

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1427

**Die Passivlegitimation
im Amtshaftungsrecht
bei Handeln auf Weisung**

**Dargestellt am Beispiel
der Bundesauftragsverwaltung**

Von

Franziska-Maria Jaschke



Duncker & Humblot · Berlin

FRANZISKA-MARIA JASCHKE

Die Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht
bei Handeln auf Weisung

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1427

Die Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht bei Handeln auf Weisung

Dargestellt am Beispiel
der Bundesauftragsverwaltung

Von

Franziska-Maria Jaschke



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Passau
hat diese Arbeit im Jahr 2018
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Textforma(r)t Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-15551-4 (Print)
ISBN 978-3-428-55551-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Zeit als Promotionsstipendiatin der Studienstiftung des deutschen Volkes und als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, insbesondere Finanz- und Steuerrecht der Universität Passau. Rechtsprechung und Literatur wurden bis einschließlich Juli 2019 berücksichtigt.

Allen voran gilt mein ganz besonderer Dank meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Rainer Wernsmann für seine stete und uneingeschränkte Unterstützung ebenso wie für seine Förderung und hervorragende Betreuung dieser Arbeit. Durch meine Tätigkeit als studentische Hilfskraft an seinem Lehrstuhl hat er bereits zu Beginn meines Studiums mein Interesse am wissenschaftlichen Arbeiten geweckt und damit den Grundstein für diese Arbeit gelegt.

Herrn Professor Dr. Meinhard Schröder danke ich ganz herzlich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen Dank aussprechen möchte ich zudem der Studienstiftung des deutschen Volkes. Diese hat sowohl mein Studium als auch die Anfertigung dieser Arbeit gefördert. Hierdurch wurde mein akademischer Werdegang nicht nur finanziell unterstützt, sondern auch ideell enorm bereichert.

Großer Dank gilt Magnus Neudenberger für seine wertvollen Anregungen beim Korrekturlesen dieser Arbeit. Bei ihm bedanke ich mich ebenso wie bei Dr. Jan Popel für die schöne gemeinsame Zeit in Passau, die ich immer in bester Erinnerung behalten werde.

Meinem Freund Thomas Kreuzinger, der mir in so vielerlei Hinsicht ein Vorbild ist, danke ich von ganzem Herzen für seine Liebe, seine immerwährende Unterstützung und dafür, dass er jeden einzelnen Tag in meinem Leben so sehr bereichert.

Besonders bedanken möchte ich mich schließlich bei meinen Eltern. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet. Sie haben mich mein ganzes Leben lang voller Liebe begleitet und in jeder erdenklichen Weise unterstützt und damit die Anfertigung dieser Arbeit erst ermöglicht.

Rosenheim, im Januar 2020

Franziska-Maria Jaschke

Inhaltsübersicht

1. Teil

Einführung 21

1. Kapitel

Anlass, Gegenstand und Ziel der Arbeit 21

§ 1	Anlass der Arbeit	21
§ 2	Problemstellung und Ziel der Arbeit	28
§ 3	Begrenzung der Themenstellung	35
§ 4	Gang der Darstellung	37

2. Kapitel

Grundlagen 40

§ 5	Die Weisung als Steuerungsinstrument der Verwaltung	40
§ 6	Der Begriff des Amtswalters	44
§ 7	Die Passivlegitimation	45

2. Teil

Die Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht bei Handeln auf Weisung 49

1. Kapitel

Passivlegitimation im engeren Sinne 49

§ 8	Bedeutung für die Amtshaftung bei Handeln auf Weisung	49
§ 9	Bestimmung anhand des Bestehens von Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten ..	50
§ 10	Auswirkungen der Existenz der Anvertrauens-, Anstellungs- und Funktionstheorie für den Geschädigten	59

2. Kapitel

Verletzung einer Amtspflicht bei Befolgung einer rechtswidrigen Weisung	65
§ 11 Verständnis der Amtspflicht als Dienstpflicht	65
§ 12 Diskrepanz zwischen Rechtspflicht- und Amtspflichtverletzung bei Befolgung einer rechtswidrigen Weisung	70
§ 13 Remonstrationspflicht als entscheidendes Kriterium für die Annahme einer Amtspflichtverletzung bei Befolgung einer rechtswidrigen Weisung	73
§ 14 Fazit	84

3. Kapitel

Beurteilung der Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht bei Handeln auf Weisung anhand der Regelungen des Beamtenrechts	85
§ 15 Amtshaftung bei ordnungsgemäßer, erfolgloser Durchführung des Remonstrationsverfahrens	85
§ 16 Amtshaftung bei nicht schuldhaft unterbliebener Remonstration	118
§ 17 Amtshaftung bei schuldhaft unterbliebener Remonstration des angewiesenen Amtswalters	130
§ 18 Fazit	134

