

Teil 2:

Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen unter dem Grundgesetz

A. Zustimmungsbedürftigkeit als immer seltenere Ausnahme

I. Enumerationsprinzip

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestand von Anfang an nicht der geringste Zweifel an dem Grundsatz, dass eine Zustimmung des Bundesrates nur dort erforderlich ist, wo das Grundgesetz sie vorsieht (Enumerationsprinzip). Dies hat das BVerfG bereits in einer Entscheidung im ersten Band der amtlichen Sammlung festgestellt,⁵¹ und in dem bereits mehrfach erwähnten Beschluss vom 4.5.2010⁵² hat es ausdrücklich auf seine früheren Judikate Bezug genommen. In der Literatur hat diese Rechtsprechungslinie von Anfang an nur Zustimmung erfahren.⁵³

II. Gebot strikter Auslegung = Verbot einer erweiternden Auslegung von Zustimmungserfordernissen

Das Grundgesetz verlangt nicht nur, dass Zustimmungspflichten überhaupt normiert sind, sondern darüber hinaus, dass dies „ausdrücklich“ geschieht, was seit Langem vom BVerfG als „Gebot strikter Auslegung“ bezeichnet wird.⁵⁴ Im Zweifelsfall gibt demnach der Wortlaut den Ausschlag, was es verbietet, Zustimmungserfordernisse aus unspezifiziert-systematischen oder gar politischen Gründen anzunehmen.⁵⁵ Hierin liegt der Grund dafür, dass erfreulicherweise den in der politischen Diskussion immer wieder vorgetragenen Argumenten hinsichtlich der angeblich gefährdeten Zukunft der erneuerbaren Energien und eines Teils der auf sie setzenden Unternehmen (namentlich eines Teils der Stadtwerke) keine verfassungsrechtliche

51 BVerfGE 1, 76 (79); vgl. in der Folgezeit BVerfGE 37, 363 (381); BVerfGE 108, 370 (397).

52 NVwZ 2010, S. 1146, Rdnr. 135.

53 Vgl. statt vieler *Ossenbühl*, AöR 99 (1974), S. 369 ff.

54 BVerfGE 55, 274 (319 f.); BVerfGE 75, 108 (150); BVerfG, Beschluss vom 4.5.2010, aaO, Rdnr. 135.

55 So ausdrücklich auch wieder BVerfGE, Beschluss vom 4.5.2010, aaO, Rdnr. 154.

Aufmerksamkeit geschenkt worden ist.⁵⁶ Aus diesem Grund ist auch der im Gutachten von Ewer⁵⁷ anklingende Gedanke, dass die Verlängerung der Restlaufzeiten den Ländern wieder die „politische und rechtliche Verantwortung“ für eine „innerhalb der Bevölkerung ..., aber auch innerhalb des politischen Systems kontrovers diskutierte Frage“ aufbürde, jedenfalls nicht von Relevanz bei der Beurteilung der Zustimmungsbefähigung des Elften und des Zwölften Atomgesetzes. Festzuhalten ist insbesondere, dass es angesichts der verfassungsgerichtlich bestätigten Ausgangslage keine ungeschriebenen Zustimmungserfordernisse gibt, auch nicht aus der sog. Natur der Sache.⁵⁸

III. Entflechtungsziel der Föderalismusreform I

Das Grundgesetz unterscheidet zwischen Einspruchsgesetzen und Zustimmungsgesetzen und differenziert danach die Einwirkungsmöglichkeiten und die Befugnisse des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren nach näherer Maßgabe des Art. 77 GG. Während Einspruchsgesetze auch gegen das Votum des Bundesrates zustande kommen können, bedürfen Zustimmungsgesetze unabdingbar einer positiven Entscheidung des Bundesrates. Dabei hat sich entgegen dem Konzept und der Erwartung der Verfassungsväter die Quote der zustimmungsbefähigten Gesetze über Jahrzehnte in den Bereich von mehr als 50 % entwickelt, was insbesondere dazu geführt hat, dass die Regierungsmehrheit von ihr als wichtig empfundene Reformgesetze nicht durchbringen konnte, wenn im Bundesrat die oppositionellen Kräfte die Mehrheit hielten. In der politik- und rechtswissenschaftlichen Diskussion ist dies unter dem Stichwort der „Blockadepolitik“ lange Zeit intensiv diskutiert worden. Als besonders wegweisend können hier die Beiträge des früheren Bundesverfassungsgerichtspräsidenten *Papier*⁵⁹ und das Gutachten von *Peter-Michael Huber* für den 65. Deutschen Juristentag⁶⁰ angesehen

