

## Übungsfall: Der Atomkonsens

Von Akad. Rätin Dr. **Sophie-Charlotte Lenski**, München\*

### Sachverhalt

Im Kernkraftwerk K im Bundesland L kommt es Anfang des Jahres zu einem Störfall, bei dem an zwei Stellen Druckleitungen des Kühlsystems platzen. Das Kraftwerk wird sofort abgeschaltet. Hinzugezogene Fachleute halten es für ausreichend, die beiden defekten Rohrteile zu ersetzen. Nachdem die Reparatur ausgeführt worden ist, hat die zuständige Ministerin des Landes L zunächst Bedenken, die Wiederaufnahme des Betriebes zuzulassen. Sie fordert eine Stellungnahme ihres Ministerialdirigenten D an, des Leiters der Abteilung Reaktorsicherheit. Als dieser die Wiedereinbetriebnahme des Kraftwerks befürwortet, bereitet die Landesministerin eine entsprechende Entscheidung vor.

Der Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit hält diese Maßnahme vor dem Hintergrund eigener Untersuchungen seines Ministeriums für voreilig, zumal die Bundesregierung soeben den „Einstieg in den Ausstieg“ beschlossen hat. Er fordert die Landesministerin auf, die Gestattung der Wiederaufnahme des Kraftwerkbetriebes nicht zu erteilen, was diese unter Hinweis auf die Grundrechte des Kraftwerksbetreibers jedoch ablehnt. Ein Gespräch zwischen beiden Ministern, bei dem der Bundesminister sein Weisungsrecht betont, führt zu keinem Einvernehmen darüber, ob Grundrechte und das Atomgesetz einer Stilllegung entgegenstehen. Im Mai weist der Bundesminister die Landesministerin daher an,

- die Gestattung der Wiederaufnahme des Kraftwerkbetriebes des Kraftwerks K erst nach bundesaufsichtlicher Zustimmung zu erteilen sowie
- den Ministerialdirigenten D abzulösen und ihm einen Dienstposten außerhalb der Abteilung Reaktorsicherheit zuzuweisen.

Zeitgleich treibt die Bundesregierung ihre Bemühungen um einen Atomausstieg voran. Im Juni paraphieren Vertreter von vier Energieversorgungsunternehmen (zu denen auch der Betreiber des Kernkraftwerks K gehört) und der Bundesregierung eine Vereinbarung zur schrittweisen Stilllegung der deutschen Atomkraftwerke. Der Text der Vereinbarung wird den Umweltministerien der Länder durch das BMU „zur Kenntnis“ übersandt. Der Bund beteiligt das Land L jedoch weder an den vorausgehenden Gesprächen noch am Abschluss der Vereinbarung. In der Vereinbarung wird als Anlage 2 unter der Überschrift „Sicherheitsstandards/Staatliche Aufsicht“ betreffend das Kernkraftwerk K Folgendes ausgeführt:

„Das BMU wird gegenüber der zuständigen Genehmigungsbehörde des Landes Maßnahmen zur Beschleunigung der Genehmigungsverfahren festlegen; dazu gehören eine Strukturierung der Verfahren und eine Definition der Bewertungsmaßstäbe. Unter der Voraussetzung einer (näher bestimmten) Erklärung des Betreibers wird

binnen drei Monaten über ein Nachrüstungsprogramm entschieden, das sowohl den sicheren Betrieb gewährleistet als auch in angemessenem Verhältnis zur Restnutzung steht. Die nachträglichen Auflagen werden in diesem Fall angepasst.“

Die Landesregierung ist von diesem Vorgehen empört. Bereits die Weisung hält sie für rechtswidrig. Die Nichterteilung der Genehmigung verstoße gegen das Atomgesetz und die Grundrechte des Betreibers. Darin liege auch ein Verstoß gegen die Rechte des Landes L aus Art. 85 Abs. 3 GG. Schließlich verletze auch die einschlägige Passage im Atomkonsens das Land L in seinen Rechten. Art. 85 Abs. 3 GG sei keine Regelung, die dem Bund die Ausübung staatlicher Befugnisse und die Erfüllung staatlicher Aufgaben im Außenverhältnis Dritten gegenüber erlaube. Auch insofern liege ein Verstoß gegen das Grundgesetz vor.

Das Land L wendet sich daher im August mit einem Antrag an das Bundesverfassungsgericht gegen die Weisung sowie die das Kernkraftwerk K betreffenden Passagen des Atomkonsenses.

**Bearbeitervermerk:** Hat der Antrag Erfolg?

### Lösungsvorschlag

Mit dem Antrag des Landes werden sowohl die Weisung des Bundesumweltministers als auch die K betreffenden Passagen des Atomkonsenses beanstandet. Es handelt sich damit um zwei getrennte Streitgegenstände und damit auch um zwei verschiedene Anträge, die getrennt voneinander zu prüfen sind.

Die Anträge haben Erfolg, wenn sie zulässig und begründet sind.

### Erster Teil: Weisung des BMU

#### A. Zulässigkeit

##### I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts

Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für einen hier vorliegenden Bund-Länder-Streit ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG.

##### II. Beteiligtenfähigkeit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, § 68 BVerfGG

Antragsteller und Antragsgegner im Bund-Länder-Streit können nur für den Bund die Bundesregierung und für ein Land die Landesregierung sein. § 68 BVerfGG ist eine abschließende Regelung. Die Landesregierung des Bundeslandes L ist deshalb als Antragstellerin, die Bundesregierung als Antragsgegnerin beteiligtenfähig. Die Regierungen treten in Prozessstandschaft für den Bund bzw. das Land auf.