4. Kapitel

Belange des Geschädigten	139
§ 19 Prozesskostenrisiko	140
§ 20 Verjährung des Amtshaftungsanspruchs	142
§ 21 Rechtskrafterstreckung des verwaltungsgerichtlichen Urteils	145
§ 22 Ausschluss divergierender richterlicher Rechtsauffassungen	147
§ 23 Fazit	148

5. Kapitel

Heranziehung der Vorschriften des Beamtenrechts zur Bestimmung der Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht bei Handeln auf Weisung	149
§ 24 Relativierung der Amtspflichtwidrigkeit	150
§ 25 Verschiebung der Passivlegitimation	151

6. Kapitel

**Erteilung einer Weisung zwischen Behörden
verschiedener Verwaltungsträger 155**

§ 26 Fehlende Berücksichtigung des beamtenrechtlichen Remonstrationsverfahrens . . .	157
§ 27 Anwendbarkeit der Regelungen des Beamtenrechts	160
§ 28 Remonstration zwischen Verwaltungsträgern als Maßstab für die Beurteilung der Bindungswirkung einer Weisung zwischen Verwaltungsträgern	192
§ 29 Die Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht bei Verletzung der äußersten Grenzen der Weisungsbefolgungspflicht	232
§ 30 Fazit	245

7. Kapitel

**Die Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht bei Handeln
auf Weisung in der Bundesauftragsverwaltung 246**

§ 31 Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze zur Bestimmung der Passivlegitimation bei Handeln auf Weisung	246
§ 32 Anwendung der allgemeinen Grundsätze zur Bestimmung der Passivlegitimation bei Handeln auf Weisung	262
§ 33 Fazit	272

8. Kapitel

Schlussbetrachtung 276

3. Teil

Zusammenfassung der erarbeiteten Thesen 280

Literaturverzeichnis	297
---------------------------------------	------------

Sachwortverzeichnis	316
--------------------------------------	------------

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

Einführung 21

1. Kapitel

Anlass, Gegenstand und Ziel der Arbeit 21

§ 1	Anlass der Arbeit	21
I.	Zunehmende Bedeutung des Weisungsrechts des Art. 85 III GG in der Rechtspraxis seit Ende der 1980er Jahre	21
II.	Befristete Stilllegung deutscher Kernkraftwerke im März 2011	24
III.	Schadensersatzforderungen von Kernkraftwerkbetreibern in Folge der befristeten Stilllegung der Kernkraftwerke im März 2011	26
§ 2	Problemstellung und Ziel der Arbeit	28
I.	Die Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht im Falle rechtswidrigen Handelns bei Befolgung einer Weisung nach Art. 85 III GG	28
II.	Die Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht bei Handeln auf Weisung im Allgemeinen	33
§ 3	Begrenzung der Themenstellung	35
I.	Weisung als Einzelweisung	35
II.	Materielle Rechtswidrigkeit der Weisung	35
III.	Endgültige Kostentragungspflicht bei Erteilung einer Weisung	36
§ 4	Gang der Darstellung	37

2. Kapitel

Grundlagen 40

§ 5	Die Weisung als Steuerungsinstrument der Verwaltung	40
I.	Begriff der Weisung	40
II.	Merkmale, Funktion und Anwendungsbereich von Weisungen	42
§ 6	Der Begriff des Amtswalters	44
§ 7	Die Passivlegitimation	45
I.	Begriff der Passivlegitimation	45
II.	Rechtliche Einordnung der Passivlegitimation	46

III. Bedeutung der Passivlegitimation für das Rechtsschutzbegehren des Klägers	47
IV. Passivlegitimation im engeren Sinne als Ausgangspunkt für die Bestimmung des Haftungssubjekts eines Amtshaftungsanspruchs	47

2. Teil

Die Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht bei Handeln auf Weisung	49
--	----

1. Kapitel

Passivlegitimation im engeren Sinne	49
--	----

§ 8 Bedeutung für die Amtshaftung bei Handeln auf Weisung	49
§ 9 Bestimmung anhand des Bestehens von Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten	50
§ 10 Auswirkungen der Existenz der Anvertrauens-, Anstellungs- und Funktionstheorie für den Geschädigten	59

2. Kapitel

Verletzung einer Amtspflicht bei Befolgung einer rechtswidrigen Weisung	65
--	----

