

Fall zu den Verwaltungskompetenzen

Sachverhalt

Die Strahl-AG betreibt Kernkraftwerke zur Stromerzeugung und errichtet seit einigen Jahren in K im Bundesland L ein neues Kernkraftwerk des Typs „Super-Phoenix“ zum Eigenbetrieb. Der zuständige Landesumweltminister erteilte hierzu seit Mitte der achtziger Jahre mehrere Teilerrichtungsgenehmigungen, auf deren Grundlage wesentliche Teile des Kernkraftwerks errichtet worden sind. Die Inbetriebnahme hängt vorrangig noch von der beantragten Teilgenehmigung für die Einlagerung des Kernbrennstoffs ab. Auf Grund eines Reaktorstörfalls bei einem typähnlichen Kernkraftwerk in der Tschechischen Republik kommen dem inzwischen atomkraftskeptisch gewordenen Landesminister Bedenken; er möchte das Sicherheitskonzept des „Super-Phoenix“ erneut bewerten lassen. Das für die Erteilung der letzten noch erforderlichen Teilgenehmigung erforderliche positive Gesamturteil über die Anlage könne erst getroffen werden, wenn die Hintergründe des Störfalls in der Tschechischen Republik geklärt und bewertet worden seien. Der Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit als atomrechtlich zuständige oberste Bundesbehörde machte dem Landesumweltminister mehrfach deutlich, dass er mit diesem Vorgehen nicht einverstanden sei. Die Verzögerungstaktik der Landesregierung konterkariere das Programm der Bundesregierung, welches den friedlichen Einsatz der Kernenergie aus umweltpolitischen Gründen forcieren. Das positive Gesamturteil für das Kernkraftwerk K liege bereits durch eine ältere Stellungnahme der Kommission für Reaktorsicherheit vor. Der Zwischenfall mit dem tschechischen Atommeiler bringe keine neuen Erkenntnisse. In einer Pressemitteilung droht der Bundesumweltminister der Landesregierung eine bundesaufsichtliche atomrechtliche Weisung an. Daraufhin erhebt das Land fristgerecht vorbeugende Unterlassungsklage zum Verwaltungsgericht gegen die angekündigte Weisung des Bundes; dieser Rechtsstreit ist noch nicht erledigt.

Durch die Veränderung der politischen Mehrheitsverhältnisse im Bund ist die Bundesregierung inzwischen von ihrer atomenergiefreundlichen Haltung abgerückt und hat – um ein Wahlversprechen zu erfüllen – unter Beobachtung durch die Presse direkte Gespräche mit den Betreibern und Produzenten von Atomkraftwerken, darunter auch der Strahl-AG, zwecks eines konsentierten „Atomausstiegs“ eingeleitet. Die Länder wurden an diesen Gesprächen nicht beteiligt. Der Bundesumweltminister verhandelt direkt mit der Atomindustrie über einen Ausstiegsstufen- und Stilllegungsplan hinsichtlich der Kernenergieerzeugung in Deutschland. In einem am 5. Mai 2003 veröffentlichten „Protokoll“ zu diesen informellen Gesprächen, die

auch der Vorbereitung entsprechender Novellen des Atomgesetzes dienen sollen, werden „Restlaufzeiten“ für bestehende Atomkraftwerke zwischen Bundesregierung und Atomindustrie „vereinbart“ sowie ein Baustopp für sämtliche in der Errichtung befindliche Anlagen „festgeschrieben“. Davon wäre auch das Atomkraftwerk K im Land L betroffen.

Da auf Grund einer Landtagswahl auch im Land L die politischen Mehrheitsverhältnisse gewechselt haben, möchte die neue Landesregierung gegen diese „skandalöse Ausschaltung der Länder im Bereich der Exekutive“ gerichtlich vorgehen. Ihre ureigenen administrativen Kompetenzen würden negiert, der Bund verstoße durch die Atomkonsensverhandlungen u.a. mit der Strahl-AG gegen Kernbestimmungen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Der Bund als atomrechtliche Aufsichtsbehörde dürfe die Erkenntnismöglichkeiten des Landes als atomrechtlicher Genehmigungsbehörde hinsichtlich der Bewertung der Chancen und Gefahren der friedlichen Nutzung der Kernenergie durch solches Verhalten nicht beschränken oder determinieren. Es sei Sache des Landes, die Verwirklichung der grundrechtlichen Schutzpflichten den Landesbürgern gegenüber wahrzunehmen; durch die Umgehung des Landes würden daher auch unter diesem Gesichtspunkt „mittelbar“ Rechte des Landes verletzt. Der Bund beruft sich demgegenüber auf die ihm obliegende Verwirklichung grundrechtlicher Schutzpflichten den betroffenen Bürgern gegenüber aus Art. 2 Abs. 2 GG: Nur durch einen vollständigen Ausstieg aus der riskanten, stets mit einem Restrisiko behafteten Atomtechnologie könnten Leib und Leben der Einwohner des Bundesgebiets langfristig geschützt werden. Zudem stehe ohnehin ihm – dem Bund – die Gesetzgebungskompetenz im Atomrecht zu. Es handele sich hier gar nicht um den durch die Art. 83 ff. GG angesprochenen Verwaltungsvollzug von Bundesrecht, wenn ohne Einschaltung der Länder Atomkonsensgespräche geführt würden, die letztlich einer Gesetzesnovelle dienen, denn insofern werde kein Gesetz „ausgeführt“. Zudem erhebt der Bund den Einwand der Rechtshängigkeit, da das Land bereits im Verwaltungsrechtsweg wegen der Differenzen in der Atomaufsicht klage. Überhaupt sei der Verwaltungsrechtsweg und nicht die bloß subsidiär zulässige Einschaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit der richtige Weg.

