Deutsches Atomrechtssymposium, Köln 1983, S. 153 [161]; a. A. C. Bickel, Grenzgebiete des Wasserrechts, DÖV 1981, 448 [451]).

\* Der Aufsatz ist ein stark überarbeiteter Teil aus einem Rechtsgutachten, das der Verfasser für den Landesvorstand der Grünen in Nordrhein-Westfalen erstattet hat.

1 So der frühere Staatssekretär im BMI A. v. Schoeler, Zur Sicherheits- und Entsorgungspolitik des Bundesinnenministers, atw 1982, 314.

2 Eine Klärung versuchten vor allem W. Ost / N. Pelzer, Kann der Bund im atomrechtlichen Verwaltungsverfahren Landesbehörden anweisen? atw 1979, 22.



bbb) Schwieriger ist der Fall zu beurteilen daß die Weisung die Erteilung einer *Genehmigung* betrifft, die *von der atomrechtlichen Genehmigung eingeschlossen* wird. Eingeschlossen wird insbesondere die immissionsrechtliche Genehmigung z. B. für Kühltürme (§ 8 Abs. 2 AtG) und – in einigen Ländern<sup>7</sup> – die baurechtliche Genehmigung. Hierin liegt jedoch nur eine formelle Zuständigkeitsregelung, eine »Verfahrenskonzentration«, nicht aber auch eine materielle Konzentration nach Art der Konzentration bei Planfeststellungsbeschlüssen<sup>8</sup>. Die immissions- und baurechtlichen Genehmigungen bleiben im Rahmen der atomrechtlichen Genehmigung eigenständig. Diese horizontale Kompetenzverteilung zwischen den Landesbehörden ist zugleich ein Anhaltspunkt für die vertikale Kompetenzverteilung im Bund-Land-Verhältnis. Wenn die immissions- und baurechtlichen Genehmigungen in atomrechtlicher Hülle eigenständig bleiben, werden sie nicht materiell in Auftragsverwaltung umgeformt, vielmehr entscheidet die Atomrechtsbehörde teils in der Rolle der vom Bund beauftragten, teils in der Rolle der landeseigenen Verwaltung. Anderes wäre mit Art. 74 Ziff. 11 a GG nicht vereinbar. Eine Weisung des Bundesministers, die atomrechtliche Genehmigung zu erteilen, ist deshalb insoweit rechtswidrig, wie sie die von dieser Genehmigung eingeschlossene immissions- und baurechtliche Genehmigung betreffen würde. Dies gilt unabhängig davon, ob die zuständigen Landesbehörden verpflichtet wären, die eingeschlossenen Genehmigungen zu erteilen. Da es sich insoweit um landeseigene Verwaltung unter Bundesaufsicht handelt, könnte der Bund in diesem Fall nur nach Art. 84 Abs. 4 GG vorgehen und einen Beschluß des Bundesrats herbeiführen.

Zwar bestände nach Art. 84 Abs. 5 GG die Möglichkeit, auch hinsichtlich landeseigener Angelegenheiten ein Weisungsrecht einzuführen. Hiervon hat der Gesetzgeber jedoch im Atomrecht keinen Gebrauch gemacht. Insbesondere ist auch § 7 Abs. 4 Satz 2 AtG nicht so zu verstehen. Die dort eingeführte Weisungsregelung ist eine den Art. 85 Abs. 3 GG konkretisierende Verfahrensvorschrift: Sie verpflichtet die Landesbehörde, nicht ohne Weisung zu entscheiden, sondern aktiv eine Weisung einzuholen, aber sie beschränkt diese Pflicht auf Meinungsverschiedenheiten mit einer Bundesbehörde, erstreckt sich also nicht auf den Fall einer Meinungsverschiedenheit zwischen Atomrechtsbehörde und sonstigen Fachbehörden (Baubehörde, Immissionsbehörde) des Landes. Da Art. 84 Abs. 5 GG als systemfremde Vorschrift eng auszulegen ist<sup>9</sup>, kommt auch eine ausdehnende Interpretation des § 7 Abs. 4 Satz 2 AtG nicht in Betracht.

ccc) Noch schwieriger zu beurteilen ist ein dritter Fall. Die Weisung des Bundesministers, die Errichtungs- und Betriebsgenehmigungen zu erteilen, bindet den Landesminister sicherlich an eine bestimmte Anwendung von nuklearspezifischen Vorschriften, nämlich diejenigen des § 7 Abs. 2 Ziff. 1–5 AtG; sie könnte ihn darüber hinaus womöglich aber auch an eine bestimmte Anwendung solcher Vorschriften und (bei der Abwägung im Rahmen des Vorsorgegebots sowie im Ermessensrahmen) solcher Gesichtspunkte binden, die an sich zur landeseigenen Verwaltung gehören. Dabei handelt es sich um die nach § 7 Abs. 2 Ziff. 6 AtG bei der atomrechtlichen Genehmigung

zu berücksichtigenden Vorschriften u. a. über die Reinhaltung des Wassers, der Luft und des Bodens, weiterhin um landeseigene Gesichtspunkte bei der Wahrnehmung des Versagungsermessens wie etwa (falls man dessen Berücksichtigung im Rahmen der atomrechtlichen Genehmigung überhaupt bejaht<sup>10</sup>) den energiewirtschaftlichen Versorgungsbedarf.