56 Stellv. aus der politischen Diskussion können hier die Stellungnahmen des BUND (Ausschussdrucksache 17 [16] 130 [F]) und der Deutschen Umwelthilfe e.V. (Ausschussdrucksache 17 [16] 130 [E]) in der Sachverständigenanhörung vor dem Umweltausschuss des Deutschen Bundestags vom 21. 10. 2010 (Fn. 52) zitiert werden.

57 Oben Teil 1, C I, S. 25 f.

58 Vgl. *Kokott*, in: Bonner Kommentar GG, Art. 77 Rdnr. 32; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, Art. 77 Rdnr. 4.

59 In: *Mellinghoff/Morgenthaler/Puhl* (Hrsg.), Die Erneuerung des Verfassungsstaates, S. 103 ff.

60 Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 65. DJT, Band 1, 2004, D 1 ff.

werden. Namentlich in diesem Gutachten ist das Ziel der „Entflechtung“ hierbei als Verfassungsgebot (mit Grundlagen im Demokratieprinzip und in der Staatszielbestimmung des Art. 23 Abs. 1 GG) entfaltet worden. Hierzu heißt es, dass die Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen im Laufe der Zeit „geradezu zum Sinnbild für die das GG prägende Entscheidungsverflechtung“ geworden sei, weswegen jede Entflechtungsmaßnahme gerade auch hier ansetzen und versuchen müsse, die Zahl der Rechtsakte zu reduzieren, die der Zustimmung des Bundesrats bedürfen.⁶¹

Es wurde deshalb als eines der Hauptziele der im Jahr 2004 vom Deutschen Bundestag eingesetzten Föderalismuskommission angesehen, die Zustimmungsquote zu halbieren.⁶² Da die als übermäßig hoch empfundene Zustimmungsquote wiederum zu 70 % auf dem in Art. 84 Abs. 1 GG a.F. statuierten Zustimmungserfordernis für Bundesgesetze, die Organisation und Verfahren der landeseigenen Verwaltung regeln, beruhte, wurde die Regelung des Art. 84 Abs. 1 GG grundlegend geändert.⁶³ Seither ist es (wie bereits angedeutet) dem Bund zunächst verwehrt, überhaupt Regelungen über die „Einrichtung der Behörden“ und das „Verwaltungsverfahren“ zu treffen. Entscheidet er sich doch für entsprechende Bestimmungen, können die Länder „davon abweichende Regelungen treffen“ (Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG); um dies wiederum zu überwinden, kann der Bund tätig werden, allerdings bedarf er dann der Zustimmung des Bundesrates. Ebenso interessant ist in diesem Zusammenhang, dass Art. 85 Abs. 1 GG im Zuge der Föderalismusreform I *nicht* verändert worden ist; diese Vorschrift hatte dem Wortlaut nach seit jeher die Zustimmungsbedürftigkeit lediglich auf die „Einrichtung der Behörden“ bezogen, im Unterschied zu Art. 84 Abs. 1 GG a.F. also nicht auch auf das „Verwaltungsverfahren“ erstreckt (vgl. noch B II 3).

Spätestens seit der Föderalismusreform I kann schließlich auch die bereits zuvor vom Bundesverfassungsgericht formulierte Einsicht als allgemein verfassungsrechtlich anerkannt gelten, wonach der Bundesrat durch seine Zustimmung *nicht* „die Mitverantwortung“ für die jeweils betroffene Normeinheit übernehme. Richtigerweise hat der Bundesrat kein allgemeines Mitentscheidungs- oder Kontrollrecht, sondern er „wirkt“ (wie es explizit in Art. 50 GG heißt) lediglich als Organ des Bundes bei der Gesetz-

61 AaO, D 113 ff.

62 Näher hierzu *Osenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, § 102 Rdnr. 45. Mit durchaus erfolgkündenden Zahlen seit der Reform vgl. *Hofmann*, DÖV 2008, S. 833 (834).