Mit Schriftsatz vom 5. November 2003 beantragt die Landesregierung des Landes L beim Bundesverfassungsgericht festzustellen, dass der Bund durch die Atomkonsensgespräche mit der Atomindustrie und ihren in dem „Protokoll“ niedergelegten „Ergebnissen“ unter Umgehung der Länder gegen Art. 2 Abs. 2, 30 und Art. 83 ff. GG sowie gegen den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens verstoßen und dadurch Rechte des Landes L verletzt habe.

Bearbeitervermerk: Hat der Antrag der Landesregierung Aussicht auf Erfolg?

Lösung

Der Antrag hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist. Zunächst ist durch Auslegung des Rechtsschutzbegehrens die richtige Verfahrensart zu bestimmen. Das Bundesverfassungsgericht entscheidet nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 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 – sog. Bund-Länder-Streit. Antragsgegenstand ist zwar keine Weisung im Rahmen der Bundesaufsicht, aber auch bei den „Atomkonsensgesprächen“ handelt es sich um Maßnahmen im föderativen Rechtsverhältnis. Ein Organstreitverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG scheidet schon deshalb aus, weil die Landesregierung auch bei der Ausführung von Bundesgesetzen kein Bundesorgan ist. Der Verwaltungsrechtsweg ist nicht eröffnet, da es sich um eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art im Sinne von § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO handelt¹.

Zur Vertiefung: Das Verhältnis zwischen dem Verfassungs- und dem Verwaltungsrechtsweg im Rahmen des *Rechtsschutzes gegen Weisungen bei der Auftragsverwaltung nach Art. 85 GG* ist umstritten und unklar². Materiellrechtlicher Hintergrund ist, dass das Bundesverwaltungsgericht auch eine *inhaltliche* Überprüfung der Weisung, etwa hinsichtlich der Übereinstimmung mit einfachgesetzlichem Atomrecht vornehmen müsste, während das Bundesverfassungsgericht lediglich die in Art. 85 Abs. 3 GG genannten Voraussetzungen überprüft³. Ein Bedürfnis für verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz kann sich etwa – wenn man die Weisung als Verwaltungsakt qualifiziert – aus der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage ergeben. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dürfte es jedoch auch bei inhaltlich rechtswidrigen, etwa gegen einfachgesetzliches Atomrecht verstoßenden Weisungen an der Möglichkeit einer Rechtsverletzung auf Seiten des klagenden Landes fehlen, denn eine solche soll nur in einer verfassungswidrigen Inanspruchnahme der Weisungsbefugnis als solcher liegen, wenn es also etwa überhaupt am Vorliegen von Auftragsverwaltung nach Art. 85 GG fehlt⁴.

¹ BVerfGE 84, 25 (30); *Lerche*, in: Maunz/Dürig u.a., Grundgesetz. Kommentar, Art. 85, Rdn. 53; zu dem (verwaltungsprozessualen) Tatbestandsmerkmal der Streitigkeit „nichtverfassungsrechtlicher Art“ vgl. *Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Auflage 2008, § 11, Rdn. 49 ff.

² *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 7. Auflage 2007, Rdn. 93.

³ BVerfGE 81, 310 (333). Vgl. auch *Lerche*, in: Maunz/Dürig u.a., Grundgesetz. Kommentar, Art. 85, Rdnr. 53.

⁴ Eingehender *Zimmermann*, DVBl. 1992, 93; *Müller/Mayer/Wagner*, VerwArch. 94 (2003), 127 (137); kritisch *Diener*, DÖV 1991, 923; ferner insgesamt *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 3, 5. Auflage 2005, Art. 85, Rdn. 29 ff.

Zur Vertiefung: In dem umgekehrten Fall, dass der Bund seine Weisung dem Land gegenüber durchsetzen will, steht alternativ⁵ zum Bund-Länder-Streit vor dem Bundesverfassungsgericht das Rechtsinstitut des **Bundeszwangs nach Art. 37 GG** zur Verfügung. Die bisher nicht zur Anwendung gelangte Norm dient der Sicherung des Bundesstaatsprinzips. Voraussetzung für die Anwendung der Zwangsmittel ist die Nichterfüllung von Bundespflichten, die das Verhältnis zwischen Bund und Ländern betreffen und im Grundgesetz, nach h. M. auch im ungeschriebenen Verfassungsrecht wie dem Gebot bundesfreundlichen Verhaltens (str.) wurzeln oder durch ein Bundesgesetz einem Land auferlegt werden. Der Bundesrat, nicht hingegen das Bundesverfassungsgericht, muss dem Einsatz der Maßnahmen des Bundeszwangs (Weisungen, Ersatzvornahme, Einsatz von Polizei des betr. Landes) zustimmen. Weitergehende Zwangsmaßnahmen wie der Einsatz der Polizeikräfte anderer Länder, der Bundespolizei, der Bundeswehr oder die Absetzung oder Auflösung von Landesverfassungsorganen überschreiten den Befugnisrahmen, den Art. 37 GG dem Bund einräumt. Der entscheidende Unterschied zu dem Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG (und mittelbar zu einem entsprechenden Bund-Länder-Streit vor dem Bundesverfassungsgericht) liegt darin, dass Art. 37 GG ein Selbsteintrittsrecht des Bundes ermöglicht, der Bund also an Stelle des Landes und mit Wirkung für und gegen das Land Dritten gegenüber unmittelbar handeln kann⁶. Vom Bundeszwang sind wiederum die Fälle der **Bundesintervention** nach Art. 35 Abs. 3 und 91 Abs. 2 GG zu unterscheiden. Keine eigenen Zwangsrechte werden dem Bund durch die **Gewährleistungspflicht nach Art. 28 Abs. 3 GG** eingeräumt.