Die Bedeutung des § 7 Abs. 2 Ziff. 6 AtG war lange umstritten, und zwar insbesondere im Zusammenhang der Frage, ob eine erste Teilgenehmigung, die die nicht nuklearspezifischen Auswirkungen der Anlage vorläufig positiv beurteilt, die für die entsprechenden (z. B. wasser-, bau-, landschaftsschutzrechtlichen) Genehmigungen zuständigen Behörden binden kann. Man wird diese Frage heute als weitgehend geklärt ansehen können, und zwar in dem Sinne, daß das vorläufige Gesamturteil (sei es per Vorbescheid, sei es per Teilgenehmigung) nur dann ausgesprochen werden darf, wenn die anderen Behörden positiv Stellung genommen haben oder eine positive Stellungnahme zu erwarten ist<sup>11</sup>, und daß, wenn die Stellungnahme positiv war, die sie abgebende Behörde bei der nachfolgenden Genehmigungserteilung daran gebunden ist<sup>12</sup>. Die Atomrechtsbehörde besitzt positiv also nur eine Prüfungs- und keine eigene Entscheidungskompetenz.

Noch ungeklärt ist, ob sie dagegen wenigstens negativ selbständig entscheiden darf, d. h., ob sie die atomrechtliche Genehmigung aus den in § 7 Abs. 2 Ziff. 6 AtG aufgeführten Gründen *ablehnen* darf, wenn die Fachbehörden noch nicht beteiligt worden sind. Die überwiegenden Gründe scheinen mir für eine solche Kompetenz zu sprechen. Das Vorsorgedenken des Atomrechts legt nahe, daß vor dem Anlagenbau möglichst mehrere Vorsichtsschranken aufgerichtet werden. Auch kann es sein, daß die ihr jeweiliges Medium getrennt bewirtschaftenden Fachbehörden die Gesamtbelastung zu wenig würdigen. Der Wasserhaushalt, die Landschaft, der Boden mögen je für sich die Zusatzbelastung noch verkraften können, während eine Gesamtbetrachtung dagegen im ganzen eine höhere Gefährdung als in der Summe seiner Teile sehen könnte<sup>13</sup>. Für eine solche Gesamtbetrachtung kann aber nur die Atomrechtsbehörde zuständig sein.

Hat die Fachbehörde allerdings die Genehmigung bereits erteilt, wird man die entsprechende Kompetenz der

7 Z. B. § 80 Abs. 3 BauO NRW.

8 R. Breuer (Fußn. 6), S. 162.

9 Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz Art. 84 Rdnr. 42.

10 Verneinend H. Fischerhof, Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht, 2. Aufl. 1978, § 7 Rdnr. 25; R. Breuer (Fußn. 6), S. 166; VG Schleswig vom 30. 11. 1979 (10 A 512/76), Urteilsabdruck S. 17; VGH Mannheim vom 30. 3. 1982, Urteilsabdruck S. 542 ff.; BVerwG vom 11. 1. 1985, NVwZ 1985, 341. Bejahend OVG Lüneburg vom 20. 1. 1982 (7 OVG A 119/76) Urteilsabdruck S. 40. P. C. Mayer-Tasch, Das umweltrechtliche Genehmigungsverfahren, in: aus politik und zeitgeschichte 1978, B 17 S. 31; H. Sommer/W. Baumann, Diskussionsbeiträge, 7. Deutsches Atomrechtssymposium, S. 206; G. Winter, Bedürfnisprüfung im Fachplanungsrecht, NuR 1985, 41 (44).

11 P. Henseler, Kompetenzkonflikte paralleler Gestattungsverfahren am Beispiel der Genehmigung von Atomanlagen, DVBl. 1982, 390, m. umfassenden Nachw.; H. Jarass, Konkurrenz, Konzentration und Bindungswirkung von Genehmigungen, Berlin 1984, S. 77 f., konstruiert die Bindungswirkung dagegen unabhängig von der Stellungnahme der Fachbehörde, beschränkt sie dafür aber auf die nuklearspezifischen Fragen.

12 Liegt keine positive Stellungnahme vor, so entsteht für die Fachbehörde keine Bindungswirkung, vgl. BayVGH vom 9. 4. 1979, DVBl. 1979, 673 (677 I. Sp.).

13 Henseler (Fußn. 11) und Breuer (Fußn. 6) neigen zu einer sehr weitgehenden Kompetenztrennung, die aber diese Gesamtbetrachtung aus den Augen verliert.



Atomrechtsbehörde dahin begrenzen müssen, daß eine Verweigerung der atomrechtlichen Genehmigung nur auf eine Gesamtbetrachtung, nicht dagegen allein auf einen bestimmten Fachbereich gestützt werden kann.