63 Durch das 52. Gesetz zur Änderung des GG vom 28.8.2006 (BGBl. I, S. 2034); dazu *Ipsen*, NJW 2006, S. 2801 ff.; *Selmer*, JuS 2006, S. 1052 (1057).

gebung mit – und dies bei der Zustimmung zu Bundesgesetzen lediglich in den enumerativ im Grundgesetz aufgeführten Fällen.⁶⁴

IV. Zwischenergebnis

Die Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen ist somit ein Ausnahmefall, der nur dann eingreift, wenn das Grundgesetz ihn ausdrücklich vorsieht, was seit der Föderalismusreform I deutlich seltener geschehen kann und soll. Beim Umgang mit möglichen Ausnahmetatbeständen ist das Verbot der erweiternden Auslegung zu beachten.

B. In Betracht kommende Zustimmungstatbestände

Neben der zu Recht im Vordergrund stehenden Vorschrift des Art. 87c GG (II 4 und Teil 3) ist auf die ebenfalls in der Diskussion befindlichen Zustimmungstatbestände des Art. 104a Abs. 4 GG (I) und des Art. 85 Abs. 1 GG (II 3) einzugehen. Im Zusammenhang mit dieser Vorschrift erfolgt eine kurze Charakterisierung des Verwaltungstyps der Bundesauftragsverwaltung unter Abgrenzung gegenüber den beiden anderen großen Verwaltungstypen unter dem Grundgesetz (II 1 und 2), bevor die für den weiteren Fortgang der Untersuchung grundlegende Feststellung getroffen werden kann, dass die Zustimmungsbedürftigkeit innerhalb des Verwaltungstyps der Bundesauftragsverwaltung anhand eines differenzierteren Programms zu beurteilen ist als innerhalb des Verwaltungstyps der Landeseigenverwaltung nach Art. 84 GG.

I. Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 104a Abs. 4 GG?

Diese Vorschrift erklärt solche Bundesgesetze für zustimmungsbedürftig, die „Pflichten der Länder zur Erbringung von Geldleistungen, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbarer Dienstleistungen“ gegenüber Dritten begründen. Sie ist mit der Föderalismusreform I im Jahr 2006 in das Grundgesetz aufgenommen worden, mit der Zielsetzung, die Länder vor „kosten-

64 BVerfGE 37, 363 (380 f.); zu der inzwischen überholten Rechtsauffassung des Bundesrats vgl. BVerfGE 24, 184 (189), und aus der Lit. *Kutscher*, DÖV 1959, S. 710 (713).

belastenden Bundesgesetzen“ zu schützen.⁶⁵ In der Diskussion um die Verlängerung der Laufzeiten der Atomkraftwerke wird ja immer wieder auf die Vollzugslasten der Länder hingewiesen (vgl. bereits Teil 1, A).

§ 104a Abs. 4 GG ist aber im vorliegenden Zusammenhang aus zwei Gründen nicht einschlägig und vermag daher keine Zustimmungsbefähigung des Elften bzw. des Zwölften Atomgesetzes zu begründen. Zum Ersten geht es ihm ausschließlich um Leistungspflichten „gegenüber Dritten“. Dabei reichen die in der Gesetzesbegründung und in der Kommentarliteratur genannten Beispiele von der Schaffung von Aufnahmeeinrichtungen für die Unterbringung von Asylbewerbern bis zur Bereitstellung von Tagesbetreuungsplätzen für Kinder, während gleichzeitig anerkannt ist, dass Genehmigungen, Erlaubnisse und feststellende Verwaltungsakte, bei denen es jeweils um die Vereinbarkeit mit bestehenden gesetzlichen Anforderungen geht, keine Leistungsgewährungen in diesem Sinne seien.⁶⁶ Die von den Länderbehörden auf der Grundlage des Zwölften Änderungsgesetzes bzw. auf der Grundlage der bereits bisher bestehenden Ermächtigungsgrundlagen nach Verlängerung der Laufzeiten weiterhin zu treffenden Entscheidungen fallen in diese letzte Kategorie.

