

Dritter Teil: Der verfassungsrechtliche Hintergrund der Bund-Länder-Verwaltungshaftung

Die Verwaltungshaftung zwischen Bund und Ländern bei der Ausführung von Bundesgesetzen ist vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund des Bund-Länder-Verhältnisses zu betrachten. Dieser Hintergrund wird im Folgenden näher beleuchtet und bildet die Grundlage für die sich anschließende Betrachtung der Haftungsregelung in Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG.

A. Die Verwaltungshaftung und die Finanzverfassung

Die Frage der Verwaltungshaftung zwischen Bund und Ländern steht in einer engen Beziehung zur finanzverfassungsrechtlichen Lastenverteilung im Bundesstaat.³²² Die Verwaltungshaftung zielt letztlich auf Vermögensverschiebungen zwischen Bund und Ländern: Der Schaden, der einer föderalen Ebene entstanden ist, soll unter bestimmten Voraussetzungen von der anderen föderalen Ebene ausgeglichen werden. Die Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern sind der Regelungsgegenstand des Finanzverfassungsrechts in Art. 104a ff. GG. Die gesamte Haftungsfrage lässt sich als Frage der Lastenverteilung begreifen.³²³ Wer hat die finanziellen Lasten zu tragen, die sich aus der fehlerhaften Verwaltung ergeben? Die systematische Stellung der Haftungsregelung in Art. 104a GG, der die Lastenverteilung zwischen Bund und Ländern regelt, bestätigt diesen Zusammenhang.

Auch das Bundesverfassungsgericht charakterisiert die Verwaltungshaftung nach Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG als Lastentragungsregelung, welche „die durch eine nicht ordnungsmäßige Verwaltung entstandenen Finanz-

322 Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Art. 104a Rn. 46 f., der die Regelung des Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 in erster Linie als Lastenverteilungsregel sieht und erst danach als Anspruchsgrundlage versteht.

323 So auch U. Stelkens, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch des Föderalismus, 2012, § 42 Rn. 9 f., der eine Einfügung der Verwaltungshaftung in die Lastenverteilung fordert; Bonner Kommentar/Tappe, Mai 2017, Art. 104a Rn. 319, 329.

lasten rein objektiv, von Verschuldenselementen vollständig gelöst, zuordnet“.³²⁴ Diese Sichtweise wird ferner bestätigt durch die in Art. 104a Abs. 6 GG geregelte innerstaatliche Haftung für die Verletzung von völkerrechtlichen und supranationalen Verpflichtungen Deutschlands. Dort ist sogar ausdrücklich von Lastentragung die Rede. Wie die Frage nach der Verteilung der Haftungslasten im Einzelnen zu beantworten ist, hängt deshalb auch von dem Verständnis der Lastenverteilung des Art. 104a GG im Übrigen ab.

Darüber hinaus stellen auch die in Art. 104a ff. GG geregelten Fälle der Finanzierungszuständigkeit des Bundes für Verwaltungsaufgaben der Länder einen wichtigen Fall der Kompetenzdifferenzierung dar. Denn in der Folge kommt es zu einer Fremdverwaltung von Bundesmitteln durch die Länder und gegebenenfalls zu entsprechenden Haftungsfällen. Die Darstellung der bundesstaatlichen Lastenverteilung ist deshalb für die Untersuchung der Verwaltungshaftung unerlässlich.

I. Grundsatz der Konnexität von Aufgaben- und Finanzierungszuständigkeit

Das in Art. 104a Abs. 1 GG verankerte Konnexitätsprinzip besagt, dass die Finanzierungszuständigkeit grundsätzlich der Aufgabenzuständigkeit folgt. Soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt, hat daher der Aufgabenträger die Kosten zu tragen, die aus der Aufgabenwahrnehmung resultieren.

1. Der Aufgabenbegriff des Art. 104a GG

„*Aufgabe*“ im Sinne des Art. 104a GG meint nach ganz herrschender Meinung die Wahrnehmung der Verwaltungszuständigkeit, wie sie in den Art. 30, 83 ff. GG geregelt ist (Vollzugskausalität) und nicht die Wahrnehmung einer Gesetzgebungskompetenz nach Art. 70 ff. GG (Gesetzeskausalität).³²⁵ Dies entspricht dem eindeutigen Willen des verfassungsändernden

324 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen), juris Rn. 166.

325 Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 42 f.; Arnim, HbdStR Band VI, ³2008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 24, 25; Henneke, Öffentliches Finanzwesen, ²2000, § 7 Rn. 190; Heintzen, in: Münch/

den Finanzreformgesetzgebers.³²⁶ Es ist aber auch aus der Systematik des Art. 104a GG ersichtlich. Denn dort werden in Abs. 2 die Kosten der Bundesauftragsverwaltung als Ausnahmeregelung zu Abs. 1 dem Bund zugeordnet. Bei Geltung des Prinzips der Gesetzeskausalität wäre diese Regelung obsolet, weil die Kostentragungspflicht des Bundes als Gesetzgeber schon aus Abs. 1 folgen würde.³²⁷ Das Konnexitätsprinzip beruht auf der verwaltungsökonomischen Überlegung, dass derjenige, der eine Verwaltungsaufgabe wahrnimmt, die Kostenentwicklung am besten steuern kann.³²⁸ Demgegenüber besteht bei der Fremdfinanzierung die konkrete Gefahr übermäßiger Ausgaben.³²⁹ Deshalb ist es im Interesse einer wirtschaftlichen Verwaltung geboten, Aufgabenwahrnehmung und Kostentragung zu verknüpfen. Für diese Lastenverteilung spricht ferner, dass eine parlamentarische Kontrolle effektiv nur gegenüber einer Verwaltung stattfinden kann, die sowohl Aufgaben- als auch Ausgabenverantwortung trägt.³³⁰

Da das Übergewicht der Verwaltung bei den Ländern liegt, haben diese nach dem Konnexitätsprinzip auch einen Großteil der Kosten der Verwaltung zu tragen. Dies trifft im Grundsatz auch auf die Ausführung von Bundesgesetzen zu, weil diese nach Art. 83 GG in der Regel von den Ländern vollzogen werden.³³¹ Demgegenüber handelt es sich bei der Auffassung, der Inhaber der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 70 ff. GG müsse als Veranlasser für die Kosten der Gesetzesausführung aufkommen, nur um

Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 104a Rn. 13; Berliner Kommentar/ Schmehl, November 2009, Art. 104a Rn. 16; Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 104a Rn. 12; Kment, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 104a Rn. 4 Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Art. 104a Rn. 5; Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, ²2019, § 3 Rn. 115.

326 Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes (Finanzreformgesetz), BT-Drs. V/2861, Tz. 113-116, 290; Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, ²2019, § 3 Rn. 116.

327 Arnim, HbdStR Band VI, ³2008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 27.

328 Kommission für die Finanzreform, Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland, 1966, Tz. 199; Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 36; Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, ²2019, § 3 Rn. 117.

329 Heintzen, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 104a Rn. 7.

330 Kommission für die Finanzreform, Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland, 1966, Tz. 199; Henneke, Öffentliches Finanzwesen, ²2000, § 7 Rn. 192; Heintzen, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 104a Rn. 15.

331 Dazu nachfolgend unter Dritter Teil A.IV. Fremdeinnahmenverwaltung: Auseinanderfallen von Verwaltungs- und Ertragszuständigkeit, S. 149.

eine rechtspolitische Forderung.³³² Befürworter des Prinzips der Gesetzeskausalität kritisieren, dass die Anknüpfung an die Verwaltungszuständigkeit angesichts des in der Praxis häufigen Auseinanderfallens von Gesetzgebungszuständigkeit (Bund) und Verwaltungszuständigkeit (Land) dazu führt, dass der Bund auf Kosten der Länder Ausgaben diktieren kann.³³³ Wegen der oft hohen Normdichte könne auch von einem Entscheidungsspielraum der Länder und damit von einem wirksamen Einfluss auf die Kostenentwicklung keine Rede sein.³³⁴ Diesen berechtigten Einwendungen trägt das Grundgesetz jedoch durch diverse Ausnahmen vom Konnexitätsprinzip Rechnung.³³⁵

2. Das Verbot der Fremdfinanzierung

Die Finanzierungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern sind grundsätzlich getrennt (Trennsystem),³³⁶ so dass jede föderale Ebene nur ihre eigenen Aufgaben finanziert. Die Finanzierungszuständigkeit wirkt hierbei in zwei Richtungen. Sie ist positiv gewendet eine Kompetenz und berechtigt zur Finanzierung einer Aufgabe. Negativ gewendet ist sie eine Pflicht, die von demjenigen, dem sie zugewiesen ist, auch wahrgenommen werden muss.³³⁷ Ob aus politischer Sicht der positive Aspekt der Kompetenz oder der negative Aspekt der Last im Vordergrund steht, hängt auch mit der Art der zu erledigenden Aufgabe zusammen. Bei der gesetzesakzessorischen Verwaltung steht die Frage im Vordergrund, wer die Lasten

332 *Heitsch*, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 353 f.; *Hintzen*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 104a Rn. 13 f.; *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 37 f., der dies als Konnexitätsprinzip im weiteren Sinne bezeichnet.

333 So etwa *Henneke*, Öffentliches Finanzwesen, ²2000, § 7 Rn. 190.

334 *Tappe/Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, ²2019, § 3 Rn. 118; *Schoch*, ZRP 1995, S. 387 ff. (388 f.).

335 Dazu nachfolgend unter Dritter Teil A.II. Fremdmittelverwaltung: Die Ausnahmen vom Konnexitätsprinzip, S. 129.

336 *Franz Klein*, in: ders. (Hrsg.), Öffentliches Finanzrecht, ²1993, I. Grundlagen des staatlichen Finanzrechts Rn. 8.

337 *Hellermann*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 18; *Henneke*, Öffentliches Finanzwesen, ²2000, § 7 Rn. 189; *Heun*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 104a Rn. 19; *Arnim*, HbdStR Band VI, ³2008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 54.

zu tragen hat, bei der gesetzesfreien Verwaltung dagegen, ob eine Finanzierungsbefugnis besteht.³³⁸

Soweit nicht ausdrücklich vom Grundgesetz vorgesehen, sind Fremdfinanzierung, Mischfinanzierung und Finanzbeihilfen unzulässig (Verbot der Fremdfinanzierung).³³⁹ Mit der Finanzierung einer (fremden) Aufgabe ist nämlich auch die Möglichkeit der politischen Einflussnahme verbunden.³⁴⁰ Das Verbot der Fremdfinanzierung sichert insbesondere die Eigenstaatlichkeit der Länder ab.³⁴¹ Denn der Bund tendiert dazu, diese von der Finanzierungsseite her zu unterlaufen, indem er Aufgaben der Länder finanziert und gleichzeitig Vorgaben hinsichtlich der Verwendung macht.³⁴²

In diesem Spannungsfeld bewegen sich auch die nachfolgend dargestellten grundgesetzlichen Ausnahmen vom Konnexitätsprinzip. Denn in den Fällen der Fremd(mit)finanzierung des Bundes von Landesaufgaben lassen sich im Vergleich zur eigenfinanzierten Aufgabenerledigung der Länder erhöhte Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes feststellen.

3. Zusammenfassung

Grundlegend für die Lastenverteilung zwischen Bund und Ländern ist das Konnexitätsprinzip des Art. 104a Abs. 1 GG, nach dem Bund und Länder grundsätzlich gesondert die Ausgaben tragen, welche sich aus der Wahrnehmung ihrer jeweiligen Aufgaben ergeben. Mit dem Begriff Aufgabe in Art. 104a GG ist nach ganz herrschender Meinung die Verwaltungszuständigkeit im Sinne der Art. 30, 83 ff. gemeint und nicht etwa die Wahrnehmung einer Gesetzgebungskompetenz. Wesentliche Ratio und Konse-

338 *Arnim*, HbdStR Band VI, ³2008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 7, 53; zu der terminologischen Ambivalenz zwischen Finanzierungslast und -befugnis auch *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 417 f.

339 *Kment*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 104a Rn. 5; *Tappe/Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, ²2019 § 3 Rn. 123; Bonner Kommentar/*Tappe*, Mai 2017, Art. 104a Rn. 144 f.

340 *Heintzen*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 104a Rn. 1, *Siekmann*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Art. 104a Rn. 2; *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 417; *Arnim*, HbdStR Band VI, ³2008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 15.

341 *Hellermann*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 55; *Tappe/Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, ²2019, § 3 Rn. 124; Bonner Kommentar/*Tappe*, Mai 2017, Art. 104a Rn. 72.

342 *Henneke*, Öffentliches Finanzwesen, ²2000, § 7 Rn. 186.

quenz des Konnexitätsprinzips ist das Verbot der (Mit-)Finanzierung fremder Verwaltungsaufgaben, um eine eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung zu gewährleisten.

II. Fremdmittelverwaltung: Die Ausnahmen vom Konnexitätsprinzip

Das Konnexitätsprinzip wird an verschiedenen Stellen durch das Grundgesetz selbst wieder durchbrochen und damit relativiert. Die Folge ist, dass es zu einer Fremdmittelverwaltung von Bundesmitteln durch die Länder und zu entsprechenden Haftungsmöglichkeiten kommt.³⁴³

Echte Durchbrechungen des Konnexitätsprinzips sind aber nur solche Finanzierungszuständigkeiten, die sich auf die Finanzierung einer konkreten Verwaltungsaufgabe entgegen der Verwaltungszuständigkeit beziehen, also einer Zweckbindung unterliegen. Davon zu unterscheiden sind Finanzzuweisungen, die im Haushalt aufgehen und über deren Verwendung der Empfänger selbst entscheidet.³⁴⁴ Hierzu gehören etwa Finanzzuweisungen nach Art. 106 Abs. 8 GG. Aus derartigen Finanzzuweisungen kann sich mangels Zweckbindung keine Verwaltungshaftung ergeben. Diese Fälle bleiben daher im Folgenden außer Betracht.