§ 11 Verständnis der Amtspflicht als Dienstpflicht	65
I. Historische Entwicklung des Amtshaftungsrechts	65
II. Heutiges Verständnis der Amtspflichtverletzung als Verletzung einer Dienstpflicht	68
§ 12 Diskrepanz zwischen Rechtspflicht- und Amtspflichtverletzung bei Befolgung einer rechtswidrigen Weisung	70
§ 13 Remonstrationspflicht als entscheidendes Kriterium für die Annahme einer Amtspflichtverletzung bei Befolgung einer rechtswidrigen Weisung	73
I. BGH NJW 1959, 1629 f.	73
II. Die Regelungen des Beamtenrechts zur Weisungsbefolgungs- und Remonstrationspflicht	75
1. Grundsätzliche Verbindlichkeit rechtswidriger Weisungen	76
2. Unverbindlichkeit einer Weisung bei Überschreitung der äußersten Grenzen der Weisungsbefolgungspflicht	76
3. Bedeutung der Remonstration bei Erteilung einer rechtswidrigen Weisung	78
4. Interpretation von BGH NJW 1959, 1629 f.	81
5. Folgerungen für verschiedene Fallkonstellationen	81
III. Befolgung von Weisungen durch Beamte im lediglich haftungsrechtlichen Sinne	82
§ 14 Fazit	84

3. Kapitel

Beurteilung der Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht bei Handeln auf Weisung anhand der Regelungen des Beamtenrechts	85
§ 15 Amtshaftung bei ordnungsgemäßer, erfolgloser Durchführung des Remonstrations- verfahrens	85
I. Amtshaftung anknüpfend an die Umsetzung einer Weisung	85
II. Amtshaftung anknüpfend an die Erteilung einer rechtswidrigen verbindlichen Weisung	87
1. Notwendigkeit einer Amtshaftung	87
2. Ansätze für die Begründung eines Amtshaftungsanspruchs anknüpfend an die Erteilung der Weisung	89
a) Grundsatz der Einheit der Verwaltung	89
b) Allgemeine Grundsätze des Amtshaftungsrechts	90
aa) Amtspflichtverletzung durch die Erteilung einer rechtswidrigen Weisung	90
bb) Rechtswidrigkeit im Außenverhältnis	91
cc) Drittbezogenheit der Amtspflichten des anweisenden Amtswalters	92
dd) Verschulden	97
ee) Kausalität und Zurechnungszusammenhang	98
3. Fazit	100
III. Die Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht bei rechtswidriger Versagung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 I 1, 2, II 1 BauGB	101
1. Vergleichbarkeit der Fallkonstellationen	102
2. Rechtslage vor Einfügung und landesgesetzlicher Ausgestaltung des § 36 II 3 BauGB	104
a) Amtshaftung des Rechtsträgers der Baugenehmigungsbehörde	104
b) Amtshaftung der Gemeinde	105
aa) Bedürfnis nach einer Amtshaftung der Gemeinde	105
bb) Begründung der Amtshaftung der Gemeinde	106
(1) Begründung des BGH	107
(2) Stellungnahme	107
(3) Anwendung der allgemeinen Kriterien zur Bestimmung der Drittbezogenheit von Amtspflichten	108
c) Fazit	111
3. Rechtslage nach Einfügung und landesgesetzlicher Ausgestaltung des § 36 II 3 BauGB	111
a) Drittbezogenheit der Amtspflichten der Amtswalter der Gemeinde ...	111
b) Rechtswidrigkeit im Außenverhältnis	113
4. Der Aspekt des Vertrauensschutzes bei begünstigenden Maßnahmen	114

§ 16 Amtshaftung bei nicht schuldhaft unterbliebener Remonstration	118
I. Maßstäbe für die Beurteilung des Verschuldens des angewiesenen Amtswalters	119
II. Amtshaftung anknüpfend an die Erteilung einer rechtswidrigen Weisung	122
1. Gefahr der Haftungslücke	122
2. Zurechnung der Verwirklichung tatbestandlicher Voraussetzungen	123
III. Rechtsprechung des BGH zur Amtshaftung bei Beteiligung einer Fachbehörde	124
IV. Fazit	130
§ 17 Amtshaftung bei schuldhaft unterbliebener Remonstration des angewiesenen Amtswalters	130
I. Amtshaftung anknüpfend an die Befolgung der Weisung	130
II. Amtshaftung anknüpfend an die Erteilung der Weisung	132
III. Subsidiarität (§ 839 I 2 BGB)	132
IV. Gesamtschuldnerische Haftung (§ 840 I BGB)	133
§ 18 Fazit	134
I. Bestimmung der Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht anhand der Eigenverantwortlichkeit des Handelns	134
II. Würdigung in dogmatischer Hinsicht	137
III. Schwierigkeiten des Geschädigten bei Bestimmung der Passivlegitimation	138