Zum Zweiten setzt Art. 104a Abs. 4 voraus, dass die betroffenen Bundesgesetze entweder von den Ländern als „eigene Angelegenheit“ ausgeführt werden oder – wenn es sich um einen Fall der Bundesauftragsverwaltung handelt – diese über Absatz 3 Satz 2 des Art. 104a GG begründet worden ist. Die Zustimmungsbefähigung nach Art. 104a Abs. 4 gilt im Bereich der Bundesauftragsverwaltung mithin nur für Bundesgesetze, die bestimmen, dass der Bund „die Hälfte der Ausgaben (die gegenüber Dritten geleistet werden) oder mehr trägt“. Um ein solches Bundesgesetz handelt es sich weder bei dem Elften noch bei dem Zwölften Atomgesetz. Vielmehr fallen diese Gesetze (wie auch schon die bisherige Fassung des Atomgesetzes) unter die allgemeine Vorschrift des Art. 104a Abs. 2 GG. Danach trägt „der Bund“ die sich aus dem Vollzug der Atomgesetze ergebenden Ausgaben, d.h. die sog. Zweckausgaben (diejenigen Aufgaben, die bei der Erfüllung der eigentlichen Sachaufgaben entstehen)⁶⁷ vollständig selbst.⁶⁸ Der Tatbestand des Art. 104a Abs. 4 GG ist somit zweifach begründet nicht erfüllt.

65 BT-Drucks. 16/813, S. 18.

66 *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 104a Rdnr. 8 m. w. N.

67 Vgl. *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 104a Rdnr. 22.

68 Näher hierzu *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Band III, Art. 104a Rdnr. 33.

II. Art. 85 und/oder Art. 87c GG

1. Charakterisierung der Bundesauftragsverwaltung

Der Verwaltungstyp der „Bundesauftragsverwaltung“ wird durch Art. 85 GG näher charakterisiert. Hieraus ergeben sich die Rechtsfolgen, die immer dann eingreifen, wenn an anderer Stelle des Grundgesetzes (beispielsweise in Art. 87c und in Art. 87d Abs. 2) die Ausführung der Bundesgesetze in Auftragsverwaltung angeordnet wird. In Abs. 1 Satz 1 normiert Art. 85 selbst einen Zustimmungstatbestand für Regelungen über die „Einrichtung der Behörden“. Wie bereits eingangs betont, handelt es sich ungeachtet der insoweit irreführenden Bezeichnung auch hierbei um eine Erscheinungsform der Landesverwaltung. Allerdings ist die Landesverwaltung beim Verwaltungstyp nach Art. 85 GG mit verschiedenen Ingerenzen des Bundes konfrontiert. Die Eigenständigkeit der Länder ist dadurch begrenzt und eingeschränkt, dass dem Land nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unentziehbar lediglich die sog. Wahrnehmungskompetenz zusteht, d. h. das Handeln und die Verantwortlichkeit nach außen gegenüber Dritten.⁶⁹ Auch die sog. Sachkompetenz, d. h. die Zuständigkeit für die Beurteilung der Sache und für die Entscheidung in der Sache liegt zunächst beim Land. Der Bund kann sie aber, indem er von den ihm in Art. 85 Abs. 2–4 eingeräumten Einflussmöglichkeiten Gebrauch macht, an sich ziehen. Dieses ist weder auf Ausnahmefälle begrenzt noch im Einzelnen rechtefertigungsbedürftig.⁷⁰ Befugnisse dieser Art bestehen u. a. im Erlass von allgemeinen Verwaltungsvorschriften (Art. 85 Abs. 2 GG) und insbesondere im Erlass von Weisungen nach Art. 85 Abs. 3 GG.

Konkret der Erlass von allgemeinen Verwaltungsvorschriften ist übrigens an die „Zustimmung des Bundesrates“ geknüpft. Dies bedeutet auch im vorliegenden Zusammenhang des Vollzugs des Atomgesetzes, dass die Länder bei Veränderungen am Bestand der allgemeinen Verwaltungsvorschriften inhaltlich über die Zustimmung durch den Bundesrat Einfluss nehmen könnten. Die sich aus der Unterscheidung zwischen der Wahrnehmungs- und der Sachkompetenz ergebenden Einzelfragen sind durch das Bundesverfassungsgericht gerade aus Anlass atomrechtlicher Streitigkeiten immer weiter konkretisiert und verfestigt worden.⁷¹

⁶⁹ Grundlegend BVerfGE 104, 249 (264 f.).

⁷⁰ BVerfGE 81, 310 (332); BVerfGE 104, 249 (264 f.).