1. Die Bundesauftragsverwaltung

Art. 104a GG selbst durchbricht das Konnexitätsprinzip zunächst in Abs. 2 im Falle der Bundesauftragsverwaltung.³⁴⁵ Nach dem Grundsatz des Abs. 1 müssten die Länder die hieraus folgenden Kosten tragen, weil sie die Verwaltungskompetenz innehaben. Abs. 2 regelt abweichend hiervon, dass

343 *U. Stelkens* bezeichnet diese Fälle der fehlerhaften Fremdmittelbewirtschaftung als unechte Haftungsfälle, weil die Tragung der Schadenslasten nur unter Heranziehung der übrigen Lastenverteilung beantwortet werden kann. *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 44. Die Einteilung der Verwaltungshaftung in echte und unechte Haftungsfälle ist missverständlich, denn in allen Haftungsfällen liegt eine Schädigung tatsächlich vor. Die Besonderheit bei der Fremdmittelbewirtschaftung liegt darin, dass zwischen primärer und sekundärer Lastenverteilung zu unterscheiden ist, dazu näher unter Dritter Teil A.II.4. Die primäre und die sekundäre Schadenslastentragung bei fehlerhafter Fremdmittelverwaltung, S. 134.

344 *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 42 f.

345 *Franz Klein*, in: ders. (Hrsg.), Öffentliches Finanzrecht, 2¹⁹⁹³, I. Grundlagen des staatlichen Finanzrechts Rn. 17.

der Bund die sich aus der Bundesauftragsverwaltung ergebenden Ausgaben trägt.

Die Qualifizierung der Materien der Bundesauftragsverwaltung als Verwaltungsaufgabe der Länder ist teilweise umstritten. Diese Zuordnung entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der es sich bei der Bundesauftragsverwaltung um eine Form der echten Landesverwaltung handelt.³⁴⁶ Die Gegenansicht qualifiziert die Aufgaben unter Verweis auf die „*materielle Verwaltungsverantwortung*“ als Bundesaufgaben und sieht daher das Konnektivitätsprinzip bestätigt und nicht durchbrochen.³⁴⁷ Diese Auffassung geht indes fehl. Eine Aufspaltung des Begriffs der Verwaltungszuständigkeit in eine formale und eine materielle Komponente ist in den Art. 83 ff. GG nicht angelegt und verbietet sich deshalb auch im Rahmen des Art. 104a GG. Unabhängig von dieser terminologischen Frage ist aber jedenfalls die Kostenlast des Bundes unstreitig.³⁴⁸

Hintergrund der Regelung ist die Tatsache, dass den Ländern wegen der starken Ingerenzrechte des Bundes wenig Spielräume bei der Verwaltung verbleiben. Sie haben daher auch wenig Einfluss auf die Kostenentwicklung, so dass es sachgerecht erscheint, dem Bund die Kosten aufzuerlegen.³⁴⁹ Die ausdrückliche Regelung dieser Kostentragung erfolgte erst im Rahmen der Finanzreform im Jahr 1969,³⁵⁰ aber auch vorher bestand bezüglich der Geltung dieser Lastenverteilung weitgehend Einigkeit.³⁵¹

346 BVerfG, Urt. v. 22.05.1990, Az. 2 BvG 1/88, BVerfGE 81, 310-347 (Kalkar II) juris Rn. 84.

347 *Heintzen*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 104a Rn. 37; *Henneke*, Öffentliches Finanzwesen, ²2000, § 7 Rn. 205.

348 *Franz Klein*, in: ders. (Hrsg.), Öffentliches Finanzrecht, ²1993, I. Grundlagen des staatlichen Finanzrechts Rn. 17; *Hellermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 76; *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 104a Rn. 9; *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Art. 104a Rn. 22; *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁴2018, Art. 104a Rn. 22.

349 Henneke spricht insoweit von einer Verwaltungsverantwortung des Bundes im materiellen Sinne, *Henneke*, Öffentliches Finanzwesen, ²2000, § 7 Rn. 205.

350 Einundzwanzigstes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Finanzreformgesetz) vom 12.05.1969 (BGBl. I S. 359) Art. I. Nr. 2.

351 *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 421 f.

2. Die Geldleistungsgesetze nach Art. 104a Abs. 3, 4 GG

Art. 104a Abs. 3, 4 GG betreffen die Zweckkostentragung bei Bundesgeldleistungsgesetzen.³⁵² Abs. 3 Satz 1 ermächtigt den Gesetzgeber zur einfachgesetzlichen Regelung der Kostentragung.³⁵³ Diese Regelung wurde im Rahmen der Finanzreform³⁵⁴ eingefügt und später durch die Föderalismusreform im Jahre 2006 modifiziert.³⁵⁵ Dabei wurde der alte Abs. 3 Satz 3 gestrichen, der eine Zustimmung des Bundesrates erst bei einer Kostentragungspflicht der Länder von einem Viertel oder mehr vorsah. Stattdessen wurde im neuen Abs. 4 eine Zustimmungspflicht bei jedweder Kostentragung durch die Länder vorgesehen, also nicht nur bei Geldleistungsgesetzen, sondern darüber hinaus auch bei geldwerten Sach- und Dienstleistungen.³⁵⁶

Die Regelung eröffnet die Möglichkeit einer Mischfinanzierung von Bund und Ländern.³⁵⁷ Trägt der Bund die Hälfte oder mehr der Ausgaben, so ordnet Satz 2 Bundesauftragsverwaltung an. Dem Bund stehen dann die hiermit verbundenen starken Einwirkungsmöglichkeiten zu, insbesondere das allgemeine Weisungsrecht.³⁵⁸ In diesem Mechanismus liegt eine Umkehrung des in Abs. 2 statuierten Prinzips, nach dem die Finanzierunglast dem Verwaltungstyp folgt. Denn es folgt hier der Verwaltungstyp der Finanzierungslast.³⁵⁹ Zum Schutze der Länder bestimmt Abs. 4, dass eine

352 Vgl. dazu *Heintzen*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 62012, Art. 104a Rn. 38.

353 Diese Verlagerung der Lastentragung in das einfache Recht wird zum Teil kritisiert, weil die Kostenverteilung in der Folge Verhandlungen zwischen Bund und Ländern überlassen bleibt, vgl. *Arnim*, HbdStR Band VI, 32008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 46.

354 Einundzwanzigstes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Finanzreformgesetz) vom 12.05.1969 (BGBl. I S. 359), Art. I. Nr. 2.

355 Bonner Kommentar/*Tappe*, Mai 2017, Art. 104a Rn. 59.

356 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.08.2006 (Artikel 22, 23, 33 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c vom 28.08.20106 (BGBl. I S. 2034), Art. 1 Nr. 16. Dabei wurde der alte Abs. 3 Satz 3 gestrichen, der eine Zustimmung des Bundesrates erst bei einer Kostentragungspflicht der Länder von einem Viertel oder mehr vorsah. Stattdessen wurde im neuen Abs. 4 eine Zustimmungspflicht bei jedweder Kostentragung durch die Länder vorgesehen, also nicht nur bei Geldleistungsgesetzen, sondern darüber hinaus auch bei geldwerten Sach- und Dienstleistungen.

357 *Arnim*, HbdStR Band VI, 32008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 43.

358 Im Einzelnen zu den Einwirkungsrechten nachfolgend unter Dritter Teil B.II.2. Die Bundesauftragsverwaltung, S. 159.

359 *Elmers*, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 44.

Zustimmung des Bundesrates erforderlich ist, wenn die Länder zur Erbringung von Geldleistungen, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen gegenüber Dritten verpflichtet werden.³⁶⁰

Hintergrund auch dieser Ausnahme vom Konnexitätsprinzip ist der geringe Einfluss der Länder auf die Kostenentwicklung.³⁶¹ Denn bei der Ausführung von Geldleistungsgesetzen haben die Länder kaum Handlungsspielraum.³⁶² Typischerweise ist die Regelungsdichte bei Geldleistungsgesetzen hoch, so dass bereits alle Einzelheiten bezüglich Empfänger, Voraussetzungen und Höhe der Geldleistung festgelegt sind. Darüber hinaus gewähren Geldleistungsgesetze bei Vorliegen der Voraussetzungen in der Regel einen Anspruch auf die Geldleistung. Eine kostensteuernde Ermessensausübung findet nicht statt. Eine Belastung der Länder mit den Kosten dieser Bundesgesetze erscheint daher nicht gerechtfertigt.³⁶³ Dies gilt insbesondere deshalb, weil die finanzielle Belastung durch Bundesgeldleistungsgesetze sehr hoch ist. So gibt das Bundesfinanzministerium für das Jahr 2017 die Gesamtausgaben im Bundeshaushalt für Geldleistungsgesetze mit EUR 25,5 Mrd. an.³⁶⁴

3. Die weiteren Ausnahmen vom Konnexitätsprinzip

Die weiteren Ausnahmen vom Konnexitätsprinzip stehen entweder nicht im Zusammenhang mit der Ausführung von Bundesgesetzen oder sind

360 Vor der Föderalismusreform war eine Bundesratszustimmung nur erforderlich, wenn die Länder durch eine ausdrückliche Kostenregelung mit mindestens einem Viertel der Kosten belastet wurden. Fehlte eine Kostenregelung kam es zu der sinnwidrigen Konsequenz der vollen Lastentragung durch die Länder ohne Zustimmungserfordernis, dazu Henneke, Öffentliches Finanzwesen, 2000, § 7 Rn. 210.

361 Franz Klein, in: ders. (Hrsg.), Öffentliches Finanzrecht, 1993, I. Grundlagen des staatlichen Finanzrechts Rn. 33.

362 Heintzen, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 2012, Art. 104a Rn. 42.

363 In diesem Sinne bereits: *Kommission für die Finanzreform*, Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland, 1966, Tz. 124-126; auch die Bundesregierung bei der Gesetzesbegründung Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes (Finanzreformgesetz), BT-Drs. V/ 2861, Tz. 124-126, 253-256. In diese Richtung gingen auch die Erwägungen im Rahmen der Föderalismusreform I, vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drs. 16/813, S. 18.

364 Bundesministerium der Finanzen, Bund/Länder-Finanzbeziehungen, 2017, S. 15.

nicht mehr von besonderer praktischer Bedeutung. Sie werden der Vollständigkeit halber kurz aufgezählt.

Nach Art. 104b GG kann der Bund den Ländern Finanzhilfen für bestimmte in die Verwaltungszuständigkeit der Länder fallende Verwaltungsaufgaben gewähren. Dies gilt jedoch nur, soweit dem Bund die Gesetzgebungszuständigkeit zusteht und die Finanzhilfe zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (konjunkturpolitisches Förderungsziel), zum Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet (regionalpolitisches Förderungsziel) oder zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums (strukturpolitisches Förderungsziel) erforderlich ist.³⁶⁵ Etwas anderes gilt nur bei einer Naturkatastrophe oder einer anderen nicht kontrollierbaren Notsituation.³⁶⁶

Gleichfalls einen Fall der Mitfinanzierung von Länderaufgaben durch den Bund stellen die Gemeinschaftsausgaben dar.³⁶⁷ Gemäß Art. 91a GG wirkt der Bund in den Bereichen der Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur (Nr. 1) und der Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes (Nr. 2) an der Aufgabenerfüllung der Länder mit. Er trägt im Fall der Nr. 1 die Hälfte und im Fall der Nr. 2 mindestens die Hälfte der Ausgaben in jedem Land. Nach Art. 91b Abs. 1 Satz 1 GG können Bund und Länder auf Grund von Vereinbarungen in Fällen überregionaler Bedeutung bei der Förderung von Wissenschaft, Forschung und Lehre zusammenwirken. Die Kostentragung wird gemäß Art. 91b Abs. 3 GG gleichfalls in der Vereinbarung geregelt. Nach Art. 91c Abs. 1 GG können Bund und Länder bei der Planung, der Errichtung und dem Betrieb der für ihre Aufgabenerfüllung benötigten informationstechnischen Systeme zusammenwirken und hierzu nach Abs. 2 Vereinbarungen abschließen, welche auch die Kostentragung regeln.

Art. 120 GG regelt die Lastenverteilung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden hinsichtlich der Aufwendungen für Kriegsfolgelasten und der Zuschüsse zu den Lasten der Sozialversicherung hinsichtlich der Zweckausgaben in Abweichung vom Konnexitätsprinzip. Den Hauptteil der Finanzierungslast trägt der Bund.³⁶⁸

365 Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, ²2019, § 3 Rn. 159.

366 Kment, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 104b Rn. 6.

367 Kment, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 91a Rn. 6.

368 Henneke, Öffentliches Finanzwesen, ²2000, § 7 Rn. 256.

4. Die primäre und die sekundäre Schadenslastentragung bei fehlerhafter Fremdmittelverwaltung

Die Kernfrage der Verwaltungshaftung im Zusammenhang mit der Fremdmittelverwaltung lautet, wer die Kosten der fehlerhaften Verwaltung und damit das Verwaltungsrisiko³⁶⁹ zu tragen hat. Diese Frage wurde mit der Schaffung des Art. 104a Abs. 5 GG eindeutig beantwortet. In diesen Fällen sollen nach dem Willen des Finanzreformgesetzgebers die Länder als Träger der Ausführungsverantwortung und Verursacher die Kosten tragen.³⁷⁰

Daran schließt sich die Frage an, wie diese Risikozuweisung praktisch umgesetzt ist. Zum einen könnte auf die (primäre) Ebene der Lastentragung in Gestalt der jeweils einschlägigen Kostentragungsnormen abgestellt werden.³⁷¹ Dies würde zu einer Abwicklung über den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch führen. Zum anderen kann die angestrebte Risikozuweisung auch auf der sekundären Ebene über einen Schadensersatzanspruch zur Anwendung gebracht werden.³⁷²

Die Literatur beschäftigt sich nur sehr vereinzelt und nicht ausdrücklich unter Bezug auf die Lastenverteilung in Art. 104a GG mit der Frage, ob Anspruchsgrundlage ein Schadensersatzanspruch oder ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch ist. *Prokisch* lehnt etwa einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch des Bundes in den Fremdmittelverwaltungsfällen mit der Begründung ab, für die Zuwendung des Bundes bestehe ein Rechtsgrund, der durch die nicht ordnungsgemäße Mittelverwendung nicht entfalle.³⁷³ *Prokisch* ist mithin der Ansicht, dass die Kostentragungslast des Bundes bei Fremdmittelverwaltung auch die Kosten umfasst, die durch Verwaltungsfehler entstehen. Er weist damit dem Bund die primäre Schadenslastentragung zu. Dieser Auffassung ist im Ergebnis zuzustimmen, sie bedarf allerdings einer differenzierten Begründung.