4. Kapitel

Belange des Geschädigten 139

§ 19 Prozesskostenrisiko	140
§ 20 Verjährung des Amtshaftungsanspruchs	142
I. Beginn der Verjährungsfrist	143
II. Hemmung der Verjährung durch Inanspruchnahme primären Rechtsschutzes	144
§ 21 Rechtskrafterstreckung des verwaltungsgerichtlichen Urteils	145
§ 22 Ausschluss divergierender richterlicher Rechtsauffassungen	147
§ 23 Fazit	148

5. Kapitel

Heranziehung der Vorschriften des Beamtenrechts zur Bestimmung der Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht bei Handeln auf Weisung 149

§ 24 Relativierung der Amtspflichtwidrigkeit	150
§ 25 Verschiebung der Passivlegitimation	151
I. Verletzung einer Amtspflicht durch die Befolgung einer verbindlichen Weisung	152
II. Verschiebung der Passivlegitimation	153
III. Stellungnahme	154

6. Kapitel

**Erteilung einer Weisung zwischen Behörden
verschiedener Verwaltungsträger**

	155
§ 26 Fehlende Berücksichtigung des beamtenrechtlichen Remonstrationsverfahrens . . .	157
§ 27 Anwendbarkeit der Regelungen des Beamtenrechts	160
I. Weitergabe der Weisung des anweisenden Verwaltungsträgers innerhalb des angewiesenen Verwaltungsträgers	160
1. Beamtenrechtliches Weisungsrecht der Vorgesetzten	160
2. Rechtliche Einordnung der Erteilung einer Weisung zwischen Behörden ver- schiedener Verwaltungsträger	161
3. Erteilung einer Weisung gegenüber kommunalen Gebietskörperschaften und die Erteilung einer Weisung nach Art. 85 III GG	162
4. Ausdifferenzierte Binnenorganisation angewiesener Verwaltungsträger . . .	165
II. Kompetenzverteilung zwischen anweisendem und angewiesenem Verwaltungs- träger	167
1. Kompetenz zur letztverbindlichen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme	167
a) §§ 63 II BBG, 36 II BeamtStG	167
b) Fehlende gerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten des angewiesenen Verwaltungsträgers bei Rechtswidrigkeit der Weisung	168
aa) Fachaufsichtliche Weisungen gegenüber Gemeinden	168
bb) Weisungen nach Art. 85 III GG	168
c) Kompetenz zur Aufhebung der erteilten Weisung	171
d) Wirksamkeit und grundsätzliche Verbindlichkeit rechtswidriger Wei- sungen	172
e) Fazit	174
2. Das Recht des im Außenverhältnis handelnden Amtswalters, die Recht- mäßigkeit der vorzunehmenden Handlung zu prüfen	174
a) Handlungsmöglichkeiten der Amtswalter des angewiesenen Verwal- tungsträgers	174
b) Sinn und Zweck des Remonstrationsverfahrens	175
c) Prüfungsrecht hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Weisung	176
aa) Pflicht des Bundes, dem Land Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben	176
bb) Sachkompetenz des Bundes	177
(1) Unterscheidung zwischen Wahrnehmungs- und Sachkompe- tenz in der Bundesauftragsverwaltung	177
(2) Wahrnehmungs- und Sachkompetenz als Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts	179
(3) Begriffsverständnis des BVerfG	181

