

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 568

**Anfechtbarkeit und
Verbindlichkeit von Weisungen
in der Bundesauftragsverwaltung**

Von

Dr. Walter Pauly



Duncker & Humblot · Berlin

WALTER PAULY

**Anfechtbarkeit und Verbindlichkeit von Weisungen
in der Bundesauftragsverwaltung**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 568

Anfechtbarkeit und Verbindlichkeit von Weisungen in der Bundesauftragsverwaltung

**Von
Dr. Walter Pauly**



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Pauly, Walter:

Anfechtbarkeit und Verbindlichkeit von Weisungen in der
Bundesauftragsverwaltung / von Walter Pauly. – Berlin:

Duncker u. Humblot, 1989

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 568)

Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 1989

ISBN 3-428-06735-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-06735-5

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn im Sommersemester 1989 als Dissertation angenommen. Sie ist in den Jahren 1987 und 1988 entstanden. Die Hinweise auf Rechtsprechung und Schrifttum befinden sich auf dem Stand vom 1. Juni 1989.

Meinem Lehrer, Herrn Professor Dr. Bernhard Schlink, danke ich herzlich für seine umfassende Förderung und seinen überlegenen Rat. Herrn Professor Dr. Jost Pietzcker bin ich wegen mancher Anregung verpflichtet, die er als Zweitgutachter gegeben hat. Mein Dank gilt auch den Herren Professoren Dr. Josef Isensee und Dr. Christian Graf von Pestalozza, aus deren Seminaren ich in meiner Doktorandenzeit in Bonn bzw. Berlin erheblichen Nutzen ziehen konnte. Frau Ulla Held und die Herren Peter Dieners und Karl-Josef Stöhr, Kollegen am Institut für Öffentliches Recht der Universität Bonn bzw. am Institut für Staatslehre, Staats- und Verwaltungsrecht der Freien Universität Berlin, haben die Arbeit kritisch gelesen und mit fruchtbaren Gesprächen begleitet. Ihnen fühle ich mich besonders verbunden.

Dankbar bin ich außerdem der Konrad-Adenauer-Stiftung, die diese Arbeit durch die Gewährung eines Promotionsstipendiums großzügig gefördert hat, sowie Herrn Rechtsanwalt Norbert Simon für ihre Aufnahme in das Verlagsprogramm von Duncker & Humblot. Die Arbeit ist meinen Eltern gewidmet.

Berlin, Sommer 1989

W. P.

Inhaltsverzeichnis

1.	Problemexposition und Abriss der Gedankenführung	9
2.	Die Bundesauftragsverwaltung als Verwaltungsform	16
2.1.	Interpretationsansätze und Interpretationsprobleme	16
2.1.1.	Einführung	16
2.1.2.	Position und Kritik der herrschenden Lehre	19
2.1.3.	Ertrag der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	31
2.2.	Staatsrechtliche Auftragsverwaltung in Verfassungsgeschichte und Verfassungsgenese	34
2.2.1.	Die Entwicklung bis zum Ende der Weimarer Republik	36
2.2.1.1.	Spätkonstitutionalismus	36
2.2.1.2.	Weimarer Reichsverfassung	46
2.2.2.	Auslegungsertrag der Genese	56
2.2.3.	Die Essenz des historischen und genetischen Befundes	67
2.3.	Der Faktor „Staatlichkeit der Länder“	69
2.4.	Neufundierung der Länderposition in Art. 30 GG	80
3.	Das subjektive öffentliche Recht der Länder auf Kompetenz	97
3.1.	Begriff und Voraussetzungen subjektiver öffentlicher Rechte und insbesondere solcher auf Kompetenz	101
3.1.1.	Dogmengeschichte des Spätkonstitutionalismus	102
3.1.2.	Positionen und Begriffe in der Weimarer Diskussion	120
3.1.3.	Stand der Forschung und Kriterienauswahl	125
3.2.	Rechtszuweisung an die Länder	136
3.2.1.	Wortausgabe und Systematik des Art. 30 GG	136
3.2.2.	Bundesstaatliche Kontrastierung qua vertikaler Gewaltenteilung	140
3.2.2.1.	Spätkonstitutionelle Lehren	140