A. Zulässigkeit des Bund-Länder-Streits, Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG

Zur Vertiefung: *Weitere föderative Streitigkeiten* zur Sicherung des „Bundesfriedens“ sind nach GG und BVerfGG die Verfahren, die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4, §§ 13 Nr. 8, 71 BVerfGG aufgeführt werden⁷:

- der **Bund-Länder-Streit nichtverfassungsrechtlicher Art** gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Variante 1 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8, 71 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG: Die in engerem Sinn verfassungsrechtlichen Streitigkeiten werden bereits von Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG erfasst; der Streitgegen-

⁵ Ossenbühl, Der Staat 28 (1989), 31 (38 f.); Trute, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 3, 5. Auflage 2005, Art. 85, Rdn. 44.

⁶ Ossenbühl, Der Staat 28 (1989), 31 (39).

⁷ Vgl. Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Auflage 2007, Rdn. 97 ff.; Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2. Auflage 2001, Rdn. 1100 ff.

stand muss demnach in Gesetzen oder in Staatsverträgen begründet sein. Dieser Streit ist gegenüber dem nach §§ 40, 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zum Bundesverwaltungsgericht eröffneten Rechtsweg subsidiär, so dass zur Zeit kaum ein Anwendungsbereich ersichtlich ist;

- der **Zwischenländerstreit** gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Variante 2 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8, 71 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG: erfasst sind grundsätzlich verfassungs- und verwaltungsrechtliche Streitigkeiten, die schon ihrer Rechtsnatur nach nicht von der Landesverfassungsgerichtsbarkeit entschieden werden können, da sie über den Verfassungsraum eines einzelnen Landes hinausreichen; für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten ist allerdings auch hier der Verwaltungsrechtsweg zum Bundesverwaltungsgericht gem. §§ 40, 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO⁸ vorrangig⁹.

- der **verfassungsrechtliche Streit innerhalb eines Landes** gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Variante 3 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8, 71 Abs. 1 Nr. 3 BVerfGG: Sofern die Länder einen Rechtsweg zu dem jeweiligen Landesverfassungsgericht eröffnet haben, tritt das hier vorzustellende Verfahren dahinter als subsidiär zurück¹⁰. Diese Subsidiarität ist für jedes Verfahren, für jeden Antrag gesondert zu prüfen mit der Folge, dass das Bundesverfassungsgericht angerufen werden kann, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen etwa in einem Organstreit innerhalb eines Landes nach Landesverfassungsprozessrecht enger gefasst sind als nach dem BVerfGG¹¹.

- davon wiederum *strikt zu unterscheiden* ist die **Zuweisung des Rechtswegs zum Bundesverfassungsgericht mangels Landesverfassungsgerichtsbarkeit durch Landesgesetz** gem. Art. 99 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 10, 73 BVerfGG; dadurch wird eine originäre (keine subsidiäre!) Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts begründet, das Gericht wird im Wege der Organleihe tätig. Bisher hatte nur Schleswig-Holstein durch Art. 44 LVerf. vom 1. August 1990 davon Gebrauch gemacht; mit Gesetz vom 17.10.2006 wurde Art. 44 LVerf. neu gefasst, danach wird ein Landesverfassungsgericht errichtet. Seit dem 1.5.2008 hat Schleswig-Holstein ein Landesverfassungsgericht mit Sitz in Schleswig.

I. Beteiligten-/Parteifähigkeit, § 68 BVerfGG

⁸ Bzw. nach § 39 Abs. 2 SGG das Bundessozialgericht.

⁹ Vgl. aus der Rechtsprechung etwa den Verfassungsrechtsweg bejahend *BVerfGE* 22, 221 – Staatsvertrag Coburg-Bayern; verneinend: *BVerfGE* 42, 103 – ZVS-Staatsvertrag zwischen den Ländern, wegen seines verwaltungsrechtlichen Charakters; *BVerfGE* 62, 295 – Vermögensauseinandersetzung zwischen Waldeck-Pyrmont und dem früher regierenden Haus, wegen des privatrechtlichen (!) Charakters des zugrundeliegenden Vertrags.

¹⁰ *BVerfGE* 90, 40 (42 f.) – Sächsischer Verfassungsgerichtshof.

¹¹ Die Einzelheiten sind hier noch nicht abschließend geklärt, vgl. einerseits (großzügig) *BVerfGE* 4, 375 (377); 60, 319 (323 f.); 93, 195 (202 f.); andererseits (enger) *BVerfGE* 62, 319 (326); *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 7. Auflage 2007, Rdn. 100; *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2. Auflage 2001, Rdn. 1112 ff.

Antragsteller und Antragsgegner im Verfahren des Bund-Länder-Streits können für den Bund nur die Bundesregierung, für ein Land die Landesregierung sein. Die Landesregierung des Landes L ist als Antragstellerin, die Bundesregierung als Antragsgegnerin beteiligtenfähig.

II. Streit-/Antragsgegenstand, §§ 69 i.V.m. 64 Abs. 1 BVerfGG

Antragsgegenstand im Rahmen eines Bund-Länder-Streits kann jede Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners sein, sofern sie sich im bundesstaatlichen Verfassungsrechtsverhältnis zwischen Bund und Ländern abspielt und rechtlich fixiert werden kann. Dies wäre für die atomaufsichtliche Weisung nach Art. 85 Abs. 3 GG ohne weiteres gegeben. Diese bildet jedoch nicht den Angriffsgegenstand im vorliegenden Verfahren. Gleiches muss jedoch auch für die „Atomkonsensgespräche“ zwischen dem Bund und der Atomindustrie einschließlich des Ergebnisprotokolls gelten: Auch hierbei handelt es sich um Handlungen, d.h. um Maßnahmen im föderativen Rechtsverhältnis, die sich einer hinreichenden Fixierung – obgleich es sich um sog. informelles Verwaltungshandeln handelt – letztlich nicht entziehen. Jenseits von etwa getroffenen Vertrauenstatbeständen besteht zumindest eine insoweit ausreichende politische Vorwirkung.