##### III. Antragsgegenstand, §§ 69, 64 Abs. 1 BVerfGG

Antragsgegenstand im Rahmen des Bund-Länder-Streits kann jede Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners sein, die rechtserheblich ist. Die Weisung des Bundesumweltmi-

\* Die Verfasserin ist Akademische Rätin an der Ludwig-Maximilians-Universität München am Lehrstuhl von Prof. Dr. Jens Kersten.

nisters ist geeignet, in den Rechtskreis des Landes einzugreifen. Es liegt damit ein tauglicher Antragsgegenstand vor.

#### IV. Antragsbefugnis, §§ 69, 64 Abs. 1 BVerfGG

Weiterhin müsste das Land gem. §§ 69, 64 Abs. 1 BVerfGG antragsbefugt sein, d.h. geltend machen können, in einem ihm durch das Grundgesetz übertragenen Recht verletzt oder unmittelbar gefährdet zu sein.

Dabei genügt es, dass sich aus dem Sachvortrag des Antragstellers die Verletzung oder Gefährdung eines Rechts aus einem Bund und Land umschließenden materiellen Verfassungsverhältnis als mögliche Rechtsfolge ergibt. Die Rechtsposition selbst muss dem Land in der von ihm geltend gemachten Art zustehen,<sup>1</sup> die Rechtsverletzung oder Gefährdung dieses Rechtes muss möglich sein.

Hier kommt eine Verletzung der Rechte des Landes aus Art. 85 GG und namentlich dessen Abs. 3 in Betracht. Art. 85 GG normiert nicht nur Weisungs- und sonstige Aufsichtsrechte des Bundes, sondern regelt zugleich auch die Grenzen dieser Rechte und räumt damit den Ländern ein Abwehrrecht gegen unberechtigte Weisungen ein.

Es kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der Bundesumweltminister die Grenzen seines Weisungsrechts im vorliegenden Fall überschritten und das Land somit in seinen Rechten verletzt hat. Das Land ist somit antragsbefugt.

Dagegen ist der behauptete Verstoß gegen das einfache Atomrecht grundsätzlich nicht geeignet, die Möglichkeit der Verletzung oder Gefährdung von durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten des Landes i.S.v. §§ 69 i.V.m. 64 Abs. 1 BVerfGG darzulegen.

#### V. Form und Frist

Anträge, die das Verfahren einleiten, sind gemäß § 23 Abs. 1 BVerfGG schriftlich beim Bundesverfassungsgericht einzureichen und zu begründen. Gem. §§ 69 i.V.m. 64 Abs. 2 BVerfGG ist die Bestimmung des Grundgesetzes zu bezeichnen, gegen die durch die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners verstoßen wird. Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ist von der Einhaltung der Formvorschrift auszugehen.

Der Antrag im Bund-Länder-Streit muss binnen sechs Monaten, nachdem die beanstandete Maßnahme dem Antragsteller bekannt geworden ist, gestellt werden, §§ 69 i.V.m. 64 Abs. 3 BVerfGG. Da die Weisung im Mai erfolgte und der Antrag im August gestellt wurde, ist die Frist hier eingehalten.

#### VII. Zwischenergebnis

Der Antrag der Landesregierung des Landes L im Bund-Länder-Streit ist somit zulässig.

<sup>1</sup> Vgl. BVerfGE 81, 310 (329).

#### B. Begründetheit

Der Antrag des Landes ist begründet, wenn die Weisung des BMU gegen das Grundgesetz verstößt und das Land tatsächlich in seinen verfassungsrechtlichen Rechten verletzt.

Wegen ihres unterschiedlichen Inhalts sind die beiden (Teil-)Weisungen des BMU gesondert zu prüfen.

#### I. Weisung, die Wiedergestattung nur nach Zustimmung zu erteilen

Zu prüfen ist zunächst, ob die Weisung, die Wiedergestattung nur nach bundesaufsichtlicher Zustimmung zu erteilen, gegen das Grundgesetz verstößt und das Land in seinen Rechten verletzt. Dies wäre der Fall, wenn die geschriebenen und ungeschriebenen Anforderungen des Art. 85 Abs. 3 GG an die Ausübung des Weisungsrechts nicht beachtet worden wären.

##### 1. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Weisung ist hier Art. 85 Abs. 3 GG. Diese Ermächtigung ist jedoch nur einschlägig, wenn ein Fall der Auftragsverwaltung vorliegt. Die Erteilung atomrechtlicher Genehmigungen und deren Widerruf müsste also von den Ländern im Auftrag des Bundes ausgeführt werden.

Nach Art. 30, 83 GG ist die Ausführung der Bundesgesetze Sache der Länder, soweit nicht das Grundgesetz etwas anderes bestimmt oder zulässt. Die Länder führen hierbei die Bundesgesetze grundsätzlich als eigene Angelegenheiten aus, Art. 83, 84 GG. Daneben sieht das Grundgesetz für bestimmte, von ihm selbst festgelegte oder ausdrücklich zugelassene Materien eine Ausführung „im Auftrag des Bundes“ vor, Art. 85 Abs. 1 GG.

Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren wird auf der Grundlage des Atomgesetzes, also von Bundesrecht durchgeführt. Gem. Art. 87c GG i.V.m. § 24 Abs. 1 AtomG wird das Atomrecht von den Ländern im Auftrag des Bundes ausgeführt. Ein Fall der Bundesauftragsverwaltung liegt damit vor. Art. 85 Abs. 3 GG ist damit eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für die Weisung.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Auch die Bundesauftragsverwaltung ist eine Form der Landesverwaltung. Die Länder sind hierbei keineswegs bloße Bundesorgane, sondern üben eigene Landesstaatsgewalt aus (vgl. BVerfGE 81, 310 [331]). Allerdings ist die Eigenständigkeit der Länder im Rahmen der Auftragsverwaltung deutlich begrenzt: Während bei der Landeseigenverwaltung, d.h. bei einer Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder als eigene Angelegenheiten (Art. 84 GG) dem Bund als Kontrollbefugnis nur eine Rechtsaufsicht zukommt, die in ein besonderes Verfahren der Mängelrüge und Beseitigung eingebunden ist (Art. 84 Abs. 3 und 4 GG), und Weisungsrechte nur für besondere Fälle vorgesehen sind (Art. 84 Abs. 5 GG), unterstehen im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung die Länder von vornherein und ohne besonderes Verfahren den Weisungen der zuständigen obersten Bundesbehörden in Bezug auf Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Gesetzesausführung (Art. 85 Abs. 4 S. 1 GG). Die Bundesregie-

## 2. Formelle Verfassungsmäßigkeit der Weisung

Fraglich ist, ob die Weisung formell verfassungsgemäß ist.

### a) Zuständigkeit

Gem. Art. 85 Abs. 3 GG können Weisungen nur von der zuständigen obersten Bundesbehörde erteilt werden. Der Bundesumweltminister ist als fachlich mit der Atomenergie betraute oberste Bundesbehörde somit zuständig.

Weisungen sind nach Art. 85 Abs. 3 S. 2 GG grundsätzlich, außer in Fällen einer Dringlichkeit, an die oberste Landesbehörde zu richten. Die Weisung richtete sich im vorliegenden Fall an die Landesministerin für Umwelt, sie erging also auch an den richtigen Weisungsgegner.

### b) Verfahren

Besondere geschriebene Verfahrensvorschriften enthält das Grundgesetz für die Erteilung einer Weisung nach Art. 85 Abs. 3 GG nicht. Es könnten sich aber bestimmte Verfahrenspflichten aus dem in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten Bundesstaatsprinzip und dem in ihm verankerten Prinzip der Bundestreue ergeben.

Der Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens wird aus dem Bundesstaatsprinzip abgeleitet und verpflichtet sowohl den Bund als auch die Länder, bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen die gebotene und ihnen zumutbare Rücksicht auf das Gesamtinteresse des Bundesstaates und auf die Belange der Länder zu nehmen.<sup>3</sup> Dieser Grundsatz kann nicht zur Erweiterung von Kompetenzen herangezogen werden, er setzt jedoch der Ausübung grundgesetzlich gewährter Kompetenzen bestimmte Schranken.<sup>4</sup> Allerdings liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens nicht grundsätzlich schon dann vor, wenn eine dem Bund übertragene Kompetenz in Anspruch genommen wird. Die Inanspruchnahme kann jedoch im konkreten Fall gegen bestimmte verfahrensbezogene Pflichten verstoßen.<sup>5</sup>

Aus dem im Prinzip der Bundestreue verankerten Rücksichtnahmegebot folgt als prozedurale Pflicht im Rahmen des Weisungsrechts zunächst die Pflicht des Weisungsgebers, dem Weisungsempfänger vor Erlass der Weisung diese anzukündigen und ihm die Möglichkeit der Stellungnahme zu geben. Abgesehen von Fällen besonderer Eilbedürftigkeit muss dem Land regelmäßig Gelegenheit gegeben werden, seine Auffassung vor Weisungserlass darzulegen; diese Stellungnahme muss vom Bundesminister erwogen werden. Dies ist im vorliegenden Fall im Rahmen mehrerer Gespräche und schriftlicher Stellungnahmen geschehen. Die aus dem Prinzip der Bundestreue folgenden Verfahrensvorschriften wurden also eingehalten.

---

zung kann zu diesem Zwecke Bericht und Vorlage der Akten verlangen und Beauftragte zu allen Behörden entsenden (Art. 85 Abs. 4 S. 2 GG).

<sup>3</sup> BVerfGE 32, 199 (218); 43, 291 (348); 81, 319 (337).

<sup>4</sup> BVerfGE 81, 310.

<sup>5</sup> BVerfGE 12, 205 (255).

### c) Form

In formeller Hinsicht stellt das Prinzip der Bundestreue das Gebot auf, die Weisung hinreichend bestimmt zu fassen, damit das Land hinreichend genau erkennen kann, welche Schritte genau von ihm erwartet werden. Die angewiesene Behörde muss erkennen können, dass ihr gegenüber eine Weisung erteilt worden ist und welche Vorgaben für welches Verwaltungshandeln diese Weisung enthält. Der Adressat muss unter Zuhilfenahme seiner Erkenntnismöglichkeiten den objektiven Sinn der Weisung ermitteln können, wofür auch vorausgegangene Kontakte von Bedeutung sein können. Auch diese Anforderungen wurden hier erfüllt.<sup>6</sup>

### 3. Materielle Verfassungsmäßigkeit der Weisung

Fraglich ist, ob die Weisung auch materiell rechtmäßig ist. Dies ist der Fall, wenn sich die Weisung in den Grenzen der Weisungsermächtigung hält.

#### a) Reichweite des Weisungsrechts

Fraglich ist zunächst, welche sachliche Reichweite das Weisungsrecht des Bundesministers nach Art. 85 Abs. 3 GG hat.