(4) Auswirkungen der Sachkompetenz auf das Prüfungsrecht des Landes hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Weisung	181
d) Fazit	184
3. Teleologische Reduktion der Remonstrationspflicht bei Zwecklosigkeit	185
III. Fazit	188
IV. Rechtsprechung des BGH	190
§ 28 Remonstration zwischen Verwaltungsträgern als Maßstab für die Beurteilung der Bindungswirkung einer Weisung zwischen Verwaltungsträgern	192
I. Bestehen eines Remonstrationsrechts des Landes bei Erteilung einer Weisung nach Art. 85 III GG	193
II. Bestehen einer Prüfungs- und Remonstrationspflicht des Landes bei Erteilung einer Weisung nach Art. 85 III GG	195
1. Übereinstimmungen zwischen dem beamtenrechtlichen Weisungsverhältnis und dem Weisungsverhältnis zwischen Verwaltungsträgern	196
2. Begründungsansätze für das Bestehen einer Prüfungs- und Remonstrationspflicht des Landes bei Erteilung einer Weisung nach Art. 85 III GG	198
a) Remonstration als Mittel zur Befreiung der angewiesenen Stelle von der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit	199
b) Pflicht des Landes, die Verletzung der äußersten Grenzen der Weisungsbefolgungspflicht gegenüber dem Bund geltend zu machen	199
c) Remonstration als Mittel zur Effektuierung der Bindung der vollziehenden Gewalt an Recht und Gesetz	200
d) Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens	202
aa) Pflichtenbegründung durch den Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens	203
bb) Die finanziellen Belange des Bundes als zu schützendes Interesse	206
(1) Verteilung der Finanzierungsverantwortung nach Art. 104a I, II, V 1 Hs. 1 GG	206
(a) Konnexitätsgrundsatz des Art. 104a I GG	206
(b) Art. 104a II GG als Durchbrechung des Konnexitätsgrundsatzes	208
(c) Verteilung von Verwaltungs- und Zweckausgabenlast in der Bundesauftragsverwaltung	209
(d) Einordnung von Haftungskosten	211
(2) Haftungsregelung des Art. 104a V 1 Hs. 2 GG	214
(3) Fazit	221
e) Vereinbarkeit einer Remonstrationspflicht des Landes mit dem Zweck des Weisungsrechts nach Art. 85 III GG	223
f) Vereinbarkeit einer Remonstrationspflicht des Landes mit dessen eigenen Belangen	224

III. Auswirkungen der Anerkennung einer Remonstrationspflicht zwischen Verwaltungsträgern	225
1. Folgen einer Remonstration des angewiesenen Verwaltungsträgers	225
2. Auswirkungen auf die Bestimmung der Passivlegitimation bei Erteilung einer Weisung zwischen Verwaltungsträgern	226
IV. Exkurs: Erteilung einer Weisung gegenüber einer Gemeinde	230
§ 29 Die Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht bei Verletzung der äußersten Grenzen der Weisungsbefolgungspflicht	232
I. Ungeschriebene Grenzen der Weisungsbefolgungspflicht	232
II. Auslegung der ungeschriebenen Grenzen der Weisungsbefolgungspflicht bei Erteilung einer Weisung nach Art. 85 III GG	234
1. Entsprechende Anwendung des § 44 I VwVfG	234
2. Offensichtliche Rechtswidrigkeit	236
3. Entsprechende Anwendung des Art. 79 III GG	237
4. Divergenz der äußersten Grenzen der Weisungsbefolgungspflicht bei Erteilung einer Weisung in der Bundesauftragsverwaltung und im Beamtenrecht	237
a) Auflösung durch Auslegung der Vorgaben des BVerfG	240
b) Auflösung durch Modifikation der Grenzen der beamtenrechtlichen Weisungsbefolgungspflicht anhand des Merkmals der Offensichtlichkeit ..	243
§ 30 Fazit	245

7. Kapitel

Die Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht bei Handeln auf Weisung in der Bundesauftragsverwaltung 246

§ 31 Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze zur Bestimmung der Passivlegitimation bei Handeln auf Weisung	246
I. Rechtsprechung des BGH	246
II. Wahrnehmungskompetenz der Länder	249
1. Wahrnehmungskompetenz als Grundbegriff des Verwaltungsorganisationsrechts	249
2. Verwendung des Begriffs der Wahrnehmungskompetenz durch das BVerfG	250
a) BVerfGE 81, 310 ff. („Kalkar II“)	251
b) BVerfGE 104, 249 ff. („Biblis A“) und das Sondervotum der Richter Di Fabio und Mellinshoff (BVerfGE 104, 273 ff.)	253
c) Fazit	254
III. Das „Ende der Sachkompetenz des Bundes vor Erlass des Außenrechtsaktes“	255
IV. Fehlendes Erfordernis der Beiladung des Bundes (§ 65 I, II VwGO) bei verwaltungsgerichtlichen Prozessen in Zusammenhang mit der Erteilung einer Weisung nach Art. 85 III GG	255

V. Art. 104a I, II, V 1 Hs. 1 und Hs. 2 GG	256
VI. Eigenstaatlichkeit der Länder	257
§ 32 Anwendung der allgemeinen Grundsätze zur Bestimmung der Passivlegitimation bei Handeln auf Weisung	262
I. Eigenverantwortliches Handeln des Landes als Ausgangspunkt für die Beurtei- lung der amtschaftungsrechtlichen Passivlegitimation	262
II. Amtshaftung des Bundes aufgrund eigenverantwortlichen Handelns	268
§ 33 Fazit	272
I. Ergebnisse zur Passivlegitimation im Amtshaftungsrecht bei Erteilung einer Weisung nach Art. 85 III GG	272
II. Zusammenhang mit der parlamentarischen Verantwortlichkeit	273
8. Kapitel	
Schlussbetrachtung	276
3. Teil	
Zusammenfassung der erarbeiteten Thesen	280
Literaturverzeichnis	297
Sachwortverzeichnis	316