III. Antragsbefugnis, §§ 69 i.V.m. 64 Abs. 1 BVerfGG

Die Landesregierung kann für ihr Bundesland L das Bundesverfassungsgericht nur anrufen, sofern es geltend macht, durch die angegriffene Maßnahme des Bundes in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen und gerade dem Antragsgegner gegenüber bestehenden Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet zu sein, §§ 69 i.V.m. 64 Abs. 1 BVerfGG¹². Dabei genügt es, dass sich aus dem Sachvortrag des Antragstellers die Verletzung oder unmittelbare Gefährdung eines Rechts aus einem Bund und Land umfassenden materiellen Verfassungsrechtsverhältnis als mögliche Rechtsfolge ergibt; die Rechtsposition selbst muss dem Land in der von ihm geltend gemachten Art jedoch zustehen¹³.

Zum Verständnis: Durch den Verweis über § 69 BVerfGG in die Vorschriften über das Organstreitverfahren und damit vor allem auf § 64 BVerfGG hat der verfassungsprozessuale Gesetzgeber deutlich gemacht, dass er den Bund-Länder-Streit (wie den Organstreit) als kontradiktorisches Streitverfahren verstanden wissen will; zwar ist in Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG lediglich von „Meinungsverschiedenheiten“ die Rede (und nicht von „Streitigkeiten“ wie in

¹² Vgl. *Benda/Klein*, Verfassungsprozeßrecht, 2. Auflage 2001, Rdn. 1061; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 2. Auflage, 2006, Rdnr. 440 f.

¹³ Vgl. *BVerfGE* 81, 310 (329) – Kalkar II.

Nr. 1), andererseits wird durch die Erwähnung von „Rechten und Pflichten“ (von Bund und Ländern) ein Gegenseitigkeitsverhältnis angesprochen, das – wie die Beispielsfälle für Streitigkeiten: Bundesaufsicht und Ausführung von Bundesrecht, zeigen – den Charakter eines materiellen Verfassungsrechtsverhältnisses besitzt¹⁴.

1. Berufung auf „Rechte“ aus Art. 83 ff., 30 GG

Das Land L beruft sich zunächst auf seine föderativen Kompetenzen aus Art. 83 ff. GG und aus der allgemeinen Regel des Art. 30 GG. Solche Kompetenzen sind „Rechte“ i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG und §§ 69 i.V.m. 64 BVerfGG, denn trotz des Erfordernisses einer Antragsbefugnis handelt es sich beim Bund-Länder-Streit insofern um eine Prozessart mit primär objektivem Verfahrenszweck¹⁵. Auch der Grundsatz der Bundestreue (oder des bundesfreundlichen Verhaltens) ist als ungeschriebener Verfassungsrechtssatz geeignet, die Antragsbefugnis zu begründen, sofern – wie hier – mit dem bundesstaatlichen Rechtsverhältnis bereits ein rechtlicher Rahmen besteht¹⁶.

Zum Verständnis: Umstritten und noch nicht abschließend geklärt ist, ob und inwieweit die hier angesprochenen bundesstaatlichen Kompetenzpositionen auch „subjektive (Verfassungs-)Rechte“ der Länder darstellen¹⁷. Zumindest *prozessual* handelt es sich um Rechtspositionen, die eine Antragsbefugnis im Bund-Länder-Streit im Falle ihrer Gefährdung oder Verletzung begründen können. Das durch Kompetenzabgrenzungen geformte föderative Verfassungsrechtsverhältnis zwischen Bund und Ländern darf aber nicht mit den Freiheitssphären abgrenzenden subjektiv-öffentlichen (Grund-)Rechten des Staat-Bürger-Verhältnisses verwechselt werden. Insofern kann auch nicht mit einer Figur wie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot)¹⁸ oder mit dem Gedanken des Einsatzes des „mildesten Mittels“¹⁹ in diesem bundesstaatlichen Verhältnis argumentiert werden, denn die Kategorien von „Freiheit“ und „Eingriff“ passen in der bundesstaatlichen Kompetenzsphäre von vornherein nicht²⁰. Es wäre auch nicht sachgerecht, in Bezug auf Art. 30 GG in Anlehnung an eine grundrechtliche Terminologie von „Schutzbereich“ und „Eingriff“ zu sprechen.

¹⁴ Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2. Auflage 2001, Rdn. 1055 f.

¹⁵ BVerfGE 41, 291 (311); Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2. Auflage 2001, Rdn. 1058.

¹⁶ BVerfGE 42, 103 (117); 81, 310 (337); 86, 148 (263 f.); Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Auflage, 2006, Rdnr. 454.

¹⁷ Dazu kritisch Müller/Mayer/Wagner, VerwArch. 93 (2002), 585.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 79, 311 (341 ff.).

¹⁹ Vgl. BVerfGE 67, 256 (289).

²⁰ BVerfGE 81, 310 (338) – Kalkar II.

2. Berufung auf Grundrechte?

Fraglich erscheint hingegen, ob sich das Land L auch – und sei es „stellvertretend“ für seine Bürger – auf Grundrechte berufen kann. Grundrechte können den Ländern als juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht zustehen²¹. Soweit für prozessuale Grundrechte – wie etwa das Recht auf rechtliches Gehör oder den gesetzlichen Richter, Art. 103 Abs. 1; 101 Abs. 1 Satz 2 GG – etwas anderes gilt, bestimmen diese zumindest nicht das hier in Rede stehende Bund-Länder-Verhältnis mit²². Die Berufung auf Grundrechte kann auch nicht mit dem Argument erfolgen, diese seien letztlich „negative Kompetenznormen“. Auch jede Art von „Prozessstandschaft“, um Grundrechte der Landesbürger zur Geltung zu bringen, scheidet aus, denn nach deutschem Verfassungsprozessrecht hat der mündige Bürger seine Grundrechte selbst geltend zu machen²³.