369 U. Stelkens bezeichnet dies als Schadenslastenverteilung in unechten Haftungsfällen, U. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 318.

370 Dazu unter Vierter Teil A.II. Das Tröger-Gutachten, S. 197 und Vierter Teil A.III. Das Gesetzgebungsverfahren zur Finanzreform, S. 200.

371 Siehe dazu Sturms Versuch zur Lösung der Haftungsfrage unter Zweiter Teil D.3.a) *Sturm*: Rückgriff auf die allgemeine Lastenverteilung, S. 116.

372 Dazu bereits unter Zweiter Teil C.I.4. Fehlerhafte Mittelverwendung: Abgrenzung von *Haftung* und *Erstattung*, S. 62.

373 Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 312.

a) Der Modellfall Bundesauftragsverwaltung

Die Regelung zugunsten des zweistufigen Haftungsmodells folgt der historischen Problemwicklung in der Bundesauftragsverwaltung. Diese darf als Modellfall für die übrigen Fälle der Fremdmittelverwaltung gelten.

Das Bundesverwaltungsgericht lehnte im Jahr 1958 ein finanzielles Einstehen müssen der Länder für von Landesbeamten im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung veruntreute Gelder des Soforthilfefonds ab (nachfolgend: Soforthilfefonds-Entscheidung).³⁷⁴ Es hat damit stillschweigend dem Bund die primäre Schadenslastentragung für zweckwidrig verwandte Bundesmittel zugeordnet.

In Reaktion auf diese Rechtsprechung schuf der grundgesetzändernde Finanzreformgesetzgeber die Haftungsregelung in Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2, um so die Kosten der fehlerhaften Verwaltung auf der sekundären Ebene den Ländern zuzuweisen. Einen Hinweis dafür, dass hierbei auch die primäre Schadenslastenverteilung geändert werden sollte, gibt es nicht. Der Wortlaut der Kostentragungsregelung in Art. 104a Abs. 2 GG spricht allgemein davon, dass der Bund die sich aus der Bundesauftragsverwaltung ergebenden „*Ausgaben*“ trägt. Hätte der Finanzreformgesetzgeber die Haftungskosten hiervon ausnehmen wollen, hätte er etwa den Zusatz „*mit Ausnahme der Kosten der fehlerhaften Verwaltung*“ einfügen können. Außerdem: Wären die Kosten der fehlerhaften Fremdmittelverwaltung von den „*Ausgaben*“ ausgenommen, wäre die Regelung der Haftung in Abs. 5 unnötig gewesen. Dies legt ein zweistufiges Haftungssystem nahe.

Die zur Haftungsregelung ergangene Rechtsprechung bestätigt diesen Befund. Denn die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung³⁷⁵ und der

374 BVerwG, Urt. v. 25.05.1961, Az. I A 10.59, BVerwGE 12, 253-257 (Soforthilfefonds) juris Rn. 6f.

375 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 33; BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 1/92, RiA 1995, 240-242 (Personalrat) juris Rn. 19; BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophenschutz) juris Rn. 17; BVerwG, Urt. v. 16.01.1997, Az. 4 A 12/94, BVerwGE 104, 29-36 (Bundesfernstraßen) juris Rn. 16; BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 19; BVerwG, Urt. v. 25.08.2011, Az. 3 A 2/10, LKV 2011, 24-26 (Lastenausgleich) juris Rn. 20; BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 120; BSG, Urt. v. 15.12.2009, Az. B 1 AS 1/08 KL, BSGE 105, 100-117 (Kosten für Unterkunft und Heizung) juris Rn. 22.

ihr weithin folgenden Literatur³⁷⁶ wendet die Regelung in Abs. 5 Satz 1 Hs. 1 als Anspruchsgrundlage im Sinne eines Schadensersatzanspruchs an und betrachtet sie daher nicht als reine Lastentragungsregelung, welche durch Heranziehung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs zur Anwendung gebracht würde.

Wegen der historischen Fokussierung auf die Bundesauftragsverwaltung ist diese als Grund- und Modellfall der primären Schadenslastenverteilung bei fehlerhafter Fremdmittelverwaltung zu verstehen. Es gilt daher der Grundsatz, dass der Bund auf der Ebene der primären Lastentragung die Kosten der fehlerhaften Fremdmittelverwaltung zu tragen hat, wenn sich aus der konkreten Kostentragungsnorm nicht ausnahmsweise etwas anderes ergibt.³⁷⁷ Erst auf der sekundären Ebene des Schadensersatzes kommt es dann auf Grundlage von Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG zum Ausgleich.

b) Die Geldleistungsgesetze

Für Geldleistungsgesetze regelt Art. 104a Abs. 3 GG, dass das jeweilige Gesetz eine teilweise oder vollständige Kostenlast des Bundes für die Geldleistungen bestimmen kann. Ob damit nur ordnungsgemäß erbrachte Geldleistungen gemeint sind, wird in der Regelung nicht angesprochen. Die Einfügung dieser Kostentragungsregelung durch die Finanzreform – und damit im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Haftungsregel – spricht für eine parallele Zuweisung des primären Schadenrisikos an den Bund, welche durch die Haftungsregelung auf der Sekundärebene korrigiert wird.³⁷⁸

376 *Hellermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 181; *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 104a Rn. 18; *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁴2018, Art. 104a Rn. 72; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 104a Rn. 36; *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Art. 104a Rn. 47; *Heintzen*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 104a Rn. 55; *Schenke*, in: Soda (Hrsg.), Grundgesetz, ⁴2018, Art. 104a Rn. 14; *Kienemund*, in: Hömig/H. A. Wolff (Hrsg.), Grundgesetz, ¹²2018, Art. 104a Rn. 15; *Kube*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, ³2020, Art. 104a Rn. 56.

377 Mit abweichender Begründung im Ergebnis ebenso *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 323-329.

378 So auch das Ergebnis bei *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 329 f.

Dies wird durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt. Mit Blick auf die Kostentragungsregelungen nach dem Wohngeldgesetz³⁷⁹ hat das Bundesverwaltungsgericht nämlich festgestellt, dass sich die Kostentragungspflicht des Bundes nicht nur auf Kosten beschränkt, die bei wirtschaftlicher und rechtmäßiger Wohngeldgewährung angefallen sind, sondern sich vielmehr auf alle bei der Ausführung des Gesetzes anfallenden Kosten erstreckt.³⁸⁰

c) Die weiteren Fälle der Fremdmittelverwaltung

Auch bei den weiteren Fällen der Fremdfinanzierung durch den Bund (Finanzhilfen nach Art. 104b GG, Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91a ff. GG und Lastenausgleich nach Art. 120 GG) lässt sich dem Wortlaut der Kostentragungsregelung und der Entstehungsgeschichte keine abweichende primäre Schadenslastenverteilung entnehmen, so dass es bei einer Zuordnung zum Bund bleibt.

Für die Finanzhilfen nach Art. 104b GG wird dies durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Zukunftsinvestitionsge setz (ZuInvG) bestätigt. Bei dem Zukunftsinvestitionsge setz handelt es sich um eine Finanzhilfe des Bundes nach Art. 104b GG. Die Entscheidung betrifft u.a. die in § 7 Abs. 1 ZuInvG geregelte Rückforderung von Bundesmitteln. Nach dieser Regelung kann der Bund Finanzhilfen von einem Land u.a. zurückfordern, wenn geförderte Maßnahmen ihrer Art nach nicht den festgelegten Förderbereichen entsprechen, die Zusätzlichkeit nicht gegeben oder eine längerfristige Nutzung nicht zu erwarten ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Norm trotz der Bezeichnung als Rückforderung nicht als spezialgesetzlich geregelten öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch qualifiziert, sondern als eine gesetzliche Bestimmung des Näheren im Sinne des Art. 104a Abs. 5 Satz 2 GG für den Bereich der Finanzhilfen nach dem Zukunftsinvestitionsge setz.³⁸¹ Die Regelung normiere Fälle nicht ordnungsmäßiger Verwaltung als Haftungsvoraussetzungen und gestalte den Haftungsanspruch weiter aus.³⁸² Mit dieser Qualifi-

379 Wohngeldgesetz vom 24. September 2008 (BGBl. I S. 1856), das zuletzt durch Artikel 22 Absatz 4 des Gesetzes vom 11. November 2016 (BGBl. I S. 2500) geändert worden ist.

380 BVerwG, Urt. v. 15.05.2008, Az. 5 C 25/07, BVerwGE 131, 153-162 (Wohngeld) juris Rn. 21.

381 BVerfG, Urt. v. 07.09.2010, Az. 2 BvF 1/09, BVerfGE 127, 165-224 juris Rn. 118.

382 BVerfG, Urt. v. 07.09.2010, Az. 2 BvF 1/09, BVerfGE 127, 165-224 juris Rn. 118.

zierung als Haftungsregelung hat das Bundesverfassungsgericht notwendig vorausgesetzt, dass der Bund bei Finanzhilfen nach Art. 104b GG zunächst auch die Kosten fehlerhafter Maßnahmen durch die Länder trägt. Erst auf der sekundären Ebene der Verwaltungshaftung kann er die insoweit verausgabten Mittel als Schadensersatz geltend machen.

d) Ergebnis

Richtigerweise ist im Rahmen der im Grundgesetz vorgesehenen Fremdmittelverwaltung von Bundesmitteln durch die Länder von einem zweistufigen System auszugehen. Auf der ersten Stufe hat der Bund auch die Kosten fehlerhafter Mittelverwendung zu tragen und kann diese auf der zweiten Stufe im Wege der Verwaltungshaftung ersetzt verlangen.

Dies gilt einheitlich für alle Fälle der Fremdfinanzierung von Länderaufgaben durch den Bund. Es gibt keinen sachlichen Grund, der es rechtfertigen würde, zwischen einzelnen Ausnahmen vom Konnexitätsprinzip zu differenzieren. Ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch ist daher grundsätzlich abzulehnen. Stattdessen kann der Bund die fehlerhaft verausgabten Mittel unter den Voraussetzungen des Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG auf der Sekundärebene der Haftung als Schaden geltend machen.

Diese Sichtweise gewährleistet auch eine einheitliche Anwendung des Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG als Anspruchsgrundlage in allen zwischen Bund und Ländern in Betracht kommenden Fallgruppen der Verwaltungshaftung. Andernfalls käme es zu einer Aufspaltung in Erstattungsansprüche bei der Fremdmittelverwaltung und Haftungsansprüche in allen übrigen Fallgruppen.³⁸³

5. Zusammenfassung

Das Grundgesetz selbst durchbricht an verschiedenen Stellen den Konnexitätsgrundsatz, indem es eine Finanzierungszuständigkeit des Bundes für Aufgaben der Länder vorsieht, so dass in diesen Fällen eine Fremdmittelverwaltung gegeben ist: So sieht Art. 104a Abs. 2 GG eine Kostentragung

383 Zu einer Literaturmeinung, die den sachlichen Anwendungsbereich insgesamt auf die Fremdmittelverwaltung beschränken will unter Vierter Teil C.II. Beschränkung auf die Fremdmittelverwaltung, S. 235.

des Bundes bei der Bundesauftragsverwaltung vor. Art. 104a Abs. 3, 4 GG ermächtigen den einfachen Gesetzgeber dazu, bei Geldleistungsgesetzen eine Kostentragung des Bundes vorzusehen. Auch bei den Finanzhilfen nach Art. 104b GG, den Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91a ff. GG und dem Lastenausgleich nach Art. 120 GG sieht das Grundgesetz eine Kostentragung des Bundes vor. In allen Fällen der im Grundgesetz vorgesehenen Fremdmittelverwaltung liegt der Zuweisung der Kosten fehlerhafter Mittelverwendung ein zweistufiges System zugrunde. Auf der ersten Stufe der primären Lastentragung sind die Kosten der fehlerhaften Mittelverwendung dem Kostenträger, also dem Bund zugewiesen. Erst auf der zweiten Stufe der sekundären Lastentragung kann der Bund diesen Schaden nach Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG ersetzt verlangen, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des Haftungsanspruchs erfüllt sind.

III. Die Haftungskosten im Lastentragungssystem des Art. 104a GG

1. Die Einteilung in Verwaltungs- und Zweckkosten

Grundlegend für das systematische Verständnis von Art. 104a GG ist die Einteilung aller Ausgaben in die Kategorien der Verwaltungs- und Zweckkosten. Dabei werden nur die Verwaltungskosten in Abs. 5 Satz 1 Hs. 1 GG ausdrücklich angesprochen. Sie werden dort als „Verwaltungsausgaben“ bezeichnet.

Verwaltungskosten sind diejenigen Kosten, die durch den Verwaltungsapparat und seine Unterhaltung entstehen.³⁸⁴ Hierzu gehören etwa die Kosten für Personal, Gebäude und Ausstattung.³⁸⁵ Bund und Länder tragen die Verwaltungskosten ihrer jeweiligen Behörden gemäß Art. 104a Abs. 5 Satz 1 GG selbst. Dieses Verbot der Verwaltungskostenerstattung gilt nicht nur im systematischen Zusammenhang des Art. 104a GG, sondern hat allgemeine Gültigkeit.³⁸⁶

³⁸⁴ *Arnim*, HbdStR Band VI, ³2008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 20; *Heintzen*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 104a Rn. 8; Berliner Kommentar/Schmehl, November 2009, Art. 104a Rn. 31.