Die Frage ist nun, ob, soweit die Atomrechtsbehörde nach § 7 Abs. 2 Ziff. 6 AtG und im Rahmen ihres Ermessens Prüfungs- oder gar Entscheidungskompetenz besitzt, sie insoweit in Bundesauftragsverwaltung oder in landeseigener Verwaltung handelt. Für landeseigene Verwaltung spricht der Zusammenhang der zu berücksichtigenden Gesichtspunkte mit der Entscheidungstätigkeit der (unzweifelhaft landeseigenen verwaltenden) Fachbehörden, desgleichen eine unbefangene Lektüre des Art. 74 Ziff. 11 a GG, der die Bundeskompetenz ja auf die Regelung der nuklearspezifischen Gefahren begrenzt. Für Bundesauftragsverwaltung spräche eine gewisse Komplizierung der Verhältnisse, die entsteht, wenn man Aufsichts- und Weisungsrechte nicht nur »gegenständig« (nach den verschiedenen Verwaltungsakten, für die die Behörde zuständig ist) umgrenzt, sondern zusätzlich »perspektivisch« nach den fachlichen Gesichtspunkten, die zum Erlaß des Verwaltungsakts führen. Treibt man die Differenzierung hier nicht zu weit, müßte sie aber bewältigt werden können. Immerhin hat es bisher ja noch keine größeren Schwierigkeiten gemacht, eine andere »perspektivische« Differenzierung durchzuhalten, nämlich die zwischen der Rechtsaufsicht und der Fachaufsicht im Kommunalrecht. Auch die Kommunalaufsichtsbehörde ist, wenn sie lediglich zur Rechtsaufsicht befugt ist, genötigt, ihre Weisung auf einen Aspekt – eben die Rechtmäßigkeit – zu begrenzen; sie darf z. B. anordnen, daß die Kommunalbehörde von der Rechtmäßigkeit der Befreiung von einem Anschlußzwang ausgehen müsse, nicht aber auch, daß die Zweckmäßigkeit der Befreiung anzunehmen sei.

Im Ergebnis darf eine Weisung des BMI also nicht vorbehaltlos z. B. die Erteilung der Genehmigung anordnen, sondern muß einen Vorbehalt hinsichtlich abweichender Entscheidung aus »landeseigenen Gründen« im Rahmen des § 7 Abs. 2 Ziff. 6 oder des Versagungsermessens anbringen.

#### bb) Überschreitung und Mißbrauch des Weisungsermessens

Zwischen den Ermessensgrenzen für Weisungen und Ermessensgrenzen für das Verhalten der Entscheidungsbehörde ist sorgfältig zu unterscheiden<sup>14</sup>. Als Grenzüberschreitung auf der Weisungsebene kommt insbesondere ein Verstoß gegen den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens in Betracht<sup>15</sup>, der eine Pflicht zur Verständigung und Rücksichtnahme nicht nur den Ländern gegenüber dem Bund, sondern auch dem Bund gegenüber den Ländern auferlegt<sup>16</sup>.

Zwecke des Weisungsermessens, die zu berücksichtigen sind, ergeben sich aus den Motiven für die Einführung der

Bundesauftragsverwaltung allgemein und spezifisch im Bereich der friedlichen Kernenergienutzung. Motive waren die Vermeidung von Zweigleisigkeit bei Genehmigungsverfahren<sup>17</sup>, die Beachtung internationaler Verpflichtungen der Nonproliferation und die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit angesichts seinerzeitiger Entwicklung von Landesatomgesetzen<sup>18</sup>. Diesen Zielen widerspräche es z. B., wenn Weisungen in verschiedenen Ländern (etwa wegen unterschiedlicher Akzeptanz) verschiedene Sicherheitsstandards praktizieren würden.

Die Zwecke des Weisungsermessens sind von denen des Entscheidungsermessens der Genehmigungsbehörde zu unterscheiden. Jene rechtfertigen eine bestimmte bundesstaatliche Kompetenzverteilung, diese dagegen eine bestimmte Befugniszuweisung im Verhältnis Staat-Bürger<sup>19</sup>. Allerdings kann es inhaltliche Überschneidungen geben (wie die Beachtung internationaler Verpflichtungen), die jedoch nichts an dem Unterschied der rechtsdogmatischen Funktion ändern.

#### b) Fremdbestimmte Rechtswidrigkeit

Ordnet eine Weisung ein Verhalten an, das selbst rechtswidrig ist, so wird dadurch auch die Weisung rechtswidrig<sup>20</sup>; denn die Bundesauftragsverwaltung befreit die Bundesexekutive nicht von der Bindung an die Gesetze.

Rechtswidrig ist das angewiesene Verhalten – die Entscheidung oder das Unterlassen der Genehmigungsbehörde –, wenn es an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage fehlt, etwa weil das Gesetz verfassungswidrig ist. Man kann das Fehlen einer wirksamen gesetzlichen Grundlage zugleich auch als »eigenbestimmte Rechtswidrigkeit« der Weisung ansehen, und zwar insofern, als es ohne Gesetz eine i. S. des Art. 85 GG das Gesetz ausführende Verwaltung nicht geben und folglich auch eine Weisung nicht zulässig sein kann<sup>21</sup>.

Weiterhin ist das angewiesene Verhalten rechtswidrig, wenn es gegen gesetzliche Gebote oder Verbote verstößt. Soll die Behörde auf Weisung eine Genehmigung erteilen, obwohl die rechtlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, so ist die Weisung rechtswidrig<sup>22</sup>. Ordnet die Weisung dagegen eine bestimmte Ermessensausübung an, die Ermessenszweck und -grenzen einhält, so ist sie rechtmäßig, auch wenn die Genehmigungsbehörde ihr Ermessen an sich auf andere Weise ausüben wollte.