Zum Aufbau: Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage, ob sich *das Land* auf Grundrechte (seiner Bürger) berufen kann, in seiner Kalkar-II-Entscheidung²⁴ nur in der Begründetheitsprüfung behandelt. Logisch vorrangig ist sie jedoch bereits im Rahmen der Antragsbefugnis relevant, zumal wenn sich das antragstellende Land ausdrücklich auf Grundrechtspositionen beruft.

3. Zwischenergebnis

Die Antragsbefugnis ergibt sich aus einer möglichen Verletzung oder Gefährdung der bundesstaatlichen Rechtsstellung des Landes L aus Art. 30, Art. 85 GG und dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens.

IV. Formerfordernisse

Anträge, die das Verfahren einleiten, sind nach § 23 Abs. 1 BVerfGG schriftlich beim Bundesverfassungsgericht einzureichen und zu begründen. Der Antrag der Landesregierung des Landes L erfüllt diese Voraussetzungen.

V. Fristen

²¹ BVerfGE 61, 82 (100 ff.) – Sasbach.

²² Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2. Auflage 2001, Rdn. 1064.

²³ BVerfGE 81, 310 (334) – Kalkar II; teilweise abweichend noch im ersten Fernsehstreit (in Bezug auf die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG) – BVerfGE 12, 205 (259); ferner BVerfGE 13, 54 (79 f.); dagegen zutreffend Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2. Auflage 2001, Rdn. 1064; siehe zu den Besonderheiten bei der prozessualen Durchsetzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts Fall 7.

²⁴ BVerfGE 81, 310 – Kalkar II.

Der Antrag im Bund-Länder-Streit muss innerhalb von sechs Monaten, nachdem die beanstandete Maßnahme dem Antragsteller bekannt geworden ist, gestellt werden, §§ 69 i.V.m. 64 Abs. 3 BVerfGG. Das Protokoll, das die Ergebnisse der „Atomkonsensgespräche“ zusammenfasst, wird laut Sachverhalt am 5. Mai 2003 veröffentlicht und wird damit der Landesregierung bekannt. Die Landesregierung des Landes L stellt am 5. November des gleichen Jahres den Antrag. Zu prüfen ist, ob die Sechsmonatsfrist hier eingehalten wurde. Für die Fristberechnung sind nach ganz h.M.²⁵ die Vorschriften der ZPO und über § 222 Abs. 1 ZPO die Vorschriften des BGB ergänzend heranzuziehen. Der Fristenlauf beginnt gem. §§ 222 Abs. 1 ZPO, 187 Abs. 1 BGB am 6. Mai 2003 und endet gem. § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB mit Ablauf des 5. November 2003. Die Frist ist damit gewahrt.

VI. Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit

Nach allgemeinen prozessrechtlichen Maximen (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG) sind Klagen nur zulässig, wenn sie nicht bereits anderweitig rechtshängig, d.h. bei einem anderen Gericht anhängig sind²⁶. Erforderlich ist in jedem Fall eine Identität der Streitgegenstände, d.h. die Klage muss zum gleichen Gegenstand von den gleichen Beteiligten erhoben worden sein. Unabhängig von der Frage, ob die Verfassungsgerichtsbarkeit als sich der Fachgerichtsbarkeit entziehende besondere Streitentscheidungsinstanz an ein solches prozessuales Erfordernis überhaupt gebunden ist, fehlt es vorliegend schon an dieser Voraussetzung: Gegenstand des anhängigen verwaltungsrechtlichen Streits ist die atomaufsichtliche Weisung der Bundesregierung, nicht die Rechtmäßigkeit der „Atomkonsensverhandlungen“ der Bundesregierung unter Umgehung der Länder. Zudem ist – wie die Ausführungen zur Abgrenzung zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrechtsweg gezeigt haben – das Prüfungsprogramm ein anderes. In dem Streit vor dem Bundesverfassungsgericht geht es ausschließlich um verfassungsrechtliche Fragen²⁷. Der Einwand der Rechtshängigkeit greift nicht durch.

VII. Zwischenergebnis

Der Antrag des Landes L ist zulässig.

B. Begründetheit

²⁵ Allgemein *Lechner/Zuck*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2006, vor § 17, Rdnr. 44 ff.; für die Verfassungsbeschwerde *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 2. Auflage, 2006, Rdnr. 234; *BVerfGE* 102, 254 (295).

²⁶ Vgl. etwa *Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Auflage 2008, § 23, Rdn. 7.

²⁷ *BVerfGE* 84, 25 (30) – Schacht Konrad.

Der Antrag des Landes L ist begründet, wenn durch die „Atomkonsensgespräche“ Rechtspositionen des Landes L aus Art. 30 oder 83 ff. GG verletzt wurden.