³⁸⁵ *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 104a Rn. 16.

³⁸⁶ *Arnim*, HbdStR Band VI, ³2008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 22; *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁴2018, Art. 104a Rn. 14.

Zweckkosten sind demgegenüber die unmittelbar für die Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe anfallenden Kosten.³⁸⁷ Hierzu gehören beispielsweise die Kosten, die bei der Leistung von Geld- oder Sachmitteln an außerhalb der Verwaltung stehende Dritte anfallen. Bei der Erfüllung von Bauaufgaben stellen die Kosten für die Errichtung des Gebäudes gleichfalls Zweckausgaben dar.

Im Einzelfall kann die Abgrenzung schwierig sein.³⁸⁸ Es fehlt bisher – trotz des Gesetzgebungsauftags in Art. 104a Abs. 5 Satz 2 GG – an einer gesetzlichen Klärung der genauen Zuordnung verschiedener Posten zu den beiden Kostenkategorien. Daher bleibt es der Rechtsprechung überlassen, im streitigen Einzelfall eine Zuordnung vorzunehmen. Das im Rahmen der Finanzreform erlassene Finanzanpassungsgesetz schaffte lediglich bestehende Regelungen zur Verwaltungskostenerstattung ab.³⁸⁹ Eine grundsätzliche Zuordnung der einzelnen Kostenpositionen unterblieb dagegen.³⁹⁰

Art. 104a GG erfasst als umfassende Lastenverteilungsregelung alle denkbaren Ausgaben, mithin auch die Kosten der Verwaltungshaftung.³⁹¹ Es stellt sich deshalb die Frage, wie die Kosten der Verwaltungshaftung in das System von Verwaltungs- und Zweckkosten einzuordnen sind. Es handelt sich hierbei nicht um eine rein akademische Frage. Denn die Zuordnungsfrage steht in einem engen Zusammenhang zu Anwendungsbereich und Reichweite der Haftungsnorm.³⁹²

387 Henneke, *Öffentliches Finanzwesen*, ²2000, § 7 Rn. 196; Heintzen, in: Münch/Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz*, ⁶2012, Art. 104a Rn. 8; Berliner Kommentar/Schmehl, November 2009, Art. 104a Rn. 31.

388 Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, ⁸2018, Art. 104a Rn. 10; Bonner Kommentar/Tappe, Mai 2017, Art. 104a Rn. 306.

389 Gesetz zur Anpassung verschiedener Vorschriften über die Finanzbeziehungen zwischen dem Bund und den Ländern an die Neuregelung der Finanzverfassung (FinAnpG) vom 30.08.1971 (BGBl. I S. 1426), Art. 2, 3.

390 Finanzanpassungsgesetz (Gesetzentwurf der Bundesregierung), BT-Drs. VI/1771 S. 15 f.; Franz Klein, in: ders. (Hrsg.), *Öffentliches Finanzrecht*, ²1993, I. Grundlagen des staatlichen Finanzrechts Rn. 19.

391 U. Stelkens, *Verwaltungshaftungsrecht*, 1998, S. 261.

392 Siehe dazu auch nachfolgend unter Vierter Teil Der sachliche Anwendungsbereich der Haftungsregelung, S. 194.

2. Reichweite des Konnexitätsprinzips

Umstritten ist, ob Gegenstand der Regelung des Abs. 1 sämtliche Ausgaben im Zusammenhang mit der Verwaltung sind³⁹³ oder ob sich die Regelung nur auf Zweckausgaben bezieht.³⁹⁴ Diese Streitfrage hängt mit dem Verständnis der Regelung der Verwaltungskosten in Abs. 5 Satz 1 Hs. 1 zusammen. Hiernach tragen Bund und Länder die bei ihren Behörden entstehenden Verwaltungskosten jeweils selbst. Daraus folgt ein allgemeines Verbot der Verwaltungskostenentstättung, welches über den Anwendungsbereich des Art. 104a GG hinausreicht.³⁹⁵

Die Verwaltungskostentragungsregelung ist nach einer Ansicht als bloße Wiederholung des bereits in Abs. 1 verankerten allgemeinen Konnexitätsgrundsatzes zu verstehen.³⁹⁶ Nach dieser Lesart soll die Regelung lediglich verdeutlichen, dass die Ausnahmen vom Konnexitätsprinzip nicht für die Verwaltungskosten gelten. Nach der Gegenauffassung ist die Regelung als Spezialregelung für die Verwaltungskosten aufzufassen.³⁹⁷ Hierdurch werde der Vorrang gegenüber anderen Regelungen zur Ausgabenlast (etwa für abweichend von Abs. 1 zu tragende Zweckkosten) deutlich.

Im Ergebnis ist diese Frage für die Verwaltungshaftung zwar ohne Konsequenz, denn nach beiden Auffassungen gelten die Ausnahmen vom Konnexitätsprinzip in den Abs. 2-4 nur für die Zweckkosten. Die Kenntnis des Streits ist aber notwendig, weil die Anhänger der beiden Ansätze einen unterschiedlichen Ausgangspunkt haben, wenn sie zur Verwaltungskostenregelung in Abs. 5 Satz 1 Hs. 1 Stellung nehmen. Wegen des systematischen Zusammenhangs zur Haftungsregelung in Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 ist dies auch für den Anwendungsbereich der Haftungsregelung relevant.³⁹⁸

393 *Heintzen*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 104a Rn. 8.

394 *Hellermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 50; *Arnim*, HbdStR Band VI, ³2008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 19.

395 *Hellermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 141; *Heintzen*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 104a Rn. 1; *Arnim*, HbdStR Band VI, ³2008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 22; *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 104a Rn. 16.

396 *Heintzen*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 104a Rn. 8; *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁴2018, Art. 104a Rn. 14; *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Art. 104a Rn. 13.

397 *Hellermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 50, 140; *Arnim*, HbdStR Band VI, ³2008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 19; *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 104a Rn. 16.

398 Dazu nachfolgend unter Vierter Teil B.I.a) Systematische Auslegung, S. 211.

3. Herrschende Meinung: Sämtliche Haftungskosten sind Verwaltungskosten

Nach überwiegender Ansicht sind die Kosten der fehlerhaften Verwaltung insgesamt den Verwaltungsausgaben zuzuordnen.³⁹⁹ Diese Zuordnung wird maßgeblich auf das Troeger-Gutachten gestützt, denn dort wird ausgeführt, dass zu den Verwaltungskosten künftig auch die „*Kosten der fehlerhaften Verwaltung*“ gehören sollen, wie etwa Haftungsverpflichtungen und Kassenfehlbeträge.⁴⁰⁰ Diese Erwägung wurde auch in der Gesetzesbegründung ausdrücklich übernommen.⁴⁰¹ Das Bundesverwaltungsgericht schließt sich dieser Auffassung in der BAföG-Entscheidung unter Verweis auf das Troeger-Gutachten an.⁴⁰² Zur Begründung wird auch auf den systematischen Zusammenhang zwischen der Tragung der Verwaltungskosten in Hs. 1 und der Haftungsregelung in Hs. 2 hingewiesen. Die Haftungsregelung in Hs. 2 stelle sich insofern als bloße „*Ergänzung*“⁴⁰³ oder „*Fortsetzung*“⁴⁰⁴ der Verwaltungskostenregelung in Hs. 1 dar.

Eine differenzierte Betrachtung von Haftungsschäden nach ihrem Ursprung in Zweckkosten oder Verwaltungskosten wird dabei nur vereinzelt vorgenommen, obwohl diese Unterteilung dem Art. 104a GG – wie dargelegt – einhellig zugrunde gelegt wird und sich daher auch für die Haftungsfrage anbietet. So spricht Janz die in den Zweckausgaben wurzelnden, rechtwidrig zu hohen Ausgaben bei Geldleistungsgesetzen an und

399 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 3; Henneke, *Öffentliches Finanzwesen*,²2000, § 7 Rn. 200 am Ende; Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), *Grundgesetz*,¹⁴2018, Art. 104a Rn. 53; Janz, *Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG*, 2003, S. 454; Heintzen, in: Münch/Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz*,⁶2012, Art. 104a Rn. 54; Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*,⁸2018, Art. 104a Rn. 46; Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 306; Kment, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), *Grundgesetz*,¹⁶2020, Art. 104a Rn. 16, 18; Bonner Kommentar/*Tappe*, Mai 2017, Art. 104a Rn. 320 f.

400 *Kommission für die Finanzreform*, Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland, 1966, Tz. 215.

401 Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes (Finanzreformgesetz), BT-Drs. V/2861, Tz. 123.

402 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG), juris Rn. 35.

403 BVerwG, Urt. v. 27. 03.1980, Az. IV A 1.77, BayVBl 1980, 473-475 (Kraftfahrzeugbundesamt), juris Rn. 18.

404 Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 306.

ordnet sie ausdrücklich den Verwaltungsausgaben zu.⁴⁰⁵ Er argumentiert, dass eine gesetzes- und zweckwidrige Mittelverwendung niemals der Verwirklichung des Verwaltungszwecks diene und daher nie zu den Zweckkosten gehören könne. Durch die Zuordnung auch dieser Kosten zu den Verwaltungskosten könne eine unnötige Aufspaltung des Begriffs der Haftungskosten innerhalb des Art. 104a Abs. 5 GG vermieden werden. *Prokisch* spricht ausdrücklich davon, dass „*durch die Haftungsregelung auch solche Kosten, die ursprünglich Zweckausgaben waren, den Verwaltungskosten zugeordnet [werden]*“.⁴⁰⁶

4. Kritik

Die pauschale Zuordnung der Kosten der fehlerhaften Verwaltung zu den Verwaltungskosten überzeugt im Hinblick auf die Kosten der fehlerhaften Verwendung von Zweckmitteln nicht.⁴⁰⁷ Es ist bereits nicht nachvollziehbar, warum die den Inhalt des Art. 104a GG maßgeblich bestimmende Unterscheidung zwischen Verwaltungs- und Zweckkosten für die Haftungsschäden aufgegeben werden sollte und die Haftungsschäden zwingend einheitlich einer Kategorie zugeordnet werden sollen. *Janz* führt keinen sachlichen Grund dafür an, dass eine „*Aufspaltung der Haftungskosten*“ vermieden werden müsste.

Der systematische Zusammenhang der Haftungsregelung in Satz 1 Hs. 2 zur Verwaltungskostenregelung in Satz 1 Hs. 1 führt nicht zwingend dazu, dass alle Haftungskosten als Verwaltungskosten anzusehen wären. Ein solcher Schluss ist nicht einmal naheliegend. Vielmehr kann in der sprachlichen Verknüpfung „*und*“ zwischen Hs. 1 und Hs. 2 auch ein Hinweis auf den eigenständigen und damit unabhängigen Regelungsgehalt des Hs. 2 gesehen werden.⁴⁰⁸

405 *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 454; ähnlich auch Bonner Kommentar/*Tappe*, Mai 2017, Art. 104a Rn. 328, der von einer „*Umqualifizierung*“ von Zweckausgaben in Verwaltungsausgaben im Fall der fehlerhaften Verwaltung spricht.

406 Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 307.

407 So auch BGH, Urt. v. 07.11.2013, Az. III ZR 263/12, BGHZ 198, 374-381 juris Rn. 11 f.

408 *Erichsen*, Zur Haftung im Bund-Länder-Verhältnis, 1986, S. 14 f.; *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 272; *F. Kirchhof*, NVwZ 1994, S. 105 ff. (107).

Auch das definitorische Argument von Janz, es handele sich bei durch fehlerhafte Verwaltung verursachte Kosten nie um Zweckkosten, ist denkbar schwach. Denn so wenig wie die durch fehlerhafte Verwaltung verursachten Kosten dem Verwaltungszweck fördern, dienen sie auch nicht der Aufrechterhaltung des Verwaltungsapparats und sind daher ausgehend von der Definition auch nicht den Verwaltungsausgaben zuzuschlagen.

Es leuchtet nicht ein, dass sich Zweckmittel nur durch fehlerhafte Verwendung in Verwaltungsausgaben umwandeln sollen.⁴⁰⁹ Auch soweit Janz den Begriff der Zweckkosten auf solche Kosten begrenzen will, die tatsächlich der Förderung des Verwaltungszwecks dienen, ist dies nicht haltbar. Die tatsächliche Förderung des Verwaltungszwecks kann bei Zuordnung zu den Zweckkosten nicht der Maßstab sein, denn sie ist auch bei ordnungsgemäßer Verwaltung nicht sichergestellt. So können etwa ordnungsgemäße BAföG-Auszahlungen vom Empfänger etwa für einen Urlaub verwendet werden statt zur Finanzierung seiner Ausbildung. Die tatsächliche Zweckförderung ist daher ein unmaßgebliches Fernziel.

Ferner kann bei einer Einordnung der Haftungskosten als Verwaltungsausgaben keine Haftung für Steuermindereinnahmen begründet werden. Denn Mindereinnahmen können begrifflich nicht unter den Begriff der Ausgabe gefasst werden. Sie sind nämlich kein Mittelabfluss, sondern ein verminderter Mittelzufluss. Dass von der Haftungsregelung aber auch die Haftung für Steuermindereinnahmen bei der Steuerauftragsverwaltung erfasst sein soll, ist ganz herrschende Meinung und wird auch von den Befürwortern der Zuordnung aller Haftungskosten zu den Verwaltungskosten nicht in Abrede gestellt.⁴¹⁰

Schließlich steht die Zuordnung aller Haftungskosten zu den Verwaltungskosten in einem unauflösaren Widerspruch zur praktischen Anwendung der Haftungsregelung als Anspruchsgrundlage für Schadensersatz. Sie wird daher von ihren Befürwortern in der Rechtsanwendung auch selbst nicht konsequent durchgehalten. Dass die Haftungsregelung rechts-technisch eine Anspruchsgrundlage für Schadensersatz darstellt, wird von

409 So auch Nopper, *Bund-Länder-Haftung*, 1998, S. 97 f.

410 Heintzen, in: Münch/Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz*, ⁶2012, Art. 104a Rn. 54; Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), *Grundgesetz*, ¹⁴2018, Art. 104a Rn. 55.