Im Rahmen der Auftragsverwaltung obliegt dem Bund gem. Art. 85 Abs. 4 S. 1 GG die Sach- und Rechtsaufsicht über die Landesbehörden. Innerhalb dieser Aufsichtsgrenzen kann der Bund daher von seinem Weisungsrecht Gebrauch machen. Dabei umfasst das Aufsichts- und damit das Weisungsrecht sowohl die nach außen wirksame Sachentscheidung selbst als auch vorbereitendes internes Verwaltungshandeln.

Daraus folgt, dass die sog. Wahrnehmungskompetenz, d.h. das Handeln und die Verantwortlichkeit nach außen, unentziehbar beim Land liegt. Der Bund könnte also nicht im Außenverhältnis gegenüber dem Kraftwerksbetreiber tätig werden und beispielsweise die Anordnung des Landesministeriums selbst aufheben. Die sog. Sachkompetenz, d.h. die inhaltliche Bestimmung des Verwaltungshandelns, liegt hingegen nur so lange beim Land, wie der Bund sie nicht an sich zieht, wozu er jederzeit berechtigt ist. Rechte des Landes werden dadurch nicht berührt, da ihm die Sachkompetenz von vornherein nur unter dem Vorbehalt zusteht, dass sie nicht vom Bund in Anspruch genommen wird.<sup>7</sup>

Da der Bundesumweltminister hier nicht selbst nach außen tätig wird, sondern lediglich inhaltlich das Handeln der Landesverwaltung vorschreibt, d.h. lediglich die Sachkompetenz, nicht jedoch die Wahrnehmungskompetenz auf den Bund übergeht, hält sich die Weisung somit innerhalb der sachlichen Grenzen des Weisungsrechts.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Die Stellung des Bestimmtheitsgrundsatzes im Prüfungsaufbau ist umstritten. Neben der Prüfung innerhalb der formellen Verfassungsmäßigkeit unter dem Prüfungspunkt der Form ist es auch vertretbar, den Bestimmtheitsgrundsatz als materielle Anforderung zu begreifen und innerhalb der materiellen Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

<sup>7</sup> BVerfGE 81, 310 (332).

<sup>8</sup> Zieht die zuständige oberste Bundesbehörde die Sachkompetenz an sich, trägt die Landesverwaltung für das Zustande-

*b) Materielle Grenzen des Weisungsrechts*

Fraglich ist jedoch schließlich, ob die Rechtmäßigkeit des Inhalts der Weisungsbefugnis weitere, ungeschriebene Grenzen setzt. Da durch eine entsprechende Weisung die Sachkompetenz vom Land auf den Bund übergeht, kann sich das Land grundsätzlich nicht auf die Rechtswidrigkeit des Weisungsinhalts berufen, muss es also grundsätzlich hinnehmen, zu einem rechtswidrigen Verhalten angewiesen zu werden. Denn die dem Land verbleibende Wahrnehmungskompetenz wird von einer rechtswidrigen Weisung nicht betroffen. Zwar muss das Land insoweit im Rahmen des nach außen wirkenden Weisungsvollzugs für den Inhalt einstehen, als es bei gerichtlicher Überprüfung passivlegitimiert ist. Dies ist allerdings nur eine Folge des Auseinanderfallens von Wahrnehmungs- und Sachkompetenz, und auch im Rahmen anderer Auftragsverwaltungen (etwa im kommunalen Bereich) anzutreffen. Die parlamentarische Verantwortlichkeit liegt aber beim zuständigen Bundesminister, und auch die Ausgabenverantwortung liegt beim Bund, Art. 104a Abs. 2 und Abs. 5 S. 1 GG.<sup>9</sup> Im vorliegenden Fall berührt ein etwaiger Verstoß der Weisung gegen das Atomrecht oder die Grundrechte des Betreibers die materielle Verfassungsmäßigkeit der Weisung daher grundsätzlich nicht.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz und damit eine Grenze der alleinigen Sachverantwortlichkeit des Bundes im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung „ergibt sich allerdings in dem äußersten Fall, dass eine zuständige oberste Bundesbehörde unter grober Missachtung der ihr obliegenden Obhutspflicht zu einem Tun oder Unterlassen anweist, welches im Hinblick auf die damit einhergehende allgemeine Gefährdung oder Verletzung bedeutender Rechtsgüter schlechterdings nicht verantwortet werden kann. Diese Grenze folgt daraus, dass bei der Ausführung der Bundesgesetze Bund und Länder – unbeschadet bestehender Kompetenzverteilungen – eine gemeinsame Verantwortung für den Bestand des Staates und seiner Verfassungsordnung sowie für die Abwehr kollektiver Existenzgefährdungen tragen.“<sup>10</sup>

Für eine solche Unverantwortlichkeit der Entscheidung des Bundesumweltministers gibt es hier keinerlei Anhaltspunkte, so dass auch die materiellen Grenzen des Weisungsrechts gewahrt wurden.

---

kommen des Sachurteils insoweit keine Verantwortung mehr. Der Umfang, innerhalb dessen die Sachkompetenz auf den Bund übertragen werden kann, ist dabei umfassend zu verstehen. So kann Gegenstand einer Weisung nicht nur eine konkrete, gegenüber einem Dritten zu erlassende Entscheidung sein, sondern etwa auch die Art und Weise der Sachverhaltsermittlung und Sachverhaltensbewertung. Gleiches gilt auch für die Gesetzesauslegung als normative Seite der Gesetzesanwendung. Denn auch bei der Gewinnung der rechtlichen Maßstäbe steht dem Bund ein umfassendes Aufsichts- und damit korrespondierend ein Weisungsrecht zu. Auch die Festlegung auf eine bestimmte Gesetzesauslegung ist mithin von der Weisungskompetenz umfasst.