I. Vollzug des Atomrechts als Auftragsverwaltung

Der hier in Rede stehende Vollzug des Atomrechts durch die Länder erfolgt im Wege der Auftragsverwaltung, Art. 85, 87 c GG i.V.m. § 24 Abs. 1 AtG. Dabei handelt es sich um die Ausübung von Landesstaatsgewalt²⁸. Die Auftragsverwaltung nach Art. 85 GG ist andererseits durch weitreichende Ingerenzrechte des Bundes geprägt – vor allem im Vergleich zum Regelfall des Verwaltungsvollzugs nach dem GG, der landeseigenen Ausführung der Bundesgesetze nach Art. 84 GG. Die Aufsicht des Bundes erstreckt sich nicht nur auf die Recht-, sondern auch auf die Zweckmäßigkeit der Gesetzesausführung. Darüber hinaus unterstehen die ausführenden Landesbehörden den Weisungen der obersten Bundesbehörden, Art. 85 Abs. 3 GG. Die Verwaltungskompetenz des Landes L ist damit im Bereich der Auftragsverwaltung schon von Anfang an eingeschränkt. Das Bundesverfassungsgericht hat dies im Anschluss an Stimmen der Literatur mit der Unterscheidung zwischen der *Wahrnehmungs-* und der *Sachkompetenz* umschrieben²⁹: Die Wahrnehmungskompetenz, d.h. das Verwaltungshandeln und die Verantwortung nach außen (dem Bürger gegenüber) steht unentziehbar und ausschließlich dem Land zu. Dem Bund steht über Art. 85 GG kein Selbsteintrittsrecht zu, er kann grundsätzlich nicht im Verwaltungsvollzug nach außen, Dritten gegenüber, unter Umgehung des Landes auftreten. Dies unterscheidet Aufsicht und Weisung nach Art. 85 GG vom Einsatz des Bundeszwangs nach Art. 37 GG. Anderes gilt für die Sachkompetenz, d.h. die Sachbeurteilung und Sachentscheidung im konkreten Verwaltungsvollzug. Diese liegt zunächst ebenfalls beim Land. Der Bund kann sie jedoch an sich ziehen, wenn er das ihm nach Art. 85 Abs. 3 GG zukommende Weisungsrecht in Anspruch nimmt. Hierbei handelt es sich nicht um einen besonderen Rechtfertigung bedürftigen Ausnahmefall, sondern der Bund kann ohne Begründung und stets die in seiner „Reserve“ befindliche Sachkompetenz ausüben, indem er das Land entsprechend anweist³⁰. Dadurch soll ein einheitlicher Verwaltungsvollzug von Bundesrecht kraft Gemeinwohldefinitionscompetenz des Bundes in diesen Sachangelegenheiten sichergestellt werden. Die Sachkompetenz des Landes steht damit von vornherein unter dem Vorbehalt ihrer Inanspruchnahme durch den Bund. Der klassische Fall, an Hand dessen diese Rechtsprechung entwickelt wurde, verhielt sich so, dass sich ein Land gegen eine atomrechtliche Weisung des Bundes im Rahmen der Auftragsverwaltung beim Vollzug

²⁸ Zur Abgrenzung von Landes- und Bundesstaatsgewalt bei Anwendung und Vollzug von Bundesrecht durch die Länder in grundrechtlichem Zusammenhang ausführlich in Fall 17: „In den Mühlen zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit“.

²⁹ BVerfGE 81, 310 (332) – Kalkar II; Müller/Mayer/Wagner, VerwArch. 94 (2003), 127 ff.

³⁰ BVerfGE 81, 310 (332) – Kalkar II.

von Atomrecht zur Wehr setzen wollte³¹. Diese Situation ist im ersten Teil des Sachverhalts angedeutet, bildet jedoch nicht den Streitgegenstand des Antrags, sondern seine Vorgeschichte. Hier wendet sich das Land gegen Handlungen des zuständigen Bundesministers gegenüber Dritten – der Atomindustrie – und damit nicht gegen ein unmittelbares Vorgehen gegen das Land selbst beim Verwaltungsvollzug. Dabei handelt es sich demnach auch nicht um eine (atomrechtliche) Weisung gegenüber dem Land. Die Begründetheitsfrage spitzt sich damit zu: Durfte der Bund ohne Verletzung der Wahrnehmungskompetenz des Landes L zur Vorbereitung seines Direktions- und Weisungsrechts oder aus anderen Gründen den Ländern gegenüber die im Sachverhalt geschilderten Aktivitäten entfalten?

II. Unzulässige Ausübung eines Selbsteintrittsrechts durch den Bund und damit Verletzung von Landeskompetenzen?

Im Gegensatz zur Sach- ist die Wahrnehmungskompetenz des Landes L ausschließlich und unentziehbar. Fraglich erscheint hier, ob sich der Bund durch das „informelle Verwaltungshandeln“³² in Form der „Atomkonsensverhandlungen“ ein Selbsteintrittsrecht angemaßt hat. Eine Weisung nach Art. 85 Abs. 3 GG hat in keinem Fall Außenwirkung gegenüber Dritten³³. Zu prüfen ist demnach eine Verletzung der unentziehbaren Wahrnehmungskompetenz des Landes L im Rahmen der Auftragsverwaltung.

1. Die Senatsmehrheit im Fall „Biblis“

Die *Mehrheitsmeinung* des Bundesverfassungsgerichts beschränkt die legitimen Interessen des Landes und damit seine Wahrnehmungskompetenz ausschließlich auf den durch die angedrohte Weisung gegenüber dem konkreten Kernkraftwerk umrissenen Bereich³⁴. Hier habe der Bund durch die Androhung der Weisung und die damit einhergehenden Verhandlungen die Sachkompetenz an sich gezogen; damit habe er seine im Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommende Reservekompetenz auszuüben begonnen. Bei deren Ausübung sei er zwar an den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens gebunden; er darf durch direkte Verhandlungen mit dem Betreiber des im Bau befindlichen Atomkraftwerks, der Strahl-AG, nicht gleichsam eine „Schattenatomverwaltung“ neben den Ländern errichten. Auch informelles Verwaltungshandeln, wie es in den „Atomkonsensgesprächen“ zum Ausdruck kommt, ist grundsätzlich an die Kompetenzstruktur des GG gebunden³⁵. Nach Überlei-

³¹ BVerfGE 81, 310 – Kalkar II.

³² Dazu grundsätzlich m.w.N. Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Auflage 2006, Kapitel 6 Rdnr. 125 ff.

³³ Lerche, in: Maunz/Dürig u.a., Grundgesetz. Kommentar, Art. 85, Rdnr. 52.

³⁴ BVerfGE 104, 249 (271) - Biblis.