⁷¹ Vgl. aus der Lit. mit zahlreichen Nachweisen *Burgi/Schuppert*, Überführung der Atomaufsicht in Bundeseigenverwaltung?, S. 9 ff.; *Durner*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar

Zusammenfassend kann man sagen, dass die Bundesauftragsverwaltung durch Art. 85 GG als Typ der Landesverwaltung mit vollständiger Wahrnehmungskompetenz und eingeschränkter Sachkompetenz (infolge bestimmter Einflussmöglichkeiten des Bundes) konstituiert wird. Nichtsdestoweniger: Es handelt sich um „echte“ Landesverwaltung.⁷²

2. Blick auf die beiden anderen relevanten Verwaltungstypen

a) Landeseigenverwaltung nach Art. 84 GG

Bereits eingangs wurde festgestellt (Teil 1, A), dass dann, wenn der Bund den Vollzug des Atomgesetzes nicht der Bundesauftragsverwaltung oder der bundeseigenen Verwaltung i.S.v. Art. 86 GG zuordnet, der Regelfall des Vollzugs dieses Gesetzes durch die Länder als sog. Landesverwaltung unter Bundesaufsicht (Landeseigenverwaltung) eingreifen würde. Dieser Grundfall wird in Art. 84 GG näher charakterisiert. Dies bedeutet konkret, dass dann, wenn der Bund das Atomgesetz nicht mehr in Bundesauftragsverwaltung vollzogen wissen möchte oder wenn er mit der Durchsetzung seiner diesbezüglichen Vorstellungen an der etwaigen Annahme einer Zustimmungsbedürftigkeit (bei nachfolgender Nicht-Erteilung der Zustimmung durch den Bundesrat) scheitern würde, er sich von Verfassungs wegen dennoch sicher sein könnte, dass die Länder das Atomgesetz dann im Verwaltungstyp nach Art. 84 GG vollziehen müssten. Diese Einschätzung kann als verfassungsrechtlich allgemein anerkannt gelten.⁷³ Auch *Wieland*⁷⁴ geht davon aus, dass der Bund den Ländern ohne jede Zustimmungspflicht den Vollzug der atomgesetzlichen Regeln überlassen könnte, soweit er auf Bestimmungen über die Einrichtung der Behörden und des Verwaltungsverfahrens gänzlich verzichtet. Im Verlauf der wechselvollen Geschichte des Vollzugs des Atomgesetzes in der Bundesrepublik ist diese Variante durchaus auch schon einmal in die politische Diskussion gebracht worden, etwa vom bayerischen Umweltminister *Söder*.⁷⁵

zum Grundgesetz, Art. 87c Rdnr. 18; *Oebbecke*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR VI, § 136 Rdnr. 57.

⁷² *Blümel*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IV, § 101 Rdnr. 49; *Janz*, Inhalt, Grenzen und haftungsrechtliche Dimensionen des Weisungsrechts nach Art. 85 III GG, Jura 2004, S. 227 (228). Zur Charakterisierung als Landesverwaltung vgl. ferner BVerfGE 81, 310 (331).

⁷³ Vgl. nur *Umbach/Clemens* (Hrsg.), GG-Mitarbeiterkommentar II, Art. 87c Rdnr. 16; *Durner*, in: Berliner Kommentar (Fn. 71), Art. 87c Rdnr. 8; *Windthorst*, in: Sachs, GG, Art. 87c Rdnr. 20.

⁷⁴ Rechtsgutachten vom 21. 5. 2010 (oben Teil 1, C I), S. 10.

⁷⁵ atw 54 (2009), Heft 3, S. 153 (155).

Die Landeseigenverwaltung wird durch Art. 84 GG dahingehend charakterisiert, dass die Länder vollständig sowohl über die Wahrnehmungs- als auch über die Sachkompetenz verfügen. Einflussmöglichkeiten des Bundes bestehen zwar auch hier, namentlich die Weisungsbefugnisse sind aber an enge Voraussetzungen geknüpft. Wie bereits erwähnt (A III), ist Art. 84 Abs. 1 GG, der die Zustimmungsbefürftigkeit von Bundesgesetzen, die innerhalb dieses Verwaltungstyps vollzogen werden sollen, regelt, im Jahre 2006 durch die Föderalismusreform I grundlegend verändert worden. Dies geschah im Interesse einer stärkeren Entflechtung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern. Nach der bis dahin geltenden Fassung konnte der Bund Regelungen über die „Einrichtung der Behörden“ und insbesondere über das „Verwaltungsverfahren“ treffen, allerdings nur mit Zustimmung des Bundesrates. Diese Möglichkeit ist mittlerweile entfallen.