## 2. Rechtsschutz gegen Weisungen

Für den Rechtsschutz kommen zwei Rechtswege in Betracht: der Bund-Länder-Streit vor dem Bundesverfas-

14 Unklar insofern *Ost/Pelzer* (Fußn. 2), S. 24: Die Beachtung der Ziele des § 1 AtG gehören zum zweiten Bereich, nicht, wie die Autoren anzunehmen scheinen, zum ersten.

15 So auch die »Arbeitsgruppe hessische Atomenergiepolitik« in ihren Empfehlungen, veröff. in FR vom 1. 6. 1985 S. 10, in Abschnitt B I 2 e.

16 BVerfG vom 21. 5. 1952, E 1, 299; zu denken gibt ein Hinweis von L. *Gebhard*, Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reiches, München 1932, Art. 48 Anm. 3 a (S. 247), nach dem nicht jeder politische Zweck einer augenblicklich herrschenden Reichstagsmehrheit ein Gemeinzwirk des Reiches sei, dem die Länder ihre politischen Zwecke ohne weiteres unterzuordnen hätten.

17 BT-Drucks. II 3026, S. 34 f.; andererseits wurde bundeseigene Verwaltung explizit abgelehnt (aaO, S. 18), was für § 23 AtG, der bundeseigene Verwaltung einführt, bedeutsam ist.

18 AaO, S. 18.

19 Diesen Unterschied scheinen *Ost/Pelzer* (Fußn. 2) zu übersehen, wenn sie die Beachtung des Schutz- und Förderungszweckes als Gebot des Weisungsermessens auffassen.

20 So für kommunalaufsichtliche Weisungen OVG Münster vom 22. 4. 1959, DÖV 1959, 833 (834); s. auch *Ost/Pelzer* (Fußn. 2), S. 24 f.

21 So wohl die Empfehlungen der Arbeitsgruppe hessische Atomenergiepolitik (Fußn. 15) unter BI 4 a. Die Arbeitsgruppe bezweifelt, daß das AtG über die in industriellem Maßstab betriebene Plutoniumwirtschaft mitentschieden habe.

22 Umgekehrt ist sie natürlich rechtmäßig, wenn sie rechtswidriges Verhalten korrigiert.



sungsgericht oder ein solcher vor dem Bundesverwaltungsgericht.

Das Bundesverfassungsgericht entscheidet nach Art. 93 Abs. 1 Ziff. 3 GG

»bei Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder, insbesondere bei der Ausführung von Bundesrecht durch die Länder und bei der Ausübung der Bundesaufsicht«.

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet

»über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art zwischen dem Bund und den Ländern« (§ 50 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO).

Als Klagearten kommen im letzteren Fall die üblichen gem. §§ 42, 43 VwGO, also etwa eine Anfechtungs- oder Feststellungsklage des Landes gegen den Bund in Betracht<sup>23</sup>.

Auf beiden Rechtswegen ist erforderlich, daß das Land geltend macht, durch die Weisung in seinen Rechten verletzt zu sein. Administrative oder politische Meinungsverschiedenheiten ohne einen solchen Bezug auf eigene Rechte scheiden also aus. Die möglicherweise verletzten Rechte müssen im ersten Fall verfassungsrechtlicher<sup>24</sup>, im zweiten verwaltungsrechtlicher Art sein<sup>25</sup>.

Ich werde dies zunächst für die eigenbestimmte, dann für die fremdbestimmte Rechtswidrigkeit von Weisungen untersuchen.

#### a) Rechtsschutz bei eigenbestimmter Rechtswidrigkeit

Unter »Rechten« i. S. des Art. 93 Abs. 1 Ziff. 3 GG sind, wie § 65 BVerfGG zeigt, auch Zuständigkeiten zu verstehen<sup>26</sup>. Nach Art. 83 GG steht den Ländern, soweit es die Ausführung von Bundesgesetzen angeht, die Regelzuständigkeit im Verwaltungsbereich zu; dadurch wird Art. 30 GG konkretisiert. Für die Ausführung von Landesgesetzen folgt die – ausschließliche<sup>27</sup> – Zuständigkeit der Länder unmittelbar aus Art. 30 GG.

In diese Regelzuständigkeit greift eine Weisung rechtswidrig ein, wenn sie gegen die Voraussetzungen des Art. 85 GG verstößt oder den grundgesetzlich (z. B. durch

Art. 87 c GG) abgesteckten Sachbereich der Auftragsverwaltung überschreitet<sup>28</sup>.

Die administrative Regelzuständigkeit ist i. S. des § 64 BVerfGG als durch das Grundgesetz, nämlich Art. 83 GG, übertragen anzusehen. Sie stellt insofern ein verfassungsrechtliches Rechtsverhältnis zum Bund dar. Allerdings wird die dieses Rechtsverhältnis modifizierende Bundesauftragsverwaltung nicht unmittelbar durch das Grundgesetz (Art. 87 c GG), sondern durch einfaches Gesetz (§ 24 AtG) begründet. Deshalb ist zu erwägen, ob eine Weisung, die den Bereich der Auftragsverwaltung überschreitet, nicht doch in ein einfachgesetzlich umgebildetes Rechtsverhältnis eingreift, mit der Folge, daß gem. § 50 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO das BVerwG zuständig ist.