³⁵ Vgl. auch Müller/Mayer/Wagner, VerwArch. 94 (2003), 127 (131).

tung der Sachkompetenz auf sich sei der Bund dann jedoch als Ausfluss seiner Direktionsmacht im Rahmen der Auftragsverwaltung berechtigt, sich in jeder für ihn zweckmäßig erscheinenden Weise Informationen zu beschaffen, die er zur Ausübung der Sachkompetenz für notwendig erachtet: „Die Wahrnehmungskompetenz des Landes verletzt der Bund erst dann, wenn er nach außen gegenüber Dritten und gleichsam an Stelle der auf Grund der Wahrnehmungskompetenz des Landes für eine Entscheidung gegenüber Dritten berufenen Landesbehörde rechtsverbindlich tätig wird oder durch die Abgabe von Erklärungen, die einer rechtsverbindlichen Entscheidung gleichkommen, die Wahrnehmungskompetenz des Landes an sich zieht.“³⁶ Eine Verletzung scheidet unter diesen Gesichtspunkten im vorliegenden Fall aus, da das Land L durch die Androhung der Weisung und den darum entbrannten Rechtsstreit vorgewarnt war und außerdem die „Atomkonsensverhandlungen“ laut Sachverhalt unter Berichterstattung der Presse, also alles andere als „geheim“ stattfanden. Sofern die Protokollerklärungen eine Novelle des in die Bundesgesetzgebungskompetenz fallenden Atomgesetzes betreffen, sind keine Rechtspositionen des Landes L berührt. Die Verletzung der Wahrnehmungskompetenz in Bezug auf die konkreten Meinungsverschiedenheiten zum Kernkraftwerk in K ist damit nicht dargetan.

2. Das Sondervotum im Fall „Biblis“

Das Sondervotum der Richter *Di Fabio* und *Mellinghoff* betont demgegenüber, dass zum Gesetzesvollzug jedes unmittelbare Handeln nach außen gehört, das darauf gerichtet ist, die Regelungsziele des Gesetzes zu verwirklichen³⁷; die vollziehende Gewalt sei insoweit nicht durch einen abschließenden Katalog von Handlungsformen gebunden³⁸. Der Ausschluss von informellem Verwaltungshandeln mit Vollzugsqualität aus dem Bereich der Wahrnehmungskompetenz der Länder im Rahmen der Auftragsverwaltung würde an der Verwaltungswirklichkeit vorbeigehen. Ein Verstoß gegen Kompetenzen des Landes L liegt somit vor, sofern es sich bei dem im Sachverhalt geschilderten informellen Verwaltungshandeln um verwaltungsmäßigen Vollzug von Bundesrecht handelt. Dies sei hier der Fall, da es sich um eine Vorwegnahme von Weisungen handle. Diese könnten jedoch nicht unter Ausschaltung und damit Desavouierung des Landes antizipiert werden. Eine entsprechende Grenze sei zum Schutz der Eigenstaatlichkeit der Länder unabdingbar: „Die Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder ist zugleich ein Mittel der Gewaltenteilung, weil der Bürger sicher sein kann, dass sein Fall mit Wirkung für ihn nur von der Landesbehörde entschieden wird, unge-

³⁶ *BVerfGE* 104, 249 (267) – Biblis.

³⁷ Vgl. zu einem notwendig weiten Verständnis des Terminus „Ausführung von Bundesgesetzen“ auch *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 3, 5. Auflage 2005, Art. 83, Rdn. 49 ff.

³⁸ *BVerfGE* 104, 273 (275 f.) unter Bezugnahme auf *BVerfGE* 100, 249 (258).

achtet der Ingerenzrechte des Bundes im staatlichen Binnenverhältnis. Eine mit der Landesverwaltung konkurrierende informelle Parallelverwaltung, mit der alles Wesentliche vorab und ohne Beteiligung des Landes festgelegt wird, bringt das Institut der Bundesauftragsverwaltung um diesen gewaltenteiligen Sinn.³⁹ Auch sei die Behauptung, es gehe um Informationsbeschaffung zur Vorbereitung einer Weisung nach Art. 85 Abs. 3 GG, nur vorgeschoben, denn letztlich sei die Zementierung politischer Programme einziges Ziel dieser Verhandlungen. Mit solchen zumindest politisch verbindlichen Vorabfestlegungen werde aber endgültig die Sachkompetenz im Bereich der Auftragsverwaltung verlassen. In Kollusion mit dem Anlagenbetreiber sei so das Land verfassungswidrig ausgeschaltet worden. Zumindest sei jedoch bei der Ausschaltung der Länder in diesem Verhalten der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens verletzt worden. Die Zuweisung von bundesstaatlichen Kompetenzen wird durch diesen Grundsatz überlagert und beherrscht. Im Bereich der Auftragsverwaltung stellt die Wahrnehmung der Sachkompetenz noch keine Verletzung des Grundsatzes dar; dies ist jedoch der Fall, wenn die Inanspruchnahme missbräuchlich und in prozedural unzumutbaren Formen erfolgt. Die Vorbereitung von sich auf Bundesrecht beziehenden Gesetzesnovellen ermächtigt den Bund zu umfassenden Gesprächen mit allen beteiligten Kreisen, hier also auch der Atomwirtschaft. Dabei muss jedoch hinreichende Rücksicht auf die Interessen der Länder genommen werden. Daraus folgt, dass nicht nur vor Erlass einer atomrechtlichen Weisung dem betroffenen Land Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden muss, sondern auch bei sonstigem, die Wahrnehmungskompetenz des Landes im Rahmen der Auftragsverwaltung gefährdenden Verhalten des Bundes. Sonst würden irreversible Bindungen des Bundes ohne Möglichkeit der Stellungnahme durch die Länder festgeschrieben. Dies gelte in besonderem Maße bei dem hier vorliegenden informellen Verwaltungshandeln, da die Grenzen zwischen den theoretisch klar scheidbaren Kompetenzbereichen verschwimmen.