Rechtsprechung⁴¹¹ und Literatur⁴¹² allgemein angenommen. Dies wird durch den Wortlaut „*haft*en“ im Gegensatz zu der sonst in Art. 104a GG gewählten Formulierung der Ausgabentragung deutlich. Auch die Anlehnung der Formulierung an die Haftung der Länder für Steuermindereinnahmen in Art. 108 Abs. 4 GG a.F. stützt dies. Denn für diese Vorschrift war unstreitig, dass es sich um eine Anspruchsgrundlage handelte.⁴¹³

Die Rechtsnatur als Anspruchsgrundlage lässt sich nicht mit der Zuordnung aller Haftungskosten zu den Verwaltungskosten vereinbaren. Wenn nämlich aus Zweckmitteln allein durch die fehlerhafte Verwendung Verwaltungskosten würden, hätte dies beim Auseinanderfallen der Finanzierungszuständigkeit für Verwaltungskosten (Land) und Zweckkosten (Bund) etwa im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung folgende Konsequenzen:

Die Kosten für eine fehlerhafte Mittelverwendung wären als Verwaltungskosten schon nach Hs. 1 den Ländern zugewiesen, so dass man zur Haftungsfrage nach Hs. 2 gar nicht mehr käme.⁴¹⁴ In der Rechtsfolge stünde dem Bund in diesen Fällen bereits ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch gegen das Land zu.⁴¹⁵ Denn die Zahlungen des Bundes für vom Land zu tragende Verwaltungskosten stellen eine Bereicherung des Landes dar. Zahlungen, die entgegen dieser Lastenverteilung geleistet wurden, für die also keine Finanzzuständigkeit des Bundes besteht, sind wegen der Verbindlichkeit der Lastenverteilung für Bund und Länder schon nach all-

411 So wendet das Bundesverwaltungsgericht die Norm in ständiger Rechtsprechung als Anspruchsgrundlage für Schadensersatz an: BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 32; BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophenschutz) juris Rn. 17; BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 19.

412 Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Art. 104a Rn. 47; Kment, in: Järas/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 104a Rn. 18; Bonner Kommentar/Prokisch, Mai 2003, Art. 104a Rn. 317; Heintzen, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 104a Rn. 55; Kube, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, ³2020, Art. 104a Rn. 56.

413 Janz, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 377 ff. m.w.N.

414 BGH, Urt. v. 07.11.2013, Az. III ZR 263/12, BGHZ 198, 374-381 juris Rn. 12, 13.

415 Diese Frage der inneren Systematik der sekundären Schadenslastenverteilung in Art. 104a Abs. 5 GG ist nicht zu verwechseln mit soeben unter Dritter Teil A.II.4. Die primäre und die sekundäre Schadenslastentragung bei fehlerhafter Fremdmittelverwaltung, S. 134 behandelten Frage, ob sich den Kostentragungsnormen bei Fremdmittelverwaltung der primären und sekundären Schadenslastenverteilung.

gemeinen Grundsätzen zurückzuerstatten.⁴¹⁶ Auf einen Anspruch nach Verwaltungshaftung käme es daher bei konsequenter Weiterführung dieser Sichtweise gar nicht mehr an.⁴¹⁷

Demgegenüber geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass in diesen Fällen ein Anspruch des Bundes erst aus Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG folgt. Das Bundesverwaltungsgericht verneint einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch ausdrücklich wegen einer fehlenden Bereicherung des Landes.⁴¹⁸ Stattdessen zieht das Bundesverwaltungsgericht Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG bei der fehlerhaften Fremdmittelverwaltung durch die Länder ausdrücklich als Anspruchsgrundlage heran.⁴¹⁹ Dem haben sich sowohl das Bundessozialgericht⁴²⁰ als auch das Bundesverfassungsgericht⁴²¹ und die Kommentarliteratur⁴²² angeschlossen. Die Bejahung eines solchen Haftungsanspruchs setzt aber – wie soeben dargelegt – zwingend voraus, dass nach der Lastenverteilung zunächst der Bund die Zweckkosten bei fehlerhafter Verwaltung zu tragen hat.

416 So auch *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 323 ff. zur Schadenslastenverteilung bei fehlerhafter Verwendung von Mittel für Zweckkosten nach Art. 104a Abs. 2 GG und S. 239 ff. für solche nach Art. 104a Abs. 3 GG. Unrichtig ist daher die Argumentation von *Nopper* und *Erichsen*, die einen Gegensatz zwischen einer aus ihrer Sicht unverbindlichen Kostentragungsregel und einer Einstandspflicht bei interkörperschaftlicher Haftungsgrundlage, *Nopper*, *Bund-Länder-Haftung*, 1998, S. 71; *Erichsen*, Zur Haftung im Bund-Länder-Verhältnis, 1986, S. 20 f.

417 Konsequent insofern Bonner Kommentar/*Tappe*, Mai 2017, Art. 104a Rn. 329 f., nachdem es in Abs. 5 Satz 1 nicht um einen Schadensersatzanspruch sondern um eine Lastenverteilungsregel geht.

418 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 32.

419 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 33; BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophenschutz) juris. Rn. 16; BVerwG, Urt. v. 16.01.1997, Az. 4 A 12/94, BVerwGE 104, 29-36 (Bundesfernstraßen) juris Rn. 16; BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 20.

420 BSG, Urt. v. 15.12.2009, Az. B 1 AS 1/08 KL, BSGE 105, 100-117 (Kosten für Unterkunft und Heizung) juris Rn. 22.

421 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 120.

422 *Hellermann*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 169 f., 181; *Heun*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 104a Rn. 37; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), Grundgesetz, Mai 1977 (Vorauflage), Art. 104a Rn. 67 f.; *Berliner Kommentar/Schmehl*, November 2009, Art. 104a Rn. 55.

Implizit ordnet die höchstrichterliche Rechtsprechung damit die Kosten der Veruntreuung von Zweckmitteln den Zweckkosten zu. Diese Zuordnung muss dann erst recht für solche Kosten gelten, die durch bestimmungsgemäße aber rechtswidrige Verwendung der Mittel verursacht werden.

5. Eigene Auffassung: Keine pauschale Zuordnung möglich

Richtigerweise lassen sich die Haftungskosten nicht pauschal den Verwaltungskosten zuordnen. Stattdessen sind die Kosten fehlerhafter Mittelverwendung als Zweckkosten zu qualifizieren.⁴²³

Dieses Verständnis war auch bei der Finanzreform Ausgangspunkt der Überlegung zur Verwaltungshaftung. Denn in der Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates stellt die Bundesregierung die Haftungsproblematik wie folgt dar:⁴²⁴ Es bestehe eine Lücke in der Verantwortlichkeit des Verwaltungsträgers für eine ordnungsgemäße Wahrnehmung seiner Aufgaben. Diese zeige sich beispielsweise bei unrechtmäßigen Zahlungen der Länder im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung. In diesen Fällen trete der Schaden beim Bund ein, der die Zweckausgaben zu tragen habe.

Die Einführung der Haftungsregelung des Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG gerade vor dem Hintergrund fehlerhafter Fremdmittelverwaltung spricht für eine „*konstitutive Bedeutung*“⁴²⁵ des Hs. 2 in diesen Fällen. Die heute herrschende Meinung sieht in dem Auseinanderfallen der Verwaltungszuständigkeit und der Zweckausgabenlast sogar den Hauptanwendungsfall der Haftungsregelung.⁴²⁶ Zur Anwendung kommt die Haftungsregelung aber nur, wenn die Frage nicht bereits durch die Verwaltungskostenregelung in Hs. 1 geregelt ist.

423 So auch *Hellermann*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), *Grundgesetz*, ⁷2018, Art. 104a Rn. 165; *Nopper*, *Bund-Länder-Haftung*, 1998, S. 97 f.; *U. Stelkens*, *Verwaltungshaftungsrecht*, 1998, S. 323 f.

424 Siehe zum Folgenden den Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes (Finanzreformgesetz), BT-Drs. V/2861, S. 86.

425 *Hellermann*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), *Grundgesetz*, ⁷2018, Art. 104a Rn. 165.

426 *Hellermann*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), *Grundgesetz*, ⁷2018, Art. 104a Rn. 161, 163; *Bonner Kommentar/Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 328; *Siekmann*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz*, ⁸2018, Art. 104a Rn. 47; *Heintzen*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), *Grundgesetz*, ⁶2012, Art. 104a Rn. 54.

Die oben erwähnten, scheinbar gegenteiligen Ausführungen im Tröger-Gutachten und im Gesetzentwurf dahin, dass zu den Verwaltungsausgaben auch die Kosten der fehlerhaften Verwaltung gehören sollen, lassen sich daher auch anders verstehen. Statt im Sinne einer generellen systematischen Zuordnung der Haftungskosten zu den Verwaltungskosten kann mit der Formulierung auch schlicht gemeint sein, dass die Kosten fehlerhafter Fremdmittelverwaltung durch die Verwaltungshaftung dem vollzugszuständigen Verwaltungsträger zugewiesen werden und in diesem Sinne Verwaltungsausgaben darstellen, ohne dass hiermit eine formale Zuordnung zu den Verwaltungskosten gewollt war.

Zum gleichen Ergebnis kommt auch *U. Stelkens*, der nur die durch Prozesskosten und Haftungsverpflichtungen entstehenden Schäden nach dem Ausschlussprinzip den Verwaltungskosten zuordnet.⁴²⁷ Zu den vom Bund zu tragenden Ausgaben nach Art. 104a Abs. 2, 3 GG zählt er dagegen „*alle diejenigen Ausgaben, die dadurch veranlaßt werden, daß die Länder ein bestimmtes Sachanliegen gerade durch das Ausgeben bestimmter Mittel zu fördern haben*“.⁴²⁸ Auch *Nopper* plädiert dafür, die Kosten fehlerhafter Zweckmittelbewirtschaftung den Zweckkosten zuzuordnen. Er begründet dies vor allem damit, dass sich diese Kosten nicht unter den Verwaltungsausgabenbegriff subsumieren lassen, weil sie nicht zur apparativen Bewältigung der Finanzmittel benötigt werden.⁴²⁹

6. Zusammenfassung

Maßgeblich für das Verständnis des Art. 104a GG ist die Unterscheidung von Verwaltungskosten – also den Kosten des Verwaltungsapparates und seiner Unterhaltung – und den Zweckkosten – also den unmittelbar für die Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe anfallenden Kosten. Alle Ausgaben sind einer dieser Kategorien zuzuordnen. Die herrschende Meinung ordnet die Haftungskosten den Verwaltungskosten zu. Dies überzeugt nicht. Denn die Kosten fehlerhafter Zweckmittelverwendung lassen sich weder definitorisch unter den Begriff der Verwaltungskosten fassen, noch lässt sich diese Zuordnung in der Anwendung der Haftungsregelung als Anspruchsgrundlage konsequent weiterführen. Auch bei fehlerhafter Verwendung bleiben als Zweckkosten zu qualifizierende Kosten daher Zweck-

427 *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 260 f.

428 *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 324, 329.

429 *Nopper*, Bund-Länder-Haftung, 1998, S. 98.

kosten. Die durch Prozesskosten und Haftungsverpflichtungen entstehenden Kosten sind nach dem Ausschlussprinzip den Verwaltungskosten zuzuordnen.

IV. Fremdeinnahmenverwaltung: Auseinanderfallen von Verwaltungs- und Ertragszuständigkeit

In der Steuerverwaltung gibt es keinen dem Konnexitätsprinzip entsprechenden Grundsatz, nach dem in erster Linie derjenige verwaltungszuständig ist, dem die Einnahmen aus einer Steuer gebühren. Stattdessen sind Verwaltungs- und Ertragszuständigkeit für die einzelnen Steuern unabhängig voneinander geregelt. Soweit die Verwaltungszuständigkeit bei einer föderalen Ebene liegt, die Ertragszuständigkeit jedoch bei der anderen, kann es zu Fällen der Fallgruppe Fehlerhafte Fremdeinnahmenverwaltung kommen.

1. Verwaltungszuständigkeit

Art. 108 GG regelt die Verwaltungszuständigkeiten in der Steuerverwaltung gesondert nach den einzelnen Steuern. So verwalten die Bundesfinanzbehörden nach Art. 108 Abs. 1 Satz 1 GG Zölle, Finanzmonopole, bundesgesetzlich geregelte Verbrauchsteuern (einschließlich der Einfuhrumsatzsteuer), die Kraftfahrzeugsteuer und sonstige auf motorisierte Verkehrsmittel bezogene Verkehrssteuern ab dem 01.07.2009.⁴³⁰ Die übrigen Steuern werden nach Art. 108 Abs. 2 Satz 1 GG von den Landesfinanzbehörden verwaltet.⁴³¹ Soweit die Landesfinanzbehörden Steuern verwalten, die ganz oder zum Teil dem Bund zustehen, ordnet Art. 108 Abs. 3 GG Bundesauftragsverwaltung an.⁴³²

⁴³⁰ Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Art. 108 Rn. 8; Kment, in: Jarrass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 108 Rn. 4; Kube, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, ³2020, Art. 108 Rn. 3.

⁴³¹ Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Art. 108 Rn. 9; Kment, in: Jarrass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 108 Rn. 6; Kube, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, ³2020, Art. 108 Rn. 9.