Das Problem wird lösbar mit Hilfe der Grundsätze, die das BVerfG im Urteil über den Staatsvertrag zur Studienplatzvergabe entwickelt hat. Das Gericht meint: »... nicht alle Ansprüche zwischen ihnen (scil. den Ländern, gleichzustellen: einem Land und dem Bund, G. W.) gründen in diesem verfassungsrechtlichen Grundverhältnis. Geltendgemachte Ansprüche können in einem engeren Rahmen wurzeln, ... Man muß also das verfassungsrechtliche Fundament ... von den vom Land unternommenen selbständigen, in herkömmlichen Rechtsfiguren des Handelns bestehenden Schritten zur Verwirklichung einer verfassungsmäßigen Ordnung unterscheiden<sup>29</sup>.«

Allerdings muß dieses konkretisierte Rechtsverhältnis durch Gesetz oder – wie im Fall – durch Staatsvertrag mit einer gewissen Intensität ausgestaltet sein. Dafür genügt es nicht, wenn § 24 AtG lediglich die Auftragsverwaltung einführt, während deren Umfang und Gehalt gänzlich verfassungsrechtlich (durch Art. 74 Nr. 11 a, 85 GG) bestimmt bleiben. § 24 AtG wendet ein verfassungsrechtlich vorkonstruiertes Rechtsverhältnis auf einen Sachbereich an, gestaltet es jedoch nicht um. Es bleibt deshalb dabei, daß dieses Rechtsverhältnis ein verfassungsrechtliches ist. Für den Rechtsschutz gegen Weisungen, die dieses Rechtsverhältnis verletzen, ist deshalb das BVerfG zuständig.

#### b) Fremdbestimmte Rechtswidrigkeit

Auch bei Rechtswidrigkeit der Weisung wegen Rechtswidrigkeit des angewiesenen Verhaltens kommt als verletztes Recht die administrative Regelzuständigkeit des Landes in Betracht. Man könnte dies bejahen mit der Konstruktion, daß der Bereich der Bundesauftragsverwaltung nicht nur gegenständlich (d. h. nach Sachbereichen) begrenzt ist, sondern auch modal: Er erstreckt sich nur auf rechtmäßiges Handeln des Landes, nicht auch auf rechtswidriges. Die Rolle von Weisungen bestünde hiernach darin, rechtswidriges Handeln des Landes auf den gesetzlichen Weg zu bringen und unter mehreren Möglichkeiten rechtmäßigen Handelns auszuwählen, nicht aber, letztlich zu determinieren, was in rechtlichen Zweifelsfragen als rechtmäßig gelten soll. Die Gegenmeinung müßte konstruieren, daß Auftragsverwaltung das Letztentscheidungsrecht über juristische Zweifelsfragen mitumfaßt, freilich dann zusätzlich auch das Recht, letztlich rechtswidriges Handeln zu veranlagen.

23 Die Klageart ist für § 50 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO entgegen *Eyer- mann/Fröhler*, Verwaltungsgerichtsordnung, 8. Aufl. 1980, § 50 Rdnr. 3, nicht zuständigkeitsbestimmend. Wann für Bundesländer-Streitigkeiten in erster Instanz das BVerwG zuständig ist, bestimmt sich für die Abgrenzung gegen den Rechtsweg zum BVerfG vielmehr nach dem verfassungs- oder verwaltungsrechtlichen Charakter des Streits (dazu s. sogleich) und für die Abgrenzung zu den »landläufigen Verwaltungsstreitigkeiten« mit erstinstanzlicher Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte danach, ob der Streit um die Reichweite der beiderseitigen Hoheitsbefugnisse geht (BVerwG, NJW 1977, 163; BayVBl. 1980, 473).

24 Vgl. §§ 69, 64 Abs. 1 BVerfG. Der Antragsteller muß geltend machen, daß er »durch eine Maßnahme ... des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist«.

25 Vgl. § 42 Abs. 2 VwGO. Nach § 40 VwGO müßte im Prüfungsschema zwar zunächst nach der »Streitigkeit« und deren verwaltungsrechtlicher Qualität gefragt werden. Beim Bundesländer-Streit geht es jedoch von vornherein nur um die Abgrenzung von Rechten, so daß »Streitigkeit« und »Recht« gemeinsam geprüft werden können.

26 *Ulsamer*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 64 Rdnr. 6.

27 *Lerche*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz Art. 83, Rdnr. 25.

28 Zwar gibt es jenseits der Bundesauftragsverwaltung neben der landeseigenen Verwaltung noch die bundeseigene und die gesetzessfreie Bundesverwaltung (zu dieser: *Lerche*, aaO, Rdnrn. 15, 18, 29); da die Weisungen im vorliegenden Fall aber auf Landesbehörden einwirken, ist ersichtlich nur der Bereich der landeseigenen Verwaltung berührt.