<sup>9</sup> BVerfGE 81, 319 (333).

<sup>10</sup> BVerfGE 81, 319 (333).

*4. Zwischenergebnis*

Die Weisung hinsichtlich der Wiedergestattung des Kraftwerkbetriebs war damit formell und materiell verfassungsgemäß. Sie verletzt das Land L nicht in seinen Rechten.

**II. Weisung, den D abzulösen**

Fraglich ist, ob auch die Weisung, den D abzulösen, verfassungsgemäß ist. Hier ist bereits fraglich, auf welche Ermächtigungsgrundlage sich die Weisung stützen kann.

*1. Weisungsbefugnis gem. Art. 85 Abs. 3 GG?*

Zunächst könnte die Weisung durch die Weisungsbefugnis des Art. 85 Abs. 3 GG gedeckt sein. Diese Weisungsbefugnis gibt dem Bund jedoch nur die Befugnis, die Sachkompetenz an sich zu ziehen. Die Weisung, den D zu entlassen, betrifft aber nicht solche inhaltlichen, die Sachkompetenz berührenden Fragen, sondern bezieht sich vielmehr auf eine Maßnahme im Bereich des Organisations- und Personalwesens. Diese organisatorischen Fragen sind jedoch Teil der Wahrnehmungskompetenz, die uneingeschränkt beim Land liegt. Den Ländern steht insofern die umfassende Organisationsgewalt zu, da auch die Auftragsverwaltung eine Form der Landesverwaltung ist. Die Weisung lässt sich daher nicht auf Art. 85 Abs. 3 GG stützen.

*2. Einvernehmen gem. Art. 85 Abs. 2 S. 3 GG?*

Die Weisung könnte sich jedoch ggf. auf die Vorschrift des Art. 85 Abs. 2 S. 3 GG stützen. Danach sind die Leiter der Mittelbehörden im Einvernehmen mit der Bundesregierung zu bestellen. Allerdings regelt diese Vorschrift zum einen lediglich das Erfordernis des Einvernehmens, nicht jedoch ein Recht zur Weisung, zum anderen sind von der Norm auch nur Leiter von Mittelbehörden erfasst. D ist aber Ministerialbeamter und damit Beamter einer obersten Landesbehörde. Im Übrigen regelt Abs. 2 nur Kompetenzen der Bundesregierung als Kollegium, nicht der einzelnen Bundesminister. Auch auf Art. 85 Abs. 2 S. 3 GG kann sich die Weisung somit nicht stützen.

*3. Organisationsregelung gem. Art. 85 Abs. 1 GG?*

Schließlich könnte die Weisung, den D abzulösen, aber als Organisationsregelung gem. Art. 85 Abs. 1 GG zulässig sein. Allerdings ist die Einzelweisung zum einen keine Regelung zur „Einrichtung von Behörden“, sondern eine konkrete Personalentscheidung im Einzelfall. Zum anderen wäre für eine solche Organisationsregelung ein Bundesgesetz erforderlich, nicht lediglich eine Einzelweisung. Auch auf Art. 85 Abs. 1 GG kann sich die Weisung daher nicht stützen.

*4. Ergebnis*

Der zweite Teil der Weisung ist damit verfassungswidrig. Er verletzt das Land auch in seinen Rechten aus Art. 85 GG, da diese Norm nicht nur objektiv die Befugnisse des Bundes innerhalb der Auftragsverwaltung, sondern umgekehrt auch dessen Grenzen und damit entsprechende Abwehrrechte der Länder enthält.

### C. Ergebnis

Der Antrag hinsichtlich der Weisung des BMU ist somit zulässig, aber nur in Bezug auf den zweiten Teil der Weisung begründet, im Übrigen unbegründet. Er wird nur teilweise Erfolg haben.

### Zweiter Teil: Atomkonsens

#### A. Zulässigkeit

##### I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts

Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für einen hier vorliegenden Bund-Länder-Streit ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG.

##### II. Beteiligtenfähigkeit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG i.V.m. § 68 BVerfGG

Das Land ist als Antragsteller, der Bund als Antragsgegner beteiligtenfähig.

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

Antragsgegenstand im Rahmen des Bund-Länder-Streits kann jede Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners sein, die rechtserheblich ist. Fraglich ist, ob mit dem Atomkonsens eine solche rechtserhebliche Maßnahme vorliegt, da die Bundesregierung hier gerade keine Maßnahme förmlichen Staatshandelns ergriffen hat. Allerdings ist mittlerweile anerkannt, dass auch informelles Staatshandeln zumindest dann Rechtserheblichkeit besitzen kann, wenn es wie hier einen Bezug zum Rechtskreis eines außerhalb des Staates stehenden Dritten hat. Da hier durch den Atomkonsens mit den Energieversorgern konkrete Absprachen hinsichtlich des Betriebs des Kernkraftwerkes K getroffen werden, ist die Maßnahme rechtserheblich und stellt somit einen tauglichen Antragsgegenstand dar.