⁴³² Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Art. 108 Rn. 9; Kment, in: Jarrass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 108 Rn. 9; Kube, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, ³2020, Art. 108 Rn. 14.

2. Ertragszuständigkeit

Die Ertragszuständigkeit ist demgegenüber in Art. 106 GG geregelt. Nach Art. 106 Abs. 1 GG stehen dem Bund u.a. die Erträge aus Zöllen, Monopolen, Verbrauchssteuern (Ausnahmen: Biersteuer, Umsatzsteuer, örtliche Verbrauchssteuern), Kraftfahrzeugsteuer (und andere Verkehrsteuern für motorisierte Verkehrsmittel), Kapitalverkehrssteuer, Versicherungssteuer und Wechselsteuer allein zu (Bundessteuern).⁴³³ Den Ländern stehen die Erträge aus Vermögenssteuer (derzeit nicht erhoben), Erbschaftssteuer, Verkehrssteuern (soweit nicht an anderer Stelle anders geregelt), Biersteuer und Spielbankenabgabe zu (Ländersteuern).⁴³⁴ Der Großteil der Steuern steht jedoch nach Art. 106 Abs. 3 Satz 1 GG Bund und Ländern gemeinsam zu (sogenannte Gemeinschaftssteuern), diese machen circa 70,5 % des gesamten Steueraufkommens aus.⁴³⁵

3. Zusammenfassung

Das Grundgesetz regelt für die Steuerverwaltung die Verwaltungszuständigkeit unabhängig von der Ertragszuständigkeit. Zudem handelt es sich bei einem Großteil der Steuern um Gemeinschaftssteuern, die Bund und Ländern gemeinsam zustehen, und die verwaltungszuständige Ebene hierbei auch im Fremdinteresse tätig wird. Die Fremdeinnahmenverwaltung ist mithin der Regelfall in der Steuerverwaltung, so dass sich bei Verwaltungfehlern Haftungsfälle der Fallgruppe Fehlerhafte Fremdeinnahmenverwaltung ergeben können.

B. Die Ausführung der Bundesgesetze

Grundlage und Voraussetzung für die Verwaltungshaftung bei der Gesetzesausführung ist die Kompetenzdifferenzierung zwischen den beteiligten

⁴³³ Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, ²2019, § 5 Rn. 348; Wendt, HbdStR Band VI, ³2008, § 139 Finanzhoheit und Finanzausgleich Rn. 63.

⁴³⁴ Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, ²2019, § 5 Rn. 349; Wendt, HbdStR Band VI, ³2008, § 139 Finanzhoheit und Finanzausgleich Rn. 64.

⁴³⁵ Wendt, HbdStR Band VI, ³2008, § 139 Finanzhoheit und Finanzausgleich Rn. 65.

Verwaltungsträgern.⁴³⁶ Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern bei der Ausführung von Bundesgesetzen ist im Grundgesetz in den Art. 83 ff. GG geregelt. Das Grundgesetz weist die Zuständigkeit zur Ausführung der Bundesgesetze einer der beiden föderalen Ebenen zu. Im rechtswissenschaftlichen Sprachgebrauch wird diese Zuweisung als Verwaltungszuständigkeit bzw. als Verwaltungskompetenz bezeichnet.

Dies ist insofern missverständlich, als aus der Verwaltungskompetenz einer föderalen Ebene nicht zwingend eine alleinige und umfassende Zuständigkeit für alle im Zusammenhang mit der Ausführung des betreffenden Gesetzes relevanten Verwaltungstätigkeiten folgt. Dies ist nur bei der bundeseigenen Ausführung von Bundesgesetzen der Fall. Hier ist der Bund umfassend zuständig, die Länder sind nicht beteiligt. Bei der haftungsrelevanten Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder sind dagegen die Befugnisse auf beide föderalen Ebenen verteilt. Nach dem Grundsatz der Art. 83 GG sind die Länder für die Ausführung der Bundesgesetze zuständig, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt. Jedoch stehen dem Bund hierbei umfangreiche Einwirkungsrechte zur Steuerung der Gesetzesausführung zu. Diese Einwirkungsrechte lassen sich auch als Teilverwaltungskompetenzen auffassen.

I. Die gesetzesfreie und die gesetzesausführende Verwaltung

Mit gesetzesfreier Verwaltung ist die Verwaltungstätigkeit ohne materielle Normengrundlage gemeint.⁴³⁷ Gebräuchlich ist auch der Begriff der „*nicht gesetzesakzessorischen Verwaltung*“, mit dem klargestellt wird, dass auch die Verwaltung ohne Normengrundlage an die bestehenden Gesetze gebunden ist und nicht etwa auch insofern frei ist.⁴³⁸ Zur gesetzesfreien Verwaltung gehört insbesondere das weite Feld der staatlichen Subventionen (insbesondere Wirtschafts- und Wissenschaftsförderung, sowie Sozialpolitik)⁴³⁹ und auch die Fondsverwaltung des Bundes.⁴⁴⁰ Der Verwaltung

436 Siehe dazu oben Zweiter Teil C. Die Fallgruppen der Verwaltungshaftung, S. 55.

437 Pieroth, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, ¹⁴2016, Art. 83 Rn. 3.

438 Zum Unterschied zwischen Ausführung und Befolgung von Gesetzen Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁴2018, Art. 83 Rn. 2.

439 Umbach/Clemens, in: dies. (Hrsg.), Grundgesetz, 2002, Art. 83 Rn. 14.

440 Arnim, HbdStR Band VI, ³2008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 53.

kommt in diesen Bereichen ein größerer Handlungsspielraum zu. Anknüpfungspunkt für die gesetzesfreie Verwaltung ist die allgemeine Kompetenzzuordnung des Art. 30 GG. Hiernach ist die Ausübung staatlicher Befugnisse und Erfüllung staatlicher Aufgaben grundsätzlich Sache der Länder, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt.⁴⁴¹ Die gesetzesfreie Verwaltung ist daher im Grundsatz Sache der Länder. Nur soweit die Verwaltungsmaterien der Art. 87 ff. GG betroffen sind, sieht das Grundgesetz eine Zuständigkeit des Bundes vor.⁴⁴²

Die gesetzesausführende oder auch gesetzesakzessorische Verwaltung betrifft demgegenüber die durch Gesetz begründeten Verwaltungsaufgaben.⁴⁴³ Dies setzt die Inanspruchnahme einer Gesetzgebungskompetenz nach den Art. 70 ff. GG voraus. Gesetzesausführung meint die verwaltungsmäßige Umsetzung der Gesetzesinhalte durch Schaffung der notwendigen organisatorischen Strukturen und den Einzelvollzug etwa durch Verwaltungsakt.⁴⁴⁴ Während die Ausführung der Landesgesetze nach Art. 30 GG allein den Ländern obliegt, ist die Ausführung von Bundesgesetzen nicht allein und auch nicht in erster Linie Sache des Bundes. Stattdessen sind gemäß Art. 83 ff. GG in der Regel die Länder für die Ausführung der Bundesgesetze zuständig. Gesetzgebungskompetenz und Gesetzesausführungs-kompetenz sind inkongruent.⁴⁴⁵

II. Die Typen der gesetzesausführenden Verwaltung

Das Grundgesetz sieht im Abschnitt VIII. drei Grundtypen der Ausführung von Bundesgesetzen vor: die Ausführung durch die Länder als eigene Angelegenheit, die Ausführung durch die Länder im Auftrag des Bundes und die bundeseigene Verwaltung.

Im Fall der bundeseigenen Verwaltung führt der Bund die Gesetze allein ohne Mitwirkung der Länder aus (vgl. Art. 86 GG). Zu Haftungsproblemen kann es wegen der fehlenden Beteiligung der Länder nicht kommen.⁴⁴⁶ Bei der Ausführung durch die Länder als eigene Angelegenheit

441 *Kment*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), *Grundgesetz*,¹⁶2020, Art. 30 Rn. 3.

442 *F. Kirchhof*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *Grundgesetz*, Januar 2009, Art. 83 Rn. 20.

443 *Degenhart*, *Staatsorganisationsrecht*,³⁶2020 § 5 Rn. 521 f.

444 *Oebbecke*, *HbdStR* Band VI,³2008, § 136 Verwaltungszuständigkeit Rn. 4; *Blümel*, *HbdStR* Band IV, 1990, § 101 Verwaltungszuständigkeit Rn. 21.

445 *Dittmann/Winkler*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz*,⁸2018, Art. 83 Rn. 2.

446 Etwas anderes gilt nach der im Grundgesetz vorgesehenen Kompetenzordnung nur bei bundeseigenen Verwaltung von Steuern mit einer Ertragszuständigkeit

und im Auftrag des Bundes sind dagegen sowohl Bund als auch Länder beteiligt. Den Ländern obliegt als unmittelbar ausführende Instanz die Wahrnehmungskompetenz. Dem Bund stehen verschiedene Mitteln der Einflussnahme auf die Länder – die sogenannten Ingerenzrechte – und damit jedenfalls ein Teil der Sachkompetenz zu. Durch diese Kompetenzdifferenzierung kann es zu Haftungsfällen kommen.

Ein in der Praxis der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder verbreitetes Instrument zur Steuerung des Gesetzesvollzugs stellen die sogenannten konsentierten Regelungen dar. Hierbei handelt es sich um zwischen Bund und Ländern einvernehmlich getroffene Absprachen. Die konsentierten Regelungen sind verfassungsrechtlich nicht geregelt. Ihre Allgegenwärtigkeit in der Verwaltungspraxis und die möglichen Konsequenzen für die Verwaltungshaftung gebieten eine nähere Betrachtung.

1. Regelfall: Ausführung durch die Länder als eigene Angelegenheit

Gemäß Art. 83 GG führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, wenn das Grundgesetz nichts anderes bestimmt. Mithin ist diese Form der Gesetzesausführung nach dem Grundgesetz der Regelfall.⁴⁴⁷ Diese Regelzuständigkeit der Länder wiederholt das von Art. 30 GG und Art. 70 GG bekannte Prinzip der Kompetenzverteilung im Bundesstaat. Die landeseigene Ausführung von Bundesgesetzen ist in Art. 84 GG näher ausgestaltet, der im Zuge der Föderalismusreform umfassend reformiert wurde.⁴⁴⁸

a) Verwaltungsorganisation und -verfahren

Gemäß Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG regeln die Länder die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren, also das gesamte Rechtsanwen-

der Länder dazu nachfolgend unter Sechster Teil B.I. Umfang der Fremdeinnahmenverwaltung, S. 360. Eine weitere Ausnahme von diesem Grundsatz bildet die im Grundgesetz nicht vorgesehene Organleihe der Länder zugunsten des Bundes im Rahmen der bundeseigenen Verwaltung, dazu nachfolgend unter Dritter Teil C.I. Die Organleihe zwischen Bund und Ländern, S. 183.

447 *Kment*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), *Grundgesetz*,¹⁶2020, Art. 83 Rn. 12.

448 *Trute*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), *Grundgesetz*,⁷2018, Art. 84 Rn. 2 f.

dungsrecht.⁴⁴⁹ Während der Bund in dem auszuführenden Bundesgesetz das materielle Recht regelt, obliegt den Ländern die Regelung, welche Behörde im Land die Ausführung übernimmt und auf welche Weise dies geschieht.⁴⁵⁰ Die Abgrenzung von materiellen Regelungen und Rechtsanwendungsrecht kann im Einzelfall schwierig sein.⁴⁵¹

Der Begriff „*Einrichtung der Behörden*“ meint die gesamte Verwaltungsorganisation in einem umfassenden Sinn. Umfasst ist nicht nur die Errichtung einer neuen Behörde, sondern auch die Aufgabenzuweisung sowie die sachliche und personelle Ausstattung.⁴⁵² Auch hier sind die Einzelheiten der Zuordnung umstritten.⁴⁵³ Zwar kann auch der Bund den Bereich der Einrichtung der Behörden und des Verwaltungsverfahrens durch Bundesgesetz regeln.⁴⁵⁴ Die Länder können gemäß Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG jedoch hiervon abweichende Regelungen treffen.⁴⁵⁵ Dem Landesrecht kommt dann abweichend von Art. 31 GG ein Anwendungsvorrang zu.⁴⁵⁶ Das vorrangige Bestimmungsrecht der Länder wird durch die Karenzzeitregelung des Satzes 3 auch in zeitlicher Hinsicht abgesichert. Ausnahmsweise kann der Bund nach Satz 5 wegen eines besonderen Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung das Verwaltungsverfahren ohne Abweichungsmöglichkeit für die Länder regeln.⁴⁵⁷ Diese Gesetze bedürfen aber gemäß Satz 6 der Zustimmung des Bundesrates.

Für die Verantwortungshaftung sind die einzelnen Streitfragen hinsichtlich der gesetzgeberischen Regelungskompetenz zu vernachlässigen, weil sie legislatives und nicht verwaltungsmäßiges Handeln betreffen.

449 *Ipsen*, Staatsorganisationsrecht, ³2020, § 11 Rn. 616; *Trute*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 84 Rn. 18.

450 BVerfG, Urt. v. 10.12.1980, Az. 2 BvF 3/77, BVerfGE 55, 274-348 juris Rn. 106.

451 Zur Einordnung sogenannter doppelgesichtiger Normen nach der Föderalismusreform siehe *Kment*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 84 Rn. 8 mit einer Einzelfalldarstellung in Rn. 9.

452 *Kment*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 84 Rn. 6.

453 *Oebbecke*, HbdStR Band VI, ³2008, § 136 Verwaltungszuständigkeit Rn. 22 f.

454 *Broß/Mayer*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 84 Rn. 8.

455 *Trute*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 84 Rn. 23.

456 *Trute*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 84 Rn. 27; *Broß/Mayer*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 84 Rn. 17.