29 BVerfG vom 7. 4. 1976, E 42, 103, 113 und 115.



Es liegt nahe, auf der Suche nach Gründen für die eine oder andere Alternative eine Parallele zum Kommunalaufsichtsrecht zu ziehen. Hier gehört es zum tradierten dogmatischen Bestand, daß eine Weisung im Bereich der Auftragsverwaltung nicht in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde eingreifen kann und deshalb mangels »Außenwirkung« kein Verwaltungsakt ist<sup>30</sup>. Allerdings war dieser Grundsatz schon selbst nie unbestritten. Die mögliche Außenwirkung wurde schlicht darin gesehen, daß die Weisung nicht zwischen Organen einer juristischen Person, sondern von einer juristischen Person an eine andere ergoht<sup>31</sup>. Eine jüngere Kritik verweist auf den möglichen Eingriff der Weisung in die der Gemeinde auch unter Bedingungen der Auftragsverwaltung zustehende Organisationsgewalt<sup>32</sup>. Schließlich wird der Grundsatz teilweise landesrechtlich durchbrochen. Nach Art. 109 Abs. 2 Satz 2 BayGO kann die Gemeinde sich im Ermessensbereich in beschränktem Umfang auf ihre Rechtssubjektivität berufen<sup>33</sup>, und die nordrhein-westfälische Konzeption der Pflichtaufgaben nach Weisung eröffnet sogar ausnahmslos die Anfechtungsklage von Gemeinden gegenüber staatlichen Weisungen (§ 112 GO NW)<sup>34</sup>.

Ergibt also der Blick auf das Kommunalrecht keineswegs eindeutige Strukturen, so ist im übrigen zweifelhaft, ob eine solche Parallele überhaupt gezogen werden dürfte. Zwar ist der Vorläufer der Bundesauftragsverwaltung, nämlich die Reichsauftragsverwaltung der Weimarer Verfassung, in Analogie zur Wahrnehmung staatlicher Auftragsangelegenheiten durch Gemeindeorgane geprägt worden<sup>35</sup>, doch wurde in den Beratungen zum Grundgesetz die Eigenständigkeit der Länder stärker betont:

»Inzwischen war durch die nationalsozialistische Handhabung des »Führerprinzips« die zentralstaatliche Verwaltung in Mißkredit geraten. Das macht sich in den Formulierungen von Herrenchiemsee geltend. Statt von Bundesauftragsverwaltung wird von »Landesverwaltung nach Weisung« gesprochen. Betont wird, daß die Behördenorganisation Sache der Länder bleiben soll; die Bundesregierung soll nicht in die Personalpolitik eingreifen und keine Dienststrafgewalt haben. Diese mehr föderalistische Grundauffassung hat sich, obwohl man im Parlamentarischen Rat zu dem Begriff »Auftragsverwaltung« zurückgekehrt ist, bis in die endgültige Fassung des Art. 85 erhalten. Die hier geregelte Form des Zusammenwirkens zwischen Bund und Ländern erscheint nicht, wie die »Reichsauftragsverwaltung« der Reichsreformbewegung, als Bundesverwaltung, bei der die Behörden der Länder als Organe benutzt werden, sondern als Landesverwaltung, die in stärkerem Maße einer Kontrolle des Bundes unterworfen ist<sup>36</sup>.«

Wenn man schon eine kommunalaufsichtsrechtliche Parallele zieht, läge nach der historischen Entwicklung das nordrhein-westfälische Modell der Pflichtaufgaben nach

Weisung am nächsten, das Modell, wie erwähnt, das Weisungen durchweg als Verwaltungsakte qualifiziert.

Im übrigen zählen spezifisch auf den Charakter eines Bundesstaats abhebende Argumente. Das Denken von den Ländern her, das in Art. 30 und 83 GG vorgeschrieben wird, m. a. W. die Strukturierung des Bundes aus föderalen statt unitarischen Prinzipien verbietet es anzunehmen, daß sich die Länder rechtswidrige Weisungen gefallen lassen und rechtsschutzlos ausführen müßten. Wäre es anders, so wäre auch unverständlich, warum die Weisung nicht direkt an die zuständigen untergeordneten Landesbehörden, sondern grundsätzlich nur an die obersten Landesbehörden ergoht darf<sup>37</sup>. Schließlich ergibt sich auch aus Art. 93 Abs. 1 Ziff. 3 GG ein entscheidender Hinweis: Wenn dort als Hauptfall der Bund-Länder-Streitigkeit Meinungsverschiedenheiten bei der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder und bei der Ausübung der Bundesaufsicht genannt werden, so steckt darin die Prämisse, daß es sich in diesem Bereich der Unterordnung der Länder unter den Bund um eine besonders prekäre Stelle handelt, für die institutionell durch Einrichtung einer Schlichtungsinstanz vorgesorgt werden muß. Wie selbstverständlich geht auch Art. 93 Abs. 1 Ziff. 3 GG davon aus, daß es gerade in diesem Bereich um Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten gehen kann. Wann aber, so wäre zu fragen, sind solche Meinungsverschiedenheiten bedeutsamer, als wenn von einem Land ein nach dessen Auffassung rechtswidriges Handeln verlangt wird.

Wenn somit anzunehmen ist, daß fremdbestimmt rechtswidrige Weisungen das Land in seiner administrativen Regelzuständigkeit, also in seinen »Rechten« verletzen, ist wiederum zu fragen, ob damit *verfassungsrechtliche* Rechte verletzt sind.