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

Weiterhin müsste das Land gem. §§ 69, 64 Abs. 1 BVerfGG antragsbefugt sein, d.h. geltend machen können, in ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet zu sein. Hier kommt eine Verletzung der Rechte des Landes aus Art. 85 GG in Betracht. Im Rahmen dieser Vorschrift steht dem Land u.a. auch die sog. Wahrnehmungskompetenz zu, dass heißt das Recht, in Angelegenheiten der Bundesauftragsverwaltung ausschließlich selbst nach außen gegenüber Dritten tätig zu werden. Dieses Recht könnte hier durch den Abschluss des Atomkonsenses der Bundesregierung mit den Energieversorgern verletzt sein. Das Land ist somit antragsbefugt.

##### V. Form und Frist

Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ist von der Einhaltung der Formvorschrift auszugehen. Die Frist wurde gewahrt.

### VI. Zwischenergebnis

Der Antrag der Landesregierung des Landes L im Bund-Länder-Streit ist somit zulässig.

#### B. Begründetheit

Der Antrag des Landes ist begründet, wenn die Passagen des Atomkonsenses, die das Kernkraftwerk K betreffen, gegen das Grundgesetz verstoßen und das Land L in seinen Rechten verletzen.

##### I. Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist zunächst, auf welcher Grundlage die Bundesregierung hier tätig werden konnte. Da es sich auch bei Abschluss des Atomkonsens um eine Maßnahme des Verwaltungshandelns (wenn auch um eine solche des informellen Verwaltungshandelns) handelt, sind auch für diesen Bereich gem. Art. 30, 83 GG grundsätzlich die Länder zuständig, sofern das Grundgesetz nichts anderes bestimmt.

Hier könnte jedoch Art. 85 GG den Bund ermächtigen, die getroffenen informellen Absprachen im Rahmen des Atomkonsenses selber vorzunehmen. Zwar kann er sich dabei nicht auf Art. 85 Abs. 3 GG stützen, da es sich bei der Absprache mit den Energieversorgern gerade nicht um eine direkte Weisung an das Land L handelt. Allerdings darf der Bund über das reine Weisungsrecht hinaus im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung nach Art. 85 GG alle Aktivitäten entfalten, die er für eine effektive und sachgerechte Vorbereitung und Ausübung seines grundsätzlich unbeschränkten Direktions- und Weisungsrechts für erforderlich hält, soweit er dadurch die Wahrnehmungskompetenz der Länder nicht verletzt.<sup>11</sup> Eine Ermächtigungsgrundlage ist daher durch Art. 85 GG gegeben.

##### II. Voraussetzungen des informellen Verwaltungshandelns<sup>12</sup>

Grundsätzlich hat der Bund ein umfassendes Recht, zur Vorbereitung seines Weisungsrechts aus Art. 85 Abs. 3 GG alle dafür notwendigen Aktivitäten zu entwickeln. Bestandteil der Aktivitäten des Bundes zur Vorbereitung und Ausübung dieses Direktions- und Weisungsrechts können auch unmittelbare Kontakte nach außen zu (betroffenen) Dritten, einschließlich etwaiger „informeller“ Absprachen sein.<sup>13</sup> Auch

<sup>11</sup> BVerfGE 104, 249 (265).

<sup>12</sup> Im Gegensatz zur Prüfung der beiden Teilweisungen, werden in dem hier vorgeschlagenen Prüfungsaufbau nach der Ermächtigungsgrundlage nicht zuerst die formelle und sodann die materielle Verfassungsmäßigkeit der Maßnahme geprüft, sondern vielmehr zunächst allgemein die Voraussetzungen und sodann die Grenzen des Verwaltungshandelns thematisiert. Zwar wäre ein klassischer Prüfungsaufbau hier ohne weiteres möglich. Da sich bei informellem Verwaltungshandeln die formellen Voraussetzungen aber gerade nur schwer bestimmen lassen und mit den materiellen Voraussetzungen zunehmend verschwimmen, bietet sich hier eine solche Prüfung nicht unbedingt an.

<sup>13</sup> BVerfGE 104, 249 (165 f.).

solche Maßnahmen sind Teil der Sachkompetenz, die zunächst beim Land liegt, dem Bund aber uneingeschränkt zukommt, sobald er diese an sich zieht.<sup>14</sup>

Voraussetzung für ein Tätigwerden des Bundes im Rahmen seiner Sachkompetenz ist daher, dass er diese vorher ausdrücklich oder konkludent auf sich überleitet. Im klassischen Fall der Weisungserteilung erfolgt diese Überleitung durch die Weisungserteilung selbst. Nimmt der Bund seine Sachkompetenz jedoch in anderer Weise als durch eine direkte Maßnahme gegenüber dem betroffenen Land wahr, so bedarf es jenseits der reinen Wahrnehmung gegenüber Dritten auch eines Akts gegenüber dem Land: Der Bund muss die ihm zunächst nur in Form einer „Reservezuständigkeit“ verliehene (potentielle) Sachentscheidungsbefugnis erst aktualisieren, indem er diese ausdrücklich oder konkludent auf sich überleitet.<sup>15</sup>

Hier hat der Bund bereits durch seine Weisung vom Mai seine Sachkompetenz in Anspruch genommen und dies dem zuständigen Landesministerium jedenfalls konkludent angezeigt. Zwar wurde das Land lediglich angewiesen, die Gestattung der Wiederaufnahme des Kraftwerkbetriebes erst nach bundesaufsichtlicher Zustimmung zu erteilen, so dass durch das BMU noch keine Entscheidung in der Sache getroffen wurde. Allerdings war bereits durch diese Weisung für das Land offenkundig, dass sich das BMU aktiv in das Verfahren zur Nachrüstung des Kernkraftwerks K einzuschalten gedachte. Da aus dem Empfängerhorizont somit erkennbar war, dass der Bund die Genehmigungsverfahren maßgeblich im verfassungsrechtlichen Binnenverhältnis zu begleiten gedachte, war ein Mehr an Förmlichkeiten somit entbehrlich. Die Voraussetzungen des informellen Verwaltungshandelns lagen vor.