1. Teil

Einführung

1. Kapitel

Anlass, Gegenstand und Ziel der Arbeit

§ 1 Anlass der Arbeit

I. Zunehmende Bedeutung des Weisungsrechts des Art. 85 III GG in der Rechtspraxis seit Ende der 1980er Jahre

In einem Bundesstaat stellt das Verhältnis zwischen Bund und Ländern eine der bedeutsamsten verfassungsrechtlichen Fragestellungen dar.¹ Dies betrifft auch die Bundesauftragsverwaltung als durch Art. 85 GG erstmals verfassungsrechtlich verankerte Form einer Auftragsverwaltung zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten².

Diese erfuhr bis zum Ende der 1980er Jahre in der rechtswissenschaftlichen Literatur nur äußerst geringe Aufmerksamkeit.³ Bedingt war dies wohl dadurch, dass in den Anwendungsbereichen der Bundesauftragsverwaltung⁴ zunächst ein

¹ *Schadeck*, Bundesauftragsverwaltung, S. 7.

² *Janz*, Weisungsrecht, S. 25, S. 31; *Ossenbühl*, Der Staat 28 (1989), 31; *Schäfer*, DÖV 1960, 641; *Steinberg*, AöR 110 (1985), 419 (422); *Tschentscher*, Bundesauftragsverwaltung, S. 36; *Wolst*, Bundesauftragsverwaltung, S. 15, S. 31. Die Auftragsverwaltung war der Rechts- und Verfassungswirklichkeit insb. der Weimarer Republik allerdings bereits bekannt, siehe nur Art. 15 WRV sowie die einfachgesetzliche Ausgestaltung von Art. 14 WRV etwa durch § 11 des Gesetzes über den Staatsvertrag betreffend den Übergang der Wasserstrassen von den Ländern auf das Reich v. 29.07.1921, RGBL. S. 961. Hierzu eingehend *Schadeck*, Bundesauftragsverwaltung, S. 25 ff.; *Schäfer*, DÖV 1960, 641 f.; *Wolst*, Bundesauftragsverwaltung, S. 31 ff. Zur historischen Entwicklung der Bundesauftragsverwaltung ab dem Jahre 1871 *Schadeck*, Bundesauftragsverwaltung, S. 12 ff.; *Janz*, Weisungsrecht, S. 31 ff.

³ Ausnahmen hierzu bilden *Schadeck*, Die Bundesauftragsverwaltung, 1951; *Schulte-Frohlinde*, Die Bundesauftragsverwaltung nach dem Bonner Grundgesetz und ihre Entstehung, 1957; *Haun*, Die Bundesaufsicht in Bundesauftragsangelegenheiten, 1972; *Wolst*, Die Bundesauftragsverwaltung als Verwaltungsform, 1974. *Janz*, JuS 2003, 126 (127) bezeichnet die Zeit bis zum Ende der 1980er Jahre als „verfassungsgerichtlichen und wissenschaftlichen ‚Halbschlummer‘“. Zu diesem auch *Janz*, Weisungsrecht, S. 116 f.

⁴ Nunmehr normiert in Art. 87b II, 87c, 87d II, 89 II 3, 4, 90 III, 104a III 2, 108 III, 120a GG. Hierzu etwa *Broß/Mayer*, in: von Münch/Kunig, GG, Band 2, Art. 85 Rn. 6; *Bull*, in: AK-GG, Band 3, Art. 85 Rn. 6 ff.; *Janz*, Weisungsrecht, S. 101 ff.; *Loschelder*, Weisungen, S. 112 ff.; *Oebbecke*, in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, § 136 Rn. 72 ff.; *Tschentscher*, Bundesauftragsverwaltung, S. 54 ff.

weitgehender Konsens zwischen Bund und Ländern bestand.⁵ Demnach kam auch dem durch Art. 85 III GG gewährten Weisungsrecht der obersten Bundesbehörden gegenüber den obersten Landesbehörden⁶ in der Praxis keine Bedeutung zu,⁷ obwohl es das zentrale und prägende Instrument des Bundes zur Steuerung des Verwaltungshandelns in der Bundesauftragsverwaltung darstellt⁸. Eine Änderung trat mit den vermehrt auftretenden Konflikten zwischen Bund und Ländern im Bereich der Nutzung der Kernenergie ein.⁹ Diese wurden durch deren zunehmend kontroverse Beurteilung bedingt, waren mitunter jedoch auch rein politisch motiviert.¹⁰