Seit 2006 besteht eine Zustimmungsbefürftigkeit nach Art. 84 Abs. 1 GG nur noch dann, wenn der Bund „wegen eines besonderen Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung das Verwaltungsverfahren ohne Abweichungsmöglichkeit für die Länder“ regeln möchte (Abs. 1 Sätze 5 u. 6).⁷⁶ Das bis dahin bestehende Zustimmungsmo-
dell ist dadurch gleich in mehrfacher Hinsicht konditioniert worden. Zum Ersten durch eine Begrenzung auf die Regelung nur noch des Verwaltungsverfahrens, zum Zweiten durch das Erfordernis des Vorliegens eines Ausnahmefalls und zum Dritten durch das Erfordernis eines besonderen Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung. In der Literatur wird mit guten Argumenten seither sogar dafür gestritten, dass die Zustimmungspflicht nach Art. 84 Abs. 1 GG künftig nur noch auf die Tatsache der Regelung ohne Abweichungsmöglichkeit bezogen sein kann und nicht mehr (wie es der früheren Rechtsprechung entsprochen hatte) auf das Gesetz als Einheit. Dies wird damit begründet, dass das Zustimmungserfordernis nach Art. 84 Abs. 1 Satz 6 GG n.F. den Ländern nur noch Schutz hinsichtlich des Ausschlusses von Abweichungen vermitteln und damit auch nur noch so weit reichen könne.⁷⁷ Fest steht jedenfalls, dass im Interesse des verfassungspolitischen Ziels der stärkeren Entflechtung durch die Änderung des Art. 84 Abs. 1 GG der Ausnahmecharakter der Zustimmungsbefürftigkeit von Bundesgesetzen in diesem Bereich inhaltlich deutlicher betont und in quantitativer Hinsicht eine deutliche Verringerung erzielt worden ist.

⁷⁶ Vgl. zu den Einzelheiten statt vieler *Pieroth*; in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 84 Rdnr. 11 f.

⁷⁷ Ebenso *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), GG, Art. 84 Rdnr. 6; *Trute*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 3, Art. 84 Rdnr. 173; a.A. *Kahl*, NVwZ 2008, S. 717.

b) Bundeseigenverwaltung nach Art. 87 Abs. 3 GG

In diesem Verwaltungstyp verfügen die Länder weder über Wahrnehmungs- noch über Sachkompetenzen. Es handelt sich mithin nicht mehr um einen Fall der Landesverwaltung, sondern um reine Bundesverwaltung, die in Art. 86 charakterisiert wird. Ob der Vollzug des Atomgesetzes diesem Verwaltungstyp zugeordnet werden könnte, war vor einigen Jahren Gegenstand intensiver Diskussionen.⁷⁸ Zwischenzeitlich hat das Bundesverfassungsgericht (3. Kammer des Ersten Senats) entschieden, dass Art. 87 Abs. 3 GG nicht durch Art. 87c verdrängt werde.⁷⁹ Das Gericht ist allerdings ebenso wie die Mehrheitsmeinung in der Literatur⁸⁰ der Ansicht, dass Art. 87 Abs. 3 der Verwaltungszuständigkeit des Bundes jedenfalls insoweit eine Grenze zieht, als „nur bestimmte Sachaufgaben zur zentralen Erledigung geeignet sind“. Dies sei bei Aufgaben, die eines „Verwaltungsunterbaus“ bedürfen, der die Verwaltungszuständigkeit der Länder in erheblichem Umfang verdrängt, nicht der Fall.⁸¹ Angesichts der Notwendigkeit permanenter Vor-Ort-Überwachung erscheint deswegen eine Zuweisung des Atomgesetzesvollzugs zum Verwaltungstyp der Bundeseigenverwaltung auf der Grundlage von Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG (Verwaltungsvollzug durch Bundesoberbehörden) wenig realistisch. Würden zur Verbesserung der Leistungsfähigkeit (und zur Überwindung der soeben skizzierten Bedenken) Mittel- und Unterbehörden eingerichtet, wäre dies nach Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG an zusätzliche Voraussetzungen gebunden und überdies nur mit Zustimmung des Bundesrates möglich.

3. Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 85 Abs. 1 GG?

a) Tatbestand und Legitimation der Zustimmungsbedürftigkeit

Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG verlangt seinem Wortlaut nach allein für bundesgesetzliche Regelungen über die „Einrichtung der Behörden“ die Zustimmung des Bundesrates. Während es bei Art. 87c GG um die „Bestimmung“ bestimmter Sachmaterien zur Ausführung in Bundesauftragsverwaltung geht, zielt Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG mithin auf ein einzelnes formales Element, nämlich die Zuweisung bestimmter Aufgaben zu bestimmten Behör-

⁷⁸ Vgl. *Burgi/Schuppert* sowie die Beiträge des damaligen Ministerialdirektors im BMU, *Renneberg*, und des schleswig-holsteinischen Ministerialdirigenten *Cloosters*, in: Ossenbühl (Hrsg.), *Deutscher Atomrechtstag*, S. 173 ff.

⁷⁹ NVwZ 2009, S. 171 (173).

⁸⁰ Vgl. u. a. nur *Burgi/Schuppert*, S. 25 ff.

⁸¹ BVerfG, aaO, NVwZ 2009, S. 174.

den. Der Sinn der Zustimmungsbedürftigkeit besteht darin, dass der Bund durch Regelungen über die „Einrichtung der Behörden“ Vorgaben für den den Ländern zugewiesenen Bereich der Wahrnehmungskompetenz macht. Die „Einrichtung der Behörden“ umfasst nach allgemeiner Auffassung die „Errichtung (Gründung, Bildung) und Einrichtung (Ausgestaltung, innere Organisation, Ausstattung mit Personal- und Sachmitteln) sowie die Festlegung des Aufgabenkreises der einzelnen konkret bestimmten Behörden,⁸² d.h. die Übertragung von Aufgaben und Befugnissen an bestimmte Behörden.⁸³

Bis vor wenigen Monaten herrschte lebhafter Streit darüber, ob auch bundesgesetzliche Regelungen über das „Verwaltungsverfahren“ eine Zustimmungspflicht nach Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG auslösen können. Die Befürworter einer solchen Ausdehnung der Zustimmungspflicht über den eindeutigen Wortlaut hinaus beriefen sich auf die bis 2006 geltende Fassung der Zustimmungsvorschrift des Art. 84 Abs. 1 GG (a. F.) und gingen in Bezug auf Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GG von einem Redaktionsversehen aus.⁸⁴ Die Gegenauffassung⁸⁵ ist durch den Beschluss des BVerfG vom 4. 5. 2010 nun eindeutig und unmissverständlich bestätigt worden.⁸⁶ Das Gericht geht in diesem Beschluss ebenfalls vom Wortlaut der Vorschrift sowie von dem zu Eingang dieses Gutachtens betonten Ausnahmecharakter von Zustimmungsvorschriften aus (Rdnr. 135). Sodann stellt es auf die inhaltlichen Unterschiede zwischen dem in Art. 84 GG (a. F.) geregelten Fall der Landes-eigenverwaltung und dem von Art. 85 Abs. 1 GG in Bezug genommenen Fall der Bundesauftragsverwaltung ab. Es sei „systemkonform und sinnvoll“, dass der Verfassungsgeber die Regelungen über das „Verwaltungsverfahren“ mit Blick auf den Verwaltungstyp der Bundesauftragsverwaltung für nicht zustimmungspflichtig erklärt habe, weil die Bundesauftragsverwaltung sich dadurch auszeichne, „dass den Ländern schon nach der Ausgestaltung dieses Verwaltungstyps in Art. 85 GG nur die Wahrnehmungskompetenz uneingeschränkt zusteht, während die Sachkompetenz ihnen von vornherein nur unter dem Vorbehalt zugewiesen ist, dass nicht der Bund die konkurrierende Sachkompetenz in Anspruch nimmt“. Dass der Bund mit Verfahrensregelungen in die Sachkompetenz eingreift, bedeutet

82 BVerfGE 105, 313 (331).

83 Vgl. statt vieler *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 84 Rdnr. 3.

84 Vgl. u. a. *Hermes*, in: Dreier, GG, Art. 85 Rdnr. 29; *Trute*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 85 Rdnr. 12.

85 Vgl. u. a. *Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 85 Rdnr. 28; *Broß*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Art. 85 Rdnr. 7.

86 NVwZ 2010, S. 1146, Rdnr. 133 ff.