### III. Grenzen des informellen Verwaltungshandelns

Hat der Bund auf diese Weise die Sachkompetenz auf sich übergeleitet, wird die Grenze seines Verwaltungshandelns lediglich durch die Wahrnehmungskompetenz des Landes gebildet, da diese dem Land unentziehbar obliegt. Darüber hinaus bildet das Prinzip der Bundestreue aus Art. 20 Abs. 1 GG die materielle Grenze für ein Tätigwerden des Bundes.

#### 1. Verletzung der Wahrnehmungskompetenz

Wird der Bund im Rahmen seiner Sachkompetenz vorbereitend tätig, so hat er die dem Land obliegende Wahrnehmungskompetenz zu achten. Dabei verletzt allerdings nicht jedes Tätigwerden nach außen automatisch auch diese Wahrnehmungskompetenz. Diese ist vielmehr erst dann verletzt, wenn der Bund 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 Ent-

scheidung gleichkommen, die Wahrnehmungskompetenz des Landes an sich zieht.<sup>16</sup>

Fraglich ist, ob der Bund durch den Atomkonsens auf solche Weise die Wahrnehmungskompetenz an sich gezogen hat. Hier hat der Bund angekündigt, gegenüber der zuständigen Genehmigungsbehörde des Landes Maßnahmen zur Beschleunigung der Genehmigungsverfahren festzulegen. Dabei handelt es sich zunächst nur um eine politische Absichtserklärung, die keine rechtsverbindliche Entscheidung trifft und einer solchen auch nicht gleichkommt. Geht man davon aus, dass diese reine Absichtserklärung den Bereich des Politischen nicht verlässt und gerade nicht in den Bereich des rechtlich Verbindlichen eindringt, ist die Wahrnehmungskompetenz des Landes somit nicht verletzt.<sup>17</sup>

Dagegen könnte man jedoch einwenden, dass eine solche Differenzierung zwischen rechtsverbindlichen und nicht rechtsverbindlichen Akten zu formal ist. In Anbetracht einer Verwaltungswirklichkeit mit beträchtlichen Anteilen an informellen Handlungsformen, der Gemengelage aus förmlichen Befugnissen und sachlichen Kompetenzen auf der einen Seite und Absprachen, Verhandlungen und Konsensgesprächen auf der anderen Seite, würde die Wahrnehmungskompetenz der Länder ausgehöhlt, wenn das informale Handeln mit Vollzugsqualität nicht zur Wahrnehmungskompetenz zählte. Dies gilt umso mehr, als angesichts der weit reichenden Sachkompetenz des Bundes die Wahrnehmungskompetenz der Länder ohnehin das eigenstaatliche Minimum bei der Landesausführung von Bundesgesetzen ist.

Vor diesem Hintergrund würde die Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Betreibern zwar immer noch als informelle Absprache einzuordnen sein, der allerdings dennoch eine gewisse Bindungskraft nach außen zugesprochen werden müsste. Der Betreiber des Kernkraftwerks K durfte bereits mit der Paraphierung des Atomkonsenses davon ausgehen, dass die Bundesregierung diese Vereinbarung auch ohne Rechtspflicht erfüllen würde, weil sie politisch im Wort stand. Damit konnte der Betreiber über den Umfang des zur ordnungsgemäßen Vollziehung des Atomgesetzes notwendigen Nachrüstprogramms unmittelbar mit dem zuständigen Bundesministerium weiterverhandeln, weil es angesichts des umfassenden Weisungsrechts des Bundes und angesichts der nach außen erklärten Absicht des Bundes, dieses konsequent den Vereinbarungen entsprechend auszuüben, auf das Land und seine atomrechtliche Genehmigungsbehörde nicht mehr ankam.<sup>18</sup> Nach dieser Ansicht hätte die informelle Absprache somit die Wahrnehmungskompetenz des Landes verletzt.

Gegen diese Ansicht kann jedoch wiederum angeführt werden, dass sie selbst die Grenzen zwischen Sach- und Wahrnehmungskompetenz verwischt. Denn der Atomkonsens

<sup>16</sup> BVerfGE 104, 249 (267).

<sup>17</sup> So die tragende Meinung in BVerfGE 104, 249 (268), die ausführt, dass an der reinen Absichtserklärung „kein vernünftig und verantwortlich Handelnder ein ‚Tau festbinden‘ würde“.

<sup>18</sup> So die abweichende Meinung in BVerfGE 104, 249 (277 f.).

<sup>14</sup> Vgl. BVerfGE 81, 310 (332).