Die Ausführung des die Nutzung der Kernenergie regelnden Atomgesetzes¹¹ unterfällt in weiten Teilen der Bundesauftragsverwaltung des Art. 85 GG. Dies resultiert aus der Ermächtigung des Art. 87c GG,¹² von der durch § 24 I 1 AtG Gebrauch gemacht wurde, und betrifft insbesondere die in § 7 AtG geregelte Genehmigung von sowie die in § 19 I 1 AtG geregelte staatliche Aufsicht über die Errichtung und den Betrieb von Kernkraftwerken als kerntechnische Anlagen im Sinne von § 2 IIa Nr. 1a) AtG.¹³

In den 1980er Jahren wurde durch den damaligen Bundesminister des Innern und sodann durch den damaligen Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und

⁵ Janz, Weisungsrecht, S. 116 ff.; Ossenbühl, Der Staat 28 (1989), 31; Tschentscher, Bundesauftragsverwaltung, S. 29 f.; Schulte, VerwArch 81 (1990), 415 (423); Shirvani, BayVBl. 2005, 164 (164 f.); Steinberg, AöR 110 (1985), 419 (420 f.). Schäfer, DÖV 1960, 641 (649) dagegen geht von vielfachen Kontroversen lediglich ohne Anrufung des BVerfG aus. Zu den insofern widersprüchlichen Aussagen in der Lit. Hartung, JA 1991, 137 (138).

⁶ Gemäß Art. 85 III 2 GG sind Weisungen an die obersten Landesbehörden zu richten, sofern kein Eilfall vorliegt.

⁷ Hartung, Atomaufsicht, S. 103; Lange, NVwZ 1990, 928; Lange, Weisungsrecht, S. 11; Loschelder, Weisungen, S. 21.

⁸ Blümel, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 101 Rn. 59; Janz, Weisungsrecht, S. 161; Loschelder, Weisungen, S. 79; Schadeck, Bundesauftragsverwaltung, S. 55; Schulte, VerwArch 81 (1990), 415 (425); Steinberg, Bundesaufsicht, S. 20; Suerbaum, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 85 Rn. 27; Tschentscher, Bundesauftragsverwaltung, S. 39. F. Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Band V, Art. 85 Rn. 62 bezeichnet das Weisungsrecht des Bundes als „[...] ein Kernstück des Rechtsinstituts der Bundesauftragsverwaltung [...]“; Trute, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band III, Art. 85 Rn. 21 als „[...] gewichtigste und prägende Einflussnahmemöglichkeit des Bundes im Bereich der Auftragsverwaltung [...]“.

⁹ Janz, Weisungsrecht, S. 118 ff. Eingehend zu den Auseinandersetzungen in Bezug auf das Weisungsrecht nach Art. 85 III GG Janz, Weisungsrecht, S. 167 ff.

¹⁰ Hartung, Atomaufsicht, S. 103; Janz, JuS 2003, 126 (127); Janz, Weisungsrecht, S. 117 f.; Lange, NVwZ 1990, 928; Lange, Weisungsrecht, S. 11; Ossenbühl, Der Staat 28 (1989), 31 ff. Hierzu auch Blümel, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 101 Rn. 48, Rn. 59; Ronellenfitsch, in: Bußjäger, Vollzug von Bundesrecht, S. 63 (S. 73 ff.); Shirvani, BayVBl. 2005, 164 (165); Steinberg, AöR 110 (1985), 419 (420 f.); Wieland, ZUR 2004, 7; Zieger/Bischof, in: BK-GG, Ordner 12, Stand: 171. Ergänzungslieferung 2015, Art. 87c (Zweitbearbeitung), Rn. 180 ff.

¹¹ Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) i. d. F. der Bekanntmachung v. 15.07.1985, BGBl. I S. 1565. Im Folgenden abgekürzt als AtG. Siehe zur Zweckbestimmung des Gesetzes nur dessen § 1.

¹² Hierzu etwa Schmitt/Wohlrab, NVwZ 2015, 193 (194) in Bezug auf § 1 Nr. 1, Nr. 2 AtG.

¹³ Hierzu Schmitt/Wohlrab, NVwZ 2015, 193 (194); Steinberg, AöR 110 (1985), 419.