3.2.2.2.	Staatsrechtliche Lehren der Weimarer Zeit	157
3.2.2.3.	Ergebnisse und Konsequenzen der neueren Diskussion	169
4.	Das subjektive öffentliche Recht der Länder im auftragsrechtlichen Weisungsverhältnis	179
4.1.	Problemexposition und denkbare Einwände	179
4.2.	Der Ertrag verwandter Einzeldogmatiken	183
4.2.1.	Weisungen und Selbstverwaltungsgarantie im Kommunalrecht	183
4.2.2.	Grundrechte und Weisungen im Beamtenrecht	200
4.2.3.	Grundrechte und rechtswidrige Eingriffsakte	209
4.3.	Die normative Zuordnung von Art. 30 und 85 Abs. 3 GG	222
4.4.	Anfechtbarkeit und Verbindlichkeit von Weisungen in der Bundesauftragsverwaltung	233
5.	Ergebnis der Untersuchung	239
	Literaturverzeichnis	240

1. Problemexposition und Abriss der Gedankenführung

Selbst wenn Rechtswissenschaft und Rechtspraxis um die Unrechtmäßigkeit eines staatlichen Tuns wissen, ist damit noch nicht dessen judizielle Korrektur gesichert. Die Rechtsordnung kann mit Rechtswidrigkeiten ihrer Organe leben und fehlerhafte Rechtsakte in der Wirklichkeit stehen lassen. Kontroll- und Korrekturverfahren darf in der Regel nur der auslösen, den der rechtswidrige Akt in subjektiven Rechten trifft. Das subjektive Recht ist dabei Chiffre für die Zuweisung einer wehrfähigen Rechtsposition durch die Rechtsordnung an ein Rechtssubjekt. Folgerichtig ist die Diskussion darüber, ob die Länder rechtswidrige oder von ihnen für rechtswidrig erachtete Weisungen des Bundes in der Bundesauftragsverwaltung korrigieren bzw. kontrollieren lassen können, eine Diskussion um die Rechtsstellung der Länder in der Bundesauftragsverwaltung. Ist sie stark genug, den Bund auf die Schiene der Legalität zwingen zu können, oder ist sie so schwach, daß Rechtsauffassungen der Länder in der Bundesauftragsverwaltung dem Bund nur ein Rat sind? Mit Stärke und Stellung der Länder in der Bundesauftragsverwaltung wird zugleich etwas ausgesagt über Stärke und Stellung der Länder im grundgesetzlich verfaßten Bundesstaat. Weist er mit der Bundesauftragsverwaltung Züge einheitsstaatlicher Staatsräson gegenüber seinen Untergliederungen auf, oder bleibt er auch in dieser Verwaltungsform ein Bundesstaat mit verbindlichen vertikalen Zuständigkeitsgrenzen, rechtlich definierten Bundesingenenzen und einer gewaltenteilenden Kontrastierung von Bund und Ländern, die den Kampf um die Rechtmäßigkeit in der Bundesauftragsverwaltung so selbstverständlich zuläßt und fordert, wie sie ihn um „die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht“¹ mit dem Grundgesetz und sonst „bei Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten des Bundes . . . , insbesondere bei der Ausführung von Bundesrecht durch die Länder und bei der Ausübung der Bundesaufsicht“² eröffnet?

Die verfassungsrechtliche Fragestellung trifft auf eine politische Lage, die weniger tagespolitisch ist, als in der Tagespolitik ephemere Einkleidungen für einen sich erst ausbildenden Typus politischen Streits findet. Nicht neu, sondern repräsentativ für politische Streitigkeiten und Streitformen in der Bundesrepublik ist daran, daß der Streit seine vorgesehene Fortsetzung im Verfassungsrecht findet. Die Lage ist neu. Länder zeigen sich gegenüber Bundesweisungen nicht länger politisch indolent. Lange haben sie mit Gleichmut die

¹ Vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG.

² Vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG.

praktisch jedes atomrechtliche Genehmigungsverfahren begleitenden Einzelweisungen³ hingenommen und den Bundesverkehrsminister unbehelligt seinem weisungsrechtlichen Alltagsgeschäft⁴ nachgehen lassen. Grund dafür war die kaum begründete, aber auch kaum begründet angefochtene herrschende Rechtsauffassung, den Ländern fehle ein entsprechendes Abwehrrecht. Bundesstaatliche Kooperation und informeller Dialog im Vorfeld von Entscheidungen haben hier nicht, weil auch in anderen Bereichen nicht, den gerichtlichen Streit zwischen Bund und Ländern erübrigt. Auch Bundesfreundlichkeit als Gebot des Verfassungsrechts hat hier nicht den Streit verhindert, denn anderswo ist sie auch nur Streitpunkt und Streithelfer gewesen.⁵

Die dissentierenden Länder bescheiden sich nun auch nicht mit der Rolle des Weisungsoffiziers, das im eigenen politischen Lager auf die umfassende Unterworfenheit unter den Bund hinweist und den Bund mit seinen vorzeigbaren, ihm womöglich abgetrotzten Weisungen vorführt. Statt dessen kündigten sie in der zweiten Hälfte der achtziger Jahre immer ernster den ersten Weisungsrechtsstreit in der Bundesauftragsverwaltung an;⁶ seit November 1988 ist ein entsprechendes Verfahren beim Bundesverfassungsgericht anhängig.⁷ Die aufkommende Renitenz nehmen die bundespolitischen Dissenter unter den Ländern aus dem erwachenden Bewußtsein, doch eine eigene verfassungsrechtliche und zur Weisungsabwehr geeignete Position innezuhaben. Katalysierend wirkt, daß derzeit im Kreise der bundesdeutschen Regierungen zwei politische Strömungen fundamental auseinandertriften und der Spaltkeil zum Gutteil auf den Feldern der Bundesauftragsverwaltung ansetzt: umweltpolitisch motiviert in den Fragen von Erhaltung und Ausbau des Bundesfernstraßennetzes und der Kernenergienutzung. Das ist die Lage, was daran aber Typus?

³ Dazu *Ronellenfitsch*, Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren, S. 292 und *Wagner*, DVBl 1987, S. 917. Vgl. auch BVerfGE 53, 30/42 und *Feuchte*, in: Jeserich u. a. (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Band 5, S. 128.

⁴ Dazu die in ihrem zweiten Teil verwaltungskundliche Untersuchung von *Wolst*, Die Bundesauftragsverwaltung als Verwaltungsform, S. 119.

⁵ Das belegt die Häufigkeit der Bezugnahme auf die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten in den Schriftsätzen der Länder im Rahmen verfassungsgerichtlicher Streitigkeiten. Vgl. als Auswahl BVerfGE 12, 205/217 f.; 13, 54/62; 21, 312/315; 43, 291/333; 72, 330/373.

⁶ Zum Verlauf des Streites zwischen dem Bund und der Hessischen Landesregierung um die Hanauer Nuklearbetriebe vgl. *Tschentscher*, Inhalt und Schranken des Weisungsrechts des Bundes aus Art. 85 III GG, S. 2 ff.; zum Konflikt zwischen dem Bund und Nordrhein-Westfalen um den Schnellen Brüter in Kalkar vgl. FAZ v. 5. 10. 1987, Nr. 230, S. 1; FAZ v. 8. 7. 1988, Nr. 156, S. 4 und FAZ v. 8. 11. 1988, Nr. 261, S. 5; zur Lage hinsichtlich der Kernkraftnutzung in Schleswig-Holstein vgl. Die Zeit v. 26. 8. 1988, Nr. 35, S. 16.