<sup>15</sup> BVerfGE 104, 249 (265).

stellt sich letztlich als nicht anderes als ein intensiver Informationsaustausch dar, um die Sachkompetenz bestmöglich ausüben zu können. Da die Vereinbarung im Übrigen selbst lediglich die Ausübung des Weisungsrechts in eine bestimmte Richtung, nicht jedoch das Auftreten des Bundes nach außen politisch in Aussicht stellt, ist hier die Wahrnehmungskompetenz des Landes gewahrt.<sup>19</sup>

## 2. Verletzung der Bundestreue

Fraglich bleibt somit zuletzt, ob die Unterzeichnung des Atomkonsenses durch die Bundesregierung das Gebot der Bundestreue verletzt hat. Dieses verlangt, dass sowohl der Bund als auch die Länder bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen die gebotene und ihnen zumutbare Rücksicht auf das Gesamtinteresse des Bundesstaates und auf die Belange der Länder nehmen. Der Bund verstößt gegen diese Pflicht nicht schon dadurch, dass er von einer ihm durch das Grundgesetz eingeräumten Kompetenz Gebrauch macht; vielmehr muss deren Inanspruchnahme missbräuchlich sein oder gegen prozedurale Anforderungen verstoßen, die aus diesem Grundsatz herzuleiten sind. Welche Folgerungen aus dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens konkret zu ziehen sind, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Da hier ein missbräuchliches Verhalten ausscheidet, kann ein Verstoß gegen das Gebot der Bundestreue somit nur unter dem Aspekt des Verstoßes gegen prozedurale Anforderungen vorliegen.

Für den Erlass einer Weisung nach Art. 85 Abs. 3 GG folgt aus dem Grundsatz der Bundestreue, dass das Land vor dessen Erlass anzuhören und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist. Auf den Bereich informellen Staatshandelns ist diese Voraussetzung mangels einer formellen Weisung nicht direkt anwendbar. Allerdings muss auch in diesem Bereich gelten, dass das Land durch den Bund über dessen Maßnahmen informiert werden muss, wenn sich sonst grundsätzliche Beeinträchtigungen der Wahrnehmungskompetenz des Landes ergeben können, weil dem Land die entsprechenden Umstände nicht bekannt sind und es nicht in die Lage versetzt wird, den Bund mit den für die Länder bei einer solchen Konstellation vorgesehenen verfassungsprozessualen Rechtsbehelfen „in die Schranken weisen“ zu lassen.

<sup>19</sup> Eine andere Auffassung ist mit der abweichenden Meinung des Bundesverfassungsgerichts bei entsprechender Argumentation selbstverständlich ebenfalls vertretbar. Da sich der gesamte Themenkomplex des informellen Staatshandelns (und damit auch des informellen Verwaltungshandelns) in intensiver wissenschaftlicher Diskussion befindet, kommt es in der Examensklausur vor allem darauf an, das Problem zu erkennen und sich argumentativ mit ihm auseinander zu setzen. Die Hauptfrage, die sich dabei stellt, ist, inwiefern das informelle dem formellen Staatshandelns in seinen Voraussetzungen und Anforderungen gleichgestellt und dadurch seinerseits wieder formalisiert werden kann und muss. Diese Frage ist etwa auch für den Bereich des informellen Staatshandelns in Form der grundrechtsrelevanten Informationstätigkeit prägend, der Gegenstand der Osho- und Glykol-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts war (BVerfGE 105, 252; 105, 279).

Fraglich ist, ob hier diese Informationsrechte des Landes tatsächlich verletzt wurden. Würde man der oben angeführten Meinung folgen, die bereits durch den informellen Atomkonsens eine weitestgehende politisch-faktische Bindung annimmt, so müsste man hier konsequenterweise auch das Erfordernis einer ausdrücklichen Anhörung bejahen, da in diesem Fall bereits eine weitestgehende Bindung des Bundes durch die Absprache erfolgt, die im Nachhinein durch das Land kaum noch reversibel ist. In diesem Fall würde man hier mangels einer Anhörung des Landes L daher einen Verstoß gegen das Prinzip der Bundestreue bejahen.<sup>20</sup>

Gegen diese Ansicht spricht jedoch auch hier, dass auf diese Weise die Grenzen zwischen formellem und informellem Staatshandelns verschwimmen. Geht man wie oben davon aus, dass es sich bei dem Atomkonsens um eine rein politische Absprache ohne verlässliche Bindungskraft handelt, so dass allein der Bereich der Sachkompetenz des Bundes betroffen ist, so muss es auch hinsichtlich der Anhörungserfordernisse genügen, dass der Bund die ihm zukommende Sachkompetenz ausdrücklich oder konkludent an sich zieht und so das Land zugleich informiert. Es ist demnach verfassungsrechtlich nicht geboten, dass der Bund seine weiteren Schritte in Wahrnehmung seiner Sachkompetenz dem Land offen legt oder es gar hieran beteiligt; denn die Inanspruchnahme der Sachkompetenz ist nicht auf Ausnahmefälle begrenzt und auch nicht weiter rechtfertigungsbedürftig. Die Sachkompetenz verbleibt dem Bund ungeschmälert und ist nicht nur gefiltert durch eine Beteiligung des betroffenen Landes eröffnet. Das Land selbst genießt wirksamen, aber auch ausreichenden Schutz durch die prozeduralen Anforderungen vor Erteilung einer Weisung.<sup>21</sup>

Da der Bund hier bereits eine Weisung ausgesprochen und dadurch die Sachkompetenz an sich gezogen hat, war das Land somit hinreichend informiert. Ein Verstoß gegen das Gebot der Bundestreue liegt damit nicht vor.

## IV. Zwischenergebnis

Die Unterzeichnung des Atomkonsenses durch die Bundesregierung verstieß daher nicht gegen das Grundgesetz.

## C. Ergebnis

Der Antrag ist daher zulässig, aber unbegründet. Er wird keinen Erfolg haben.

<sup>20</sup> So die abweichende Meinung in BVerfGE 104, 249 (282 ff.).

<sup>21</sup> BVerfGE 104, 249 (272).