Zum Aufbau: Beide Meinungen sind vertretbar. Für das Sondervotum spricht letztlich, dass es den zunehmenden Bereich sog. informellen Verwaltungshandelns rechtlich einzufangen sucht und damit wirksamer als die Senatsmehrheit bundesstaatliche Strukturen und Verantwortungszusammenhänge zu schützen sucht. Der Versuch der Trennung zwischen informellem Verwaltungshandeln im Zusammenhang mit dem Vollzug des Atomrechts, genauer: zur Vorbereitung und im Umfeld der Weisung und solchem jenseits derselben⁴⁰, erscheint kaum durchführbar. So betreffen im vorliegenden Fall die Konsensgespräche nicht nur Fragen einer Atomgesetznovelle, sondern berühren auch Aspekte des Vollzugs geltenden Atomrechts, etwa

³⁹ BVerfGE 104, 273 (279).

⁴⁰ Vgl. den Rechtfertigungsversuch bei Müller/Mayer/Wagner, VerwArch. 94 (2003), 127 (132 und öfter).

indem ein Baustopp „festgeschrieben“ wird. Rechtsetzungsvorbereitung und Vollzugsdeterminierung sind im Rahmen solch informellen Agierens gar nicht scharf zu trennen. Dadurch berührt die „Absprache“ jedoch die Wahrnehmungskompetenz des Landes.

Mit dem Sondervotum liegt eine Verletzung von Art. 85 GG sowie des ungeschriebenen Verfassungsrechtssatzes vom Gebot bundesfreundlichen Verhaltens vor. Der Antrag ist begründet.

Zur Vertiefung: Die wechselseitige **Bundestreue** und inhaltlich identisch der **Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens**⁴¹ besagen, dass der Bund die Vielfalt der Länder und – andersherum – die Länder die durch den Bund vermittelte Einheit zu respektieren haben. Diese Konkretisierung des bündischen Prinzips begründet wechselseitige Verpflichtungen der Rücksichtnahme zwischen Bund und Ländern und auch zwischen den Ländern. Entscheidend ist, dass durch diesen ungeschriebenen Verfassungsrechtssatz *keine neuen Kompetenzen begründet*, sondern die Ausübung bestehender Kompetenzen gesteuert wird. Die Rücksichtnahmepflicht konkretisiert sich vor allem in prozeduralen Anforderungen, etwa in wechselseitigen Beteiligungs- und Anhörungsrechten.

Zur weiteren Vertiefung: Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 20. Dezember 2007⁴² festgestellt, dass die zwischen den Kommunen und der Bundesagentur für Arbeit zur Auszahlung des „Arbeitslosengeldes II“ gebildeten Arbeitsgemeinschaften verfassungswidrig sind. Vorausgegangen war eine Kommunalverfassungsbeschwerde verschiedener Landkreise. § 44b SGB II, der die Bildung der Arbeitsgemeinschaften vorschreibt, verstoße gegen Art. 28 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 83 GG. Die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung der Gemeinden werde beeinträchtigt, „wenn der Gesetzgeber ohne hinreichend rechtfertigenden Grund die gleichzeitige Aufgabenwahrnehmung durch verschiedene Verwaltungsbehörden verbindlich anordne[t]“.⁴³ Zudem seien die Arbeitsgemeinschaften als Gemeinschaftseinrichtung von Bundesagentur und kommunalen Trägern nach der in Art. 83 ff. GG festgelegten Kompetenzordnung des Grundgesetzes nicht vorgesehen. „Besondere Gründe, die ausnahmsweise die gemeinschaftliche Aufgabenwahrnehmung in den Arbeitsgemeinschaften rechtfertigen könnten, existieren nicht“.⁴⁴ Das seit Jahrzehnten diskutierte, in der Entscheidung BVerfGE 63, 1 grundlegende Problem des **Verbots der**

⁴¹ Leitentscheidung: Erstes Fernsehurteil BVerfGE 12, 205 (254 ff.).

⁴² BVerfGE 119, 331 – „Hartz-IV-Urteil“.

⁴³ BVerfGE 119, 331 (363).

⁴⁴ BVerfGE 119, 331 (369 ff.).

„**Mischverwaltung**“ hat durch diese Entscheidung neue Konturen erhalten.⁴⁵

Rechtsprechungsvorlagen: BVerfGE 81, 310 – „Kalkar II“; 84, 25 – „Schacht Konrad“; 104, 249 – „Biblis“ mit Sondervotum Di Fabio und Mellinshoff.

Leseempfehlungen: Ossenbühl, Weisungen des Bundes in der Bundesauftragsverwaltung, Der Staat 28 (1989), S. 31; Zimmermann, Die Kontrolldichte gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Weisungen in der Bundesauftragsverwaltung – ein Problem der Zuständigkeitsverteilung zwischen BVerfG und BVerwG?, DVBl. 1992, 93; Müller/Mayer/Wagner, Wider die Subjektivierung objektiver Rechtspositionen im Bund-Länder-Verhältnis – Zugleich ein Beitrag zu neueren Entwicklungen im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung, der Finanzverfassung und des bundes-/länderfreundlichen Verhaltens, VerwArch. 93 (2002), 585, VerwArch. 94 (2003), 127 und 295; Jochum, Die Bundesauftragsverwaltung im Umbruch: Wie weit reicht die Sachkompetenz des Bundes? – Eine kritische Würdigung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Februar 2002 (Az. 2 BvG 2/00) aus staatsorganisationsrechtlicher und verwaltungswissenschaftlicher Perspektive –, DÖV 2003, 16

⁴⁵ Vgl. vertiefend Cornils, ZG 2008, 184 ff.; Burgi, FS für Friedrich E. Schnapp, Berlin 2008, 15 ff.; Waldhoff, ZSE 2008, 57 ff.