Die Antwort muß, meine ich, anders ausfallen als bei den eigenbestimmt rechtswidrigen Weisungen. Ob das angeordnete Verhalten rechtswidrig ist, richtet sich ganz und gar nach dem einfachen Recht, hier dem Atomrecht. Akzeptiert man, daß die Auftragsverwaltung ihre *rechtlich relevanten* Grenzen nicht nur im Gegenstandsbereich, sondern auch im Modus (d. h. der rechtlichen Qualität) des angeordneten Verhaltens hat, so muß man auch anerkennen, daß die Ausgestaltung dieser Grenzen ganz überwiegend durch einfaches Recht erfolgt. Es liegt deshalb der dem Staatsvertragsurteil<sup>38</sup> verwandte Fall vor, daß ein verfassungsrechtliches Grundverhältnis verwaltungsrechtlich selbständig konkretisiert wird.

Zuständig ist folglich das BVerwG. Kommt das Gericht zu der Auffassung, daß das Gesetz richtig angewandt worden, jedoch selbst verfassungswidrig ist, so muß es gem. Art. 100 GG die Entscheidung des BVerfG einholen. Wird mit der Klage nach § 50 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO nicht nur fremdbestimmte, sondern auch eigenbestimmte Rechtswidrigkeit gerügt, so muß das BVerwG die Sache insoweit dem BVerfG zur Entscheidung vorlegen, weil es sich um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit handelt<sup>39</sup>.

30 BVerwG vom 27. 2. 1978, NJW 1978, 1820; BVerwG vom 28. 12. 1957, E 6, 101 (102).

31 H. J. Wolff / O. Bachof, Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 1974, § 46 VII b.

32 E. Schmidt-Jortzig, Rechtsschutz der Gemeinden gegenüber fachaufsichtlichen Weisungen bei der Fremdverwaltung – BVerwG, NJW 1978, 1820 –, JuS 1979, 488 (490).

33 BayVGH vom 20. 9. 1976, DVBl. 1978, 148 (149).

34 OVG Münster vom 15. 7. 1958, E 13, 356 (359 f.); v. Loebell, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, § 112 Anm. 3.

35 Herrfabrdt, in: Bonner Kommentar, Art. 85 Anm. I.

36 Herrfabrdt (Fußn. 35), Art. 85 Anm. I.

37 Vgl. auch BVerwG vom 26. 6. 1981, E 62, 342 (344): »In dem dadurch (scl. durch die Auftragsverwaltung) gezogenen Rahmen erfüllen die Länder ... zwar Bundesaufgaben; sie tun dies aber – dem Wesen der Auftragsverwaltung entsprechend – aus eigener und selbständiger Verwaltungskompetenz.« Ebenso BVerwGE 52, 226, 228 f.

38 Vgl. oben zu Anm. 29.

39 Nach h. M. muß das BVerwG, wenn das BVerfG dies bejaht, die Klage insoweit abweisen. Das Land muß erneut Antrag gem. Art. 93 Abs. 1 Ziff. 3 GG beim BVerfG stellen (vgl. F. O.



Die Klage vor dem BVerwG hat als Anfechtungsklage<sup>45</sup> gem. § 80 VwGO aufschiebende Wirkung. Dasselbe ist

wegen der Ähnlichkeit mit der Anfechtungsklage für den Antrag beim BVerfG anzunehmen<sup>41</sup>.

Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Aufl. 1984, § 50 Rdnr. 10 m. w. N.). Für die praktikablere Möglichkeit einer (das BVerfG nicht bindenden) Verweisung spricht sich aus: M. Sachs, Die Vorlage an das Bundesverfassungsgericht bei Bundesländer-Streitigkeiten, DÖV 1981, 707.

40 Vgl. oben Fußn. 23.

41 Vgl. dazu auch H. Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, (1923) 1965, S. 82 und 61, nach dem die Anrufung des StGH gegen Rechtsaufsichtsmaßnahmen aufschiebende Wirkung habe, weil es gerade um die Feststellung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme gehe.

## DIE ENTWICKLUNG DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

### Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle

Bericht über ein Göttinger Symposium

Von Privatdozent Dr. Hermann Hill, Kiel

Vom 30. 5. bis 1. 6. 1985 veranstalteten die Professoren Dres. Volkmar Götz, Hans Hugo Klein und Christian Starck i. V. mit der Niedersächsischen Landesregierung in der Georg-August-Universität zu Göttingen ein Symposium zum Thema »Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle«. Der relativ kleine Kreis (ca. 30) der Teilnehmer aus der Wissenschaft, der Landes- und Kommunalverwaltung sowie von Bundes- und Landesgerichten gestattete eine intensive Diskussion. Dies lag nicht zuletzt daran, daß allen Beteiligten die schriftliche Fassung der Referate schon ausreichende Zeit vor der Tagung zugegangen war. Die Aufmerksamkeit, die das Thema im politischen Bereich fand, wurde durch die Anwesenheit des Niedersächsischen Ministers des Innern, Dr. Egbert Möcklinghoff und des Niedersächsischen Ministers für Kultus, Dr. Georg-Berndt Oschatz, sowie durch die Beteiligung des Vorsitzenden des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Herbert Helmrich, MdB, dokumentiert. Weitere nützliche Anstöße erfuhren die Beratungen durch die Teilnahme von Experten aus den USA, der Schweiz, Großbritanniens und Japans. Eine ausführliche Einführung in das Thema der Tagung gab Professor Dr. Starck. Als eine wesentliche Ursache für Gesetzesflut und Kontrolldichte sah er vor allem die Auslegung der Grundrechte durch Wissenschaft und Rechtsprechung an. Als Abhilfemaßnahme zur Erweiterung des Handlungsspielraums der Verwaltung schlug er etwa vor, zu prüfen, ob nicht die Verwaltungsgerichte der Verwaltung »mehr Kompetenz zum Letztentscheid« lassen müßten. Weitere Vorschläge befaßten sich mit Organisation und Verfahren der Verwaltung.