457 *Broß/Mayer*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 84 Rn. 2.

b) Der Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften

Gemäß Art. 84 Abs. 2 GG kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften zur landeseigenen Ausführung der Bundesgesetze erlassen. Verwaltungsvorschriften sind verbindliche abstrakt-generelle Regelungen oder Anordnungen im Innenbereich der Verwaltung.⁴⁵⁸ Der abstrakt-generelle Charakter wird in Art. 84 Abs. 2 GG durch das Attribut „*allgemein*“ noch einmal betont und unterscheidet die Verwaltungsvorschrift von der Einzelfallweisung nach Art. 84 Abs. 5 GG, ohne dass von diesem Attribut eine Regelungswirkung ausgeht.⁴⁵⁹ Verwaltungsvorschriften gestalten den Vollzug der Gesetze im Rahmen des geltenden Rechts.⁴⁶⁰ Ermächtigungsadressat ist die Bundesregierung als Kollegialorgan.⁴⁶¹

Verwaltungsvorschriften sind als verbindliches Innenrecht von den gesetzesausführenden Landesbehörden zu befolgen. Sie dienen dem einheitlichen Gesetzesvollzug.⁴⁶² So können sie als Auslegungsrichtlinien insbesondere bei unbestimmten Rechtsbegriffen eine bestimmte Auslegung vorschreiben, bei einem Beurteilungsspielraum das Gesetz konkretisieren oder als Ermessensrichtlinien die Ausübung des Ermessens im Regelfall lenken.⁴⁶³ Diese das materielle Recht betreffenden verhaltenslenkenden Vorschriften sind im Rahmen des Art. 84 Abs. 2 GG allgemein zulässig. Nicht zulässig ist dagegen der Erlass organisatorischer oder verwaltungsverfahrensrechtlicher Regelungen. Denn derartige Regelungen kann der Bund nach Abs. 1 nur in Ausnahmefällen und nur durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates verbindlich für die Länder festschreiben.⁴⁶⁴

Für den Bund ist die Befugnis zum Erlass von allgemeinen Verwaltungsvorschriften bei der Landeseigenverwaltung das wichtigste Steuerungsinstrument, weil seine Aufsichtsbefugnisse beschränkt sind und ihm auch

458 Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, ¹⁸2020, § 3 Rn. 100 f.; Elmers, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 82.

459 F. Kirchhof, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Januar 2011, Art. 84 Rn. 182.

460 Heitsch, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 227 f.; Elmers, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 82 ff.

461 BVerfG, Urt. v. 02.03.1999 , Az. 2 BvF 1/94, BVerfGE 100, 249-263 juris Rn. 43; Trute, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 84 Rn. 68; Broß/Mayer, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 84 Rn. 46.

462 Heitsch, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 227.

463 Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, ¹⁸2020, § 14 Rn. 857 f.

464 Heitsch, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 229, zur Auflösung von Normenkollisionen F. Kirchhof, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Januar 2011, Art. 84 Rn. 186 ff.

kein umfassendes Weisungsrecht zusteht. Als rechtsverbindliche Regelungen können die Verwaltungsvorschriften mit der Rechtsaufsicht des Bundes durchgesetzt werden.⁴⁶⁵ Im Hinblick auf die Verwaltungshaftung ist in der Befugnis des Bundes zum Erlass von Verwaltungsvorschriften und der korrespondierenden Pflicht der Länder zu deren Umsetzung, die Möglichkeit der Schädigung der Länder durch fehlerhafte Verwaltungsvorschriften des Bundes angelegt.

- c) Die Befugnis des Bundes zum Erlass von Einzelweisungen in besonderen Fällen

Ferner kann der Bundesregierung nach Art. 84 Abs. 5 GG die Befugnis verliehen werden, für besondere Fälle Einzelweisungen zur Ausführung von Bundesgesetzen zu erteilen. Weisungen sind verbindliche Anordnungen im Innenbereich der Verwaltung ohne Außenwirkung.⁴⁶⁶ Mit einer solchen Weisung zieht der Bund die Sachkompetenz an sich. Lediglich die Wahrnehmungskompetenz verbleibt beim Land. Im Ergebnis entspricht dies dem System der Bundesauftragsverwaltung und nicht mehr der landeseigenen Ausführung von Bundesgesetzen. Deshalb hat die Vorschrift Ausnahmearakter.

Der Ausnahmearakter der Vorschrift kommt in den zahlreichen Beschränkungen der Befugnis zum Ausdruck. Die Einzelweisung muss einen konkreten Sachverhalt betreffen.⁴⁶⁷ Die jeweilige Weisungsbefugnis muss durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates geregelt werden. Eine umfassende Ermächtigung zu Einzelweisungen ist hiernach ausgeschlossen. Die Weisungsbefugnis nach Art. 84 Abs. 5 GG ist auf „besondere Fälle“ beschränkt, die sich von dem durchschnittlichen Fall deutlich unterscheiden.⁴⁶⁸ Die Weisungen sind an die oberste Landesbehörde zu richten, so dass ein Durchgriff auf die ausführende Landesbehörde nicht möglich ist. Etwas anderes gilt nur in dringlichen Fällen.

465 *Trute*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 85 Rn. 15.

466 *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 84 Rn. 27.

467 *Blümel*, HbdStR Band IV, 1990, § 101 Verwaltungszuständigkeit Rn. 34.

468 *Trute*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 84 Rn. 73; *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 84 Rn. 27; *Broß/Mayer*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 84 Rn. 48, 59.

Einzelweisungen nach Art. 84 Abs. 5 GG sind wegen der beschriebenen einschränkenden Voraussetzungen in der Praxis selten.⁴⁶⁹ Dennoch eröffnet die Weisungsbefugnis die Möglichkeit der Schädigung des zur Umsetzung verpflichteten Landes durch eine fehlerhafte Bundesweisung. Nach einer verbreiteten Meinung kommen als milderes Mittel Zustimmungs- und Einvernehmensvorbehalte zugunsten des Bundes in Betracht.⁴⁷⁰ Das Bundesverwaltungsgericht hat derartige Vorbehalte etwa in § 12 Häftlingshilfegesetz⁴⁷¹ und nach § 3 Satz 1 der Verordnung über die deutsche Staatsangehörigkeit⁴⁷² für zulässig gehalten.⁴⁷³ Der Sache nach handelt es sich hierbei um die Statuierung einer Pflicht zur Einholung einer Bundesweisung.⁴⁷⁴ Es fehlt bei solchen Vorbehalten an der Einzelfallbezogenheit, weil diese stets bei Vorliegen der abstrakt formulierten Voraussetzungen einzuholen ist.⁴⁷⁵

d) Die Rechtsaufsicht des Bundes

Gemäß Art. 84 Abs. 3 Satz 1GG übt die Bundesregierung die Aufsicht über die rechtmäßige Gesetzesausführung durch die Länder aus. Die Aufsicht ist also von der Ausführung der Bundesgesetze abhängig, eine selbstständige Aufsicht des Bundes über die Länder sieht das Grundgesetz nicht vor.⁴⁷⁶ Die Aufsicht nach Art. 84 Abs. 3 GG ist Rechtsaufsicht und nicht etwa

469 Maurer, Staatsrecht I, ⁶2010 § 18 Rn. 13; Degenhart, Staatsorganisationsrecht, ³2020 § 5 Rn. 522; Oebbecke, HbdStR Band VI, ³2008, § 136 Verwaltungszuständigkeit Rn. 41.

470 Broß/Mayer, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 84 Rn. 59.

471 „Die zuständige oberste Landesbehörde kann im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Vertriebene, Flüchtlinge und Kriegsgeschädigte zur Vermeidung unbilliger Härten in Einzelfällen Maßnahmen nach diesem Gesetz ganz oder teilweise zulassen.“ Neufassung des Häftlingshilfegesetz vom 29.09.1969 (BGBl. I S. 1793).

472 „Die deutsche Staatsangehörigkeit darf erst verliehen werden, nachdem der Reichsminister des Innern zugestimmt hat.“ Verordnung über die deutsche Staatsangehörigkeit vom 5. Februar 1934 (RGBl. I, S. 85 = BGBl. III 102-2).

473 BVerwG, Urt. v. 20.06.1973, Az. VIII C 141.72, BVerwGE 42, 279-296 juris Rn. 12 f.; BVerwG, Urt. v. 16.05.1983, Az. 1 C 56.79, BVerwGE 67, 173-177 juris Rn. 22-27.

474 Dazu nachfolgend unter Dritter Teil B.II.2.f)i Vorbehalte als „vorweggenommene“ und „provozierte“ Weisungen, S. 171.

475 So auch Maurer, Staatsrecht I, ⁶2010, § 18 Rn. 13.

476 Trute, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 84 Rn. 76; F. Kirchhof, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Januar 2011, Art. 84 Rn. 191.

Fachaufsicht.⁴⁷⁷ Die Reichweite der Rechtsaufsicht hängt von dem Verständnis des Begriffs „Rechtmäßigkeit“ ab.⁴⁷⁸ Unstreitig fällt hierunter die Einhaltung des gesamten ausführungsrelevanten Bundesrechts jeder Stufe.⁴⁷⁹ Dies schließt die Befolgung von verbindlichem Innenrecht der Verwaltung wie Bundesverwaltungsvorschriften nach Art. 84 Abs. 1 GG und Einzelweisungen nach Art. 85 Abs. 5 GG ein.⁴⁸⁰

Streitig ist hingegen, ob auch die Einhaltung von Landesrecht erfasst ist. Befürworter dieser Auffassung argumentieren mit dem Charakter der Bundesaufsicht als Rechtsmäßigkeitskontrolle.⁴⁸¹ Die Rechtsaufsicht des Bundes ist jedoch keine allgemeine Rechtsmäßigkeitskontrolle einer übergeordneten Behörde über eine nachgeordnete Behörde. Stattdessen handelt es sich um ein Ingerenzrecht des Bundes im föderalen Verhältnis. Das föderale Verhältnis ist maßgeblich von der Eigenstaatlichkeit der Länder geprägt. Diese Eigenstaatlichkeit der Länder gebietet es, dass diese und nicht etwa der Bund über die Einhaltung von Landesrecht wachen. Soweit die Länder das Bundesrecht ausführen, hat der Bund das berechtigte Interesse, über die Einhaltung des von ihm gesetzten Rechts sicher zu stellen. Die Einhaltung von Landesrecht liegt dagegen außerhalb seines Rechts- und Interessenkreises. In Anlehnung an die Abgrenzung der Verwaltungskompetenzen von Bund und Ländern gilt: Die Aufsichtsbefugnisse des Bundes nach Art. 84 Abs. 3 GG können nicht über seine Rechtssetzungsbefugnisse hinausgehen. Eine Bundesaufsicht über Landesrecht ist daher unzulässig.⁴⁸²

Zur praktischen Durchführung der Rechtsaufsicht kann sich die Bundesregierung bei den Ländern über die Ausführung der Gesetze informieren.⁴⁸³ Gleichfalls der Information dient die Entsendung von Beauftragten zu den obersten Landesbehörden nach Art. 84 Abs. 3 Satz 2 GG. Ein Durchgriff auf die nachgeordneten Landesbehörden ist nur mit Zustim-

⁴⁷⁷ *Trute*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 84 Rn. 82; *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 84 Rn. 31; *Broß/Mayer*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 84 Rn. 50.

⁴⁷⁸ *Ipsen*, Staatsorganisationsrecht, ³²2020, § 11 Rn. 627.

⁴⁷⁹ *Trute*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 84 Rn. 83; *F. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Januar 2011, Art. 84 Rn. 201.

⁴⁸⁰ *Blümel*, HbdStR Band IV, 1990, § 101 Verwaltungszuständigkeit Rn. 44.

⁴⁸¹ *Broß/Mayer*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 84 Rn. 52.

⁴⁸² So auch *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 84 Rn. 99.

⁴⁸³ *Broß/Mayer*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 84 Rn. 51; *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 84 Rn. 103 f.; *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 84 Rn. 31.

mung der obersten Landesbehörden und, falls diese Zustimmung versagt wird, mit Zustimmung des Bundesrates möglich. Als Minus zur Entsendung von Beauftragten ist auch die nicht ausdrücklich geregelte Bitte um Bericht möglich.⁴⁸⁴ Die durch die Rechtsaufsicht gewonnenen Informationen können zur Aufdeckung von Haftungsfällen führen.