Reaktorsicherheit gegenüber dem damaligen Hessischen Minister für Technik und Wirtschaft in Bezug auf die Brennelementefabriken Nukem II und Alkem II insbesondere hinsichtlich der Erteilung von Teilgenehmigungen nach § 7 AtG von dem Weisungsrecht des Art. 85 III GG Gebrauch gemacht.¹⁴ Auch in der Folgezeit betraf die Inanspruchnahme des Weisungsrechts des Art. 85 III GG weitestgehend die Nutzung der Kernenergie.¹⁵ Für großes Interesse in der Öffentlichkeit sorgte dabei vor allem das von dem damaligen Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit gegenüber dem damaligen nordrhein-westfälischen Minister für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie im Mai 1988 mittels Art. 85 III GG ausgesprochene Verbot, im Genehmigungsverfahren für die Errichtung des Schnellen Brüters Kalkar ein Gutachten bei der TÜV-Arbeitsgemeinschaft Kerntechnik West in Auftrag zu geben, um anlässlich des Reaktorunfalls in Tschernobyl vom 26.04.1986 zu prüfen, ob sich aus den hierdurch gewonnenen Erkenntnissen Konsequenzen für das atomrechtliche Genehmigungsverfahren des Kernkraftwerks Kalkar ergäben.¹⁶

Diese Nutzung des dem Bund durch Art. 85 III GG eingeräumten Weisungsrechts in der Rechtspraxis führte zu einer intensiven Auseinandersetzung des rechtswissenschaftlichen Schrifttums hiermit.¹⁷ Einer eingehenden Betrachtung wurde dabei insbesondere die Fallkonstellation, in der ein nach Art. 85 III GG angewiesenes Land die im Außenverhältnis vorzunehmende Maßnahme als rechtswidrig erachtet, unterzogen. Hierbei wurden sowohl die Rechtsschutzmöglichkeiten des angewiesenen Landes¹⁸ als auch die rechtlichen Möglichkeiten des Bundes, die

¹⁴ *Lange*, NVwZ 1990, 928; *Loschelder*, Weisungen, S. 23 ff.; *Tschentscher*, Bundesauftragsverwaltung, S. 30 ff.; *Zieger/Bischof*, in: BK-GG, Ordner 12, Stand: 171. Ergänzungslieferung 2015, Art. 87c (Zweitbearbeitung), Rn. 197, Rn. 201.

¹⁵ *Lange*, NVwZ 1990, 928; *Loschelder*, Weisungen, S. 31 f. Siehe die eingehende Darstellung von Konflikten im Bereich der Erzeugung und Nutzung der Kernenergie bei *Janz*, Weisungsrecht, S. 167 ff.; *Loschelder*, Weisungen, S. 23 ff.; *Zieger/Bischof*, in: BK-GG, Ordner 12, Stand: 171. Ergänzungslieferung 2015, Art. 87c (Zweitbearbeitung), Rn. 180 ff. Allerdings ist die etwa von *Blümel*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 101 Rn. 59 sowie *Ost/Pelzer*, atw 1979, 22 (23) getroffene Aussage, dass regelmäßig bzw. bei nahezu jedem atomrechtlichen Genehmigungsverfahren Weisungen ergingen, nicht hinreichend belegt und wohl durch eine Verwendung des Begriffs der Weisung im umgangssprachlichen Sinne bedingt. Siehe hierzu die überzeugende Argumentation bei *Hartung*, Atomaufsicht, S. 102 mit Fn. 459 sowie bei *Janz*, Weisungsrecht, S. 231 ff.

¹⁶ Zu diesem Sachverhalt siehe BVerfGE 81, 310 (311 ff.); *Janz*, Weisungsrecht, S. 173 ff.; *Lange*, Weisungsrecht, S. 125; *Loschelder*, Weisungen, S. 25 f.; *Tschentscher*, Bundesauftragsverwaltung, S. 33 ff. In BVerfGE 81, 310 (317 ff.) wird das Schreiben des Bundesministers, das die Weisung nach Art. 85 III GG enthielt („[...] sehe ich mich Veranlaßt [sic], Sie gemäß Artikel 85 Abs. 3 des Grundgesetzes anzuweisen, [...]“), wörtlich wiedergegeben.

¹⁷ Durch *Ossenbühl*, Weisungen des Bundes in der Bundesauftragsverwaltung, Der Staat 28 (1989), 31–48; *Lange*, Das Weisungsrecht des Bundes in der atomrechtlichen Auftragsverwaltung, 1990; *Tschentscher*, Bundesaufsicht in der Bundesauftragsverwaltung, 1992; *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003.

¹⁸ Hierzu *Steinberg*, Handlungs- und Entscheidungsspielräume des Landes bei der Bundesauftragsverwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Ausführung des Atomgesetzes,