Zum Thema »Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen« referierte am ersten Tag Professor Dr. Fritz Ossenbühl, Bonn. Er wandte sich gegen die verbreitete These, die Ausweitung des Gesetzesvorbehalts sei Ursache für zunehmende Gesetzesflut und gerichtliche Kontrolldichte. Zum einen bestünden Normdefizite in grundlegenden Fragen (Arbeitskampfrecht, Errichtung von Atomkraftwerken, Staatshaftungsrecht), zum anderen führe eine Einschränkung des Gesetzesvorbehalts nur dazu, daß Normen, von anderen Stellen ausgehend, die Masse der Normen daher insgesamt gleich bliebe, sich wahrscheinlich sogar erhöhe. Ein Grund sei die Angewiesenheit der Verwaltung auf formalisierte Entscheidungsprogramme. Ähnliches gelte für die Kontrollmaßstäbe. Wenn der Gesetzgeber sie nicht gäbe, schufen sie sich die Gerichte selbst. Ossenbühl unterschied im weiteren zwischen Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt und stellte insofern die Frage nach ausschließlichen Parlamentskompetenzen, übertragbaren Parlamentskompetenzen und originären Exekutivkompetenzen. Der Gesetzesvorbehalt werde aus zwei verfassungsrechtlichen Quellen gespeist, dem Rechtsstaatsprinzip und dem Demokratiebot. Der rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt erfasse

die ausschließlichen und übertragbaren Parlamentskompetenzen, der demokratische Gesetzesvorbehalt hingegen nur die ausschließlichen Parlamentskompetenzen. Kritisch wandte sich Ossenbühl der sog. Wesentlichkeitstheorie zu. Dabei wies er auch auf die neue beachtenswerte Konzeption hin, die das BVerfG im Raketenstationierungs-Urteil (DVBl. 1985, 226) im Anschluß an den Kalkar-Beschluß (BVerfGE 49, 89) entwickelt habe. Danach komme es für staatliche Entscheidungen nicht auf ein Höchstmaß an demokratischer Legitimation an, sondern vor allem darauf, daß sie »möglichst richtig, d. h. von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen«.

Die Frage nach den Grenzen des Gesetzesvorbehalts ist nach Ossenbühl die Frage nach der Regelungsbefugnis und sogleich nach der Regelungspflicht des Gesetzgebers. Die Problemstellung laute also nicht nur: Wie weit darf der Gesetzgeber regeln, sondern auch, wie weit muß der Gesetzgeber sinnvollerweise regeln? Beide Grenzen nähmen einen unterschiedlichen Verlauf. Er unterschied zwei Gruppen von Vorbehaltsgrenzen, verfassungsrechtliche und sachstrukturelle. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Grenzen sei zwischen Regierungsvorbehalten und Verwaltungsvorbehalten zu unterscheiden, die nicht allgemein, sondern nur bereichs- und abschnittsweise festgestellt werden könnten. Zu den Regierungsvorbehalten zählte er die interne Willensbildung der Regierung, außenpolitische Kompetenzen, Personalhoheit und Initiativbereich der Regierung, zu den Verwaltungsvorbehalten insbesondere den Selbstverwaltungsvorbehalt, die Vollzugsgewalt, die Organisationsgewalt, die exekutive Normsetzungsgewalt und die exekutive Komplementärgewalt, die durch Permanenz, Ubiquität und Präsenz, gewisse Notkompetenzen oder ein Recht des ersten Zugriffs gekennzeichnet sei. Abgesehen von Selbstverwaltungsvorbehalten beinhalteten diese Verwaltungsvorbehalte jedoch lediglich »Restkompetenzen«, die dem parlamentarischen Zugriffsrecht verhaftet blieben, also der Verwaltung keine absolute Vorbehaltssubstanz vermitteln könnten. Sachstrukturelle Grenzen des Gesetzesvorbehalts sah Ossenbühl in Sachbereichen ohne Regelungsreife, in regelungsfeindlichen Sachbereichen sowie in persönlichkeitsgeprägten Beziehungen, wie sozialen Diensten, dem Lehrer-Schüler-Verhältnis oder künstlerischen Tätigkeiten.

Das anschließende Referat von Professor Dr. Hans-Jürgen Papier, Bielefeld, zum gleichen Thema stand ganz im Zeichen einer Kritik an der vom BVerfG praktizierten Wesentlichkeitstheorie. Sie werde in doppelter Weise herangezogen. Zum einen diene sie der Bestimmung der vom Gesetzesvorbehalt erfaßten Gegenstände oder Sachbereiche, zum anderen werde sie zur Ermittlung des Umfangs und der Dichte einer notwendig parla-