Stellt die Bundesregierung als Organ der Bundesaufsicht im Rahmen der Rechtsaufsicht fest, dass die Gesetzesausführung in einem Land mangelhaft ist, teilt sie dies dem betroffenen Land im Wege der „Mängelrüge“⁴⁸⁵ mit. Werden die Mängel daraufhin nicht abgestellt, kann die Bundesregierung beim Bundesrat gemäß Art. 84 Abs. 4 Satz 1 GG die Feststellung darüber beantragen, ob das Land Recht verletzt hat. Das gleiche Recht steht dem betroffenen Land zu, wenn aus seiner Sicht keine Mängel vorliegen. Gegen den Beschluss des Bundesrates kann nach Satz 5 das Bundesverfassungsgericht angerufen werden.⁴⁸⁶

2. Die Bundesauftragsverwaltung

Die Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder im Auftrag des Bundes gemäß Art. 85 GG findet nur statt, wenn dies im Grundgesetz besonders angeordnet ist. Im Vergleich zur landeseigenen Ausführung sind die Ingerenzrechte des Bundes stärker ausgeprägt.⁴⁸⁷

Grundlegend für die Bundesauftragsverwaltung ist die Spaltung von Sach- und Wahrnehmungskompetenz. Im Hinblick auf die hier im Vordergrund stehende Thematik der Verwaltungshaftung sind die Befugnis des Bundes zum Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften sowie das Weisungsrecht des Bundes besonders relevant. Für die Verwaltungsvorschriften des Bundes kann im Wesentlichen auf die obigen Ausführungen zur landeseigenen Verwaltung verwiesen werden. Das Weisungsrecht des Bundes nach Art. 85 Abs. 3 GG unterscheidet sich dagegen erheblich von dem Einzelweisungsrecht in besonderen Fällen nach Art. 84 Abs. 5 GG und wird daher im Folgenden näher charakterisiert. Für die Haftung im Zusammenhang mit Weisungen in der Bundesauftragsverwaltung ist auch die Reichweite des Weisungsrechts relevant, nämlich ob Weisungen stets

484 Ipsen, Staatsorganisationsrecht, ³²2020, § 11 Rn. 629.

485 Ipsen, Staatsorganisationsrecht, ³²2020, § 11 Rn. 630.

486 Kment, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 84 Rn. 33.

487 BVerfG, Urt. v. 22.05.1990, Az. 2 BvG 1/88, BVerfGE 81, 310-347 (Kalkar II) juris Rn. 85.

Einzelfälle betreffen müssen oder darüber hinaus auch allgemeine Weisungen zulässig sind. Die Zulässigkeit von vorweggenommenen und provozierten Weisungen berührt demgegenüber die Haftung bei Mitwirkungsakten.

a) Die Differenzierung nach Sach- und Wahrnehmungskompetenz

Die ganz herrschende Meinung differenziert bei der Bundesauftragsverwaltung zwischen der Kompetenz zur Entscheidung in der Sache (Sachkompetenz) und der Kompetenz zum Verwaltungshandeln gegenüber außerhalb der Verwaltung stehenden Dritten (Wahrnehmungskompetenz). Während die Wahrnehmungskompetenz unentziehbar beim Land liegt, kann der Bund die Sachkompetenz, die nur zunächst beim Land liegt, jederzeit durch Gebrauch seines Weisungsrechts auf sich überleiten und für das Land verbindlich in der Sache entscheiden.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Kompetenzverteilung in der Kalkar-II-Entscheidung folgendermaßen näher charakterisiert:

„Hieraus folgt, daß die Verwaltungskompetenz des Landes schon nach der ursprünglichen Zuweisung eine eingeschränkte ist. Unentziehbar steht dem Land nur die sogenannte Wahrnehmungskompetenz zu: das Handeln und die Verantwortlichkeit nach außen, im Verhältnis zu Dritten, bleibt stets Landesangelegenheit; ein Eintrittsrecht des Bundes sieht Art. 85 GG nicht vor. Für die Sachbeurteilung und Sachentscheidung, die sog. Sachkompetenz, gilt dies hingegen nicht. Zwar liegt auch sie zunächst beim Land. Aber der Bund kann sie, indem er das ihm zuerkannte Weisungsrecht in Anspruch nimmt, nach eigener Entscheidung an sich ziehen. Diese Inanspruchnahme ist nicht auf Ausnahmefälle begrenzt und auch nicht weiter rechtfertigungsbedürftig; sie ist, wie Art. 85 Abs. 3 GG erkennen lässt, als reguläres Mittel gedacht, damit sich bei Meinungsverschiedenheiten das hier vom Bund zu definierende Gemeinwohlinteresse durchsetzen kann. Mithin steht die Sachkompetenz dem Lande von vornherein nur unter dem Vorbehalt ihrer Inanspruchnahme durch den Bund zu.“⁴⁸⁸

488 BVerfG, Urt. v. 22.05.1990, Az. 2 BvG 1/88, BVerfGE 81, 310-347 (Kalkar II) juris Rn. 86.

Die Differenzierung in Sach- und Wahrnehmungskompetenz geht ursprünglich auf Wolst zurück,⁴⁸⁹ der hiermit die „*Spaltung der Verwaltungskompetenz*“⁴⁹⁰ bei der Bundesauftragsverwaltung bezeichnet. Wolst hat damit frühzeitig auf diesen Fall der Kompetenzdifferenzierung hingewiesen. Aus dieser Kompetenzdifferenzierung folgt die Möglichkeit der Schädigung der Länder durch fehlerhafte Weisungen des Bundes.⁴⁹¹

In einer weiteren Entscheidung im Bereich des Atomrechts bestätigte das Bundesverfassungsgericht diese Sichtweise und beschrieb das Verhältnis von Sach- und Wahrnehmungskompetenz näher: Der Bund dürfe im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung alle Aktivitäten entfalten, die er für eine effektive und sachgerechte Vorbereitung und Ausübung seines grundsätzlich unbeschränkten Direktions- und Weisungsrechts für erforderlich halte, soweit er dadurch die Wahrnehmungskompetenz der Länder nicht verletzte.⁴⁹² Dies schließe auch informales Verwaltungshandeln gegenüber Dritten ein. Die Sachkompetenz des Bundes bei der Bundesauftragsverwaltung ist mithin inhaltlich weit zu verstehen.⁴⁹³

b) Verwaltungsorganisation und -verfahren

Die Regelung der Verwaltungsorganisation und auch des Verwaltungsverfahrens ist auch im Falle der Bundesauftragsverwaltung zunächst einmal Sache der Länder. Gemäß Art. 85 Abs. 1 GG ist die Einrichtung der Behörden Angelegenheit der Länder, soweit nicht Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes bestimmen. Die Terminologie entspricht derjenigen bei der Verwaltung als eigene Angelegenheit. Die umfassende Organisationshoheit liegt bei den Ländern als Teil ihrer Staatsqualität.⁴⁹⁴ Sie wird beschränkt durch die Pflicht nach Art. 85 Abs. 3 Satz 3 GG zur Durchsetzung von Weisungen der obersten Bundesbehörde. Um

489 Sommermann, DVBl 2001, S. 15549 ff. (1550); Elmers, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 57.

490 Wolst, Die Bundesauftragsverwaltung als Verwaltungsform, 1974, S. 47 f.; Janz, JuS 2003, S. 126 ff. (128).

491 Dazu bereits unter Zweiter Teil C.III.2. Ausgangspunkt: Auseinanderfallen von Sach- und Wahrnehmungskompetenz, S. 69.

492 BVerfG, Urt. v. 19.02.2002, Az. 2 BvG 2/00, BVerfGE 104, 249-287 (Biblis A) juris Rn. 69.

493 Janz, JuS 2003, S. 126 ff. (130), der von einer bedauerlichen Schmälerung der Wahrnehmungskompetenz des Bundes spricht.

494 Degenhart, Staatsorganisationsrecht, ³⁶2020 § 5 Rn. 526.

diese Durchsetzung sicherzustellen, müssen sich die Länder bei der Organisation der Verwaltung selbst eine entsprechende Weisungsbefugnis vorbehalten.⁴⁹⁵ Obwohl eine ausdrückliche Erwähnung fehlt, kann der Bund nach herrschender Meinung auch bei der Bundesauftragsverwaltung Regelungen erlassen, die das Verwaltungsverfahren betreffen, ohne dass hierfür eine Bundesratszustimmung erforderlich wäre.⁴⁹⁶ Die fehlende Erwähnung des Verwaltungsverfahrens ist als Redaktionsversagen zu bewerten, denn es wäre widersprüchlich, wenn die Kompetenz des Bundes bei der Bundesauftragsverwaltung weniger weit ginge als bei der landeseigenen Verwaltung.⁴⁹⁷

c) Der Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften und Ingerenz im Personalbereich

Auch bei der Bundesauftragsverwaltung kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen, Art. 85 Abs. 2 Satz 1 GG. Die Regelung entspricht derjenigen im wortgleichen Art. 84 Abs. 2 GG bei der landeseigenen Verwaltung.⁴⁹⁸ Die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsvorschriften begründet hier gleichfalls die Möglichkeit der Schädigung der Länder durch fehlerhafte Verwaltungsvorschriften.

Darüber hinaus kann die Bundesregierung die einheitliche Ausbildung der Beamten und Angestellten regeln. Ferner sind die Leiter der Mittelbehörden mit ihrem Einvernehmen zu bestellen. Ersterem kommt angesichts der bereits erreichten Vereinheitlichung auf diesem Gebiet wenig Bedeutung zu.⁴⁹⁹ Die Einzelheiten der Reichweite und Form der Regelungsbefugnis sind umstritten,⁵⁰⁰ spielen aber für die Verwaltungshaftung keine Rolle, weil sie legislatives Handeln betreffen.

495 *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 85 Rn. 25.

496 BVerfG, Urt. v. 04.05.2010, Az. 2 BvL 8/07, BVerfGE 126, 77-121, juris Rn. 131-137; *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 85 Rn. 27, 29; *Dittmann/Winkler*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Art. 85 Rn. 12; a.A. *Suerbaum*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, ³2020, Art. 85 Rn. 17, 18.

497 *Elmers*, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 79.

498 F. *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, November 2012, Art. 85 Rn. 51.

499 *Trute*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 85 Rn. 19.

500 *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 85 Rn. 33 f.

d) Die Weisungsbefugnis des Bundes

Gemäß Art. 85 Abs. 3 Satz 1 GG unterstehen die Landesbehörden den Weisungen der zuständigen obersten Bundesbehörde, also des jeweiligen Fachministers. Adressaten der Weisung sind grundsätzlich die obersten Landesbehörden. Ein Durchgriff auf die nachgeordneten Behörden ist nach Satz 2 nur zulässig, wenn die Bundesregierung die Angelegenheit für dringlich erachtet. Die oberste Landesbehörde ist gemäß Satz 3 verpflichtet, für den Vollzug der Weisung zu sorgen.

Das Weisungsrecht ist ein reguläres Mittel der Vollzugssteuerung bei der Bundesauftragsverwaltung.⁵⁰¹ Die Wahrnehmung der Weisungsbefugnis bedarf daher keiner Rechtfertigung und auch keiner Zustimmung des Bundesrates. Gegenstand der Weisung kann insbesondere die Recht- und Zweckmäßigkeit einer Verwaltungsmaßnahme sein.⁵⁰² Daraus folgt, dass ein angewiesenes Land die Umsetzung einer Weisung nicht mit Verweis auf die Rechtswidrigkeit oder Unzweckmäßigkeit ablehnen kann.⁵⁰³ Maßgeblich ist die Auffassung des Bundes.⁵⁰⁴ Im Weisungsverhältnis stehen Bund und Länder daher in einem Über/Unterordnungsverhältnis zueinander, wie es sonst nur innerhalb einer staatlichen Ebene gegeben ist.⁵⁰⁵ Die Länder unterliegen insoweit einer strikten Vollzugspflicht ohne (primäre) Rechtsschutzmöglichkeit.⁵⁰⁶

Bei der Inanspruchnahme unterliegt der Bund jedoch der Pflicht zum bundesfreundlichen Verhalten. Hieraus leitet das Bundesverfassungsgericht die Pflicht zur Anhörung vor Weisungserlass und das Gebot der Weisungsklarheit ab.⁵⁰⁷ Der Bund hat die Absicht zur Weisungserteilung dem Land vorab mitzuteilen und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Sowohl der Inhalt der Weisung als auch die Tatsache, dass es sich

501 BVerfG, Urt. v. 19.02.2002, Az. 2 BvG 2/00, BVerfGE 104, 249-287 juris Rn. 67; *F. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, November 2012, Art. 85 Rn. 62; *Trute*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7/2018, Art. 85 Rn. 28.

502 *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3/2018, Art. 85 Rn. 42; *Trute*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7/2018, Art. 85 Rn. 25.

503 *Blümel*, HbdSTR Band IV, 1990, § 101 Verwaltungszuständigkeit Rn. 66.

504 BVerfG, Urt. v. 19.02.2002, Az. 2 BvG 2/00, BVerfGE 104, 249-287 juris Rn. 67.

505 *Ipsen*, Staatsorganisationsrecht, 32/2020, § 11 Rn. 644.

506 *F. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, November 2012, Art. 85 Rn. 72; *Elmers*, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 59; kritisch hierzu *K. Lange*, Das Weisungsrecht des Bundes, 1990, S. 142 ff.

507 BVerfG, Urt. v. 22.05.1990, Az. 2 BvG 1/88, BVerfGE 81, 310-347 (Kalkar II) juris Rn. 92, 97, 99.

um eine rechtsverbindliche Vorgabe handelt, müssen für das Land erkennbar sein.

e) Streitpunkt: Reichweite des Weisungsrechts

Die Reichweite des Weisungsrechts ist in der Literatur umstritten. In der allgemeinen juristischen Terminologie sind Weisungen konkret-individuelle Regelungen, Verwaltungsvorschriften dagegen abstrakt-generelle Regelungen.⁵⁰⁸ Rein definitorisch wäre die Streitfrage damit entschieden, Weisungen sind nur im Einzelfall zulässig. Es erscheint jedoch fraglich, ob ein solches Verständnis der umfassenden Sachkompetenz des Bundes in der Bundesauftragsverwaltung gerecht wird. Dies wirft die Frage auf, nach welchen Kriterien die Abgrenzung zwischen Weisungen und Verwaltungsvorschriften erfolgen soll. In diesem Zusammenhang sei auch die Regelung des § 21a FVG erwähnt, welche für die Steuerverwaltung ein einfachgesetzlich normiertes Recht des Bundes zum Erlass verbindlicher, allgemeiner Weisungen vorsieht, wenn nicht mindestens 11 Länder widersprechen. Hiermit sollte die bestehende Verwaltungspraxis der BMF-Schreiben rechtlich abgesichert werden.⁵⁰⁹ Auch diese Regelung ist wie die konkreten Weisungen des Bundes am Inhalt des verfassungsrechtlich normierten Weisungsrechts nach Art. 85 Abs. 3 GG (in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 GG) zu messen⁵¹⁰ und nur dann verfassungsgemäß, wenn diese Regelungen auch allgemeine Weisungen des Bundes zulassen.⁵¹¹

508 *F. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz*, November 2012, Art. 85 Rn. 58.

509 Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), BT-Drs. 16/2069, S. 25.

510 *Der Präsident des Bundesrechnungshofes*, Modernisierung der Verwaltungsbeziehungen von