⁷ Nach Auskunft der Geschäftsstelle des zweiten Senats ist seit November 1988 ein Bund/Länder-Streitverfahren unter dem Aktenzeichen 2 BvG 1/88 anhängig, in dem sich die Landesregierung Nordrhein-Westfalen gegen eine Bundesweisung in Sachen Schneller Brüter Kalkar wendet. Das Land beruft sich juristisch unter anderem auf Art. 30 und 85 GG.

Politik kennt Typen der Auseinandersetzung. Klassisch ist der Konflikt von Regierung und Parlament. Bundesstaatlichkeit fügt der Politik Konflikttypen hinzu. Einer davon ist der auftragsrechtliche Weisungsstreit, der ein Streit von Regierungen um administrative Angelegenheiten ist. In ihm wird der zugrundeliegende administrative Konflikt zwischen Instanzen ausgetragen, denen zur Konfliktbewältigung kein gemeinsames parlamentarisches Forum zur Verfügung steht. Jede Seite unterliegt zwar den parlamentarischen Kontrollen und Einwirkungen ihrer Ebene, aber der eigentliche Streit kann nur von den – möglicherweise parlamentarisch konditionierten – Regierungen geführt werden. Sie führen ihn politisch um die sachliche Richtigkeit des Weisungsinhaltes und gegebenenfalls juristisch um die Weisungsgrenzen. Der Umstand, daß die Verfassung ein Weisungsverhältnis installiert hat, das dem Bund, solange er die Weisungsgrenzen achtet, das letzte Wort sichert, beendet die politische Diskussion nicht. Selbst dann, wenn eine juristisch korrekte Weisung Länderpositionen jede Erfolgsaussicht raubt, kann für die Länder dennoch das Aufzeigen einer Alternative politisch lohnen. Trotz der Hierarchie können die Länder Grund haben, Kontrastpositionen zu beziehen. Das liegt teils an dem ihnen eigenen Machterhaltungs- und Machtgewinnungsinteresse, teils an Stellvertreterfunktionen für bundespolitische Opposition und teils an ihrer eigenen demokratischen Legitimation.

Daß sich die Länder mit Bundesweisungen kritisch auseinandersetzen, obwohl diese nach Form, Inhalt und Zeitpunkt primär Sache des Bundes sind, ist zunächst politisch begründet. Bundesweisungen schränken den Handlungsspielraum der Landespolitik ein und verschaffen einer bestimmten Bundespolitik Vorrang vor einer bestimmten Landespolitik. Das ist für die Länder Grund genug, sich mit der zu Bundesweisungen geronnenen Bundespolitik zu beschäftigen. Der Zusammenhang von Bundes- und Landespolitik kann aber noch genereller gefaßt werden: Weil Landespolitik von Bundespolitik betroffen wird, weil sie zunehmend Bundespolitik mitbetreibt, weil Landtagswahlkämpfe verstärkt mit bundespolitischen Themen besetzt werden und durch diese sogar entschieden werden können, sind die Politikbereiche für die Regierungen nicht mehr sauber zu trennen. Politisch nehmen beide föderalen Seiten Stellung zum Gesamtkomplex der Einzelpolitiken und als Regierungen tun sie dies immer mit dem Gewicht ihrer hauseigenen demokratischen Legitimation.

Für die rechtliche Beurteilung ist eine politische Praxis keine feste Vorgabe. Demokratisches Prestige von Regierungen kann nicht Kompetenzordnungen sprengen, und in juristisch ausspielbaren Weisungshierarchien kann ein Streit schnell erledigt werden. Wie weit Weisungshierarchien ausgespielt oder nicht ausgespielt werden können und dürfen, also wie weit das bundesstaatliche Pluriversum politischer Entscheidungszentralen im auftragsrechtlichen Weisungsverhältnis erhalten wird, und inwieweit es zusammenbricht, ist und bleibt eine Rechtsfrage. Dennoch kann bei der anstehenden Rechtsfindung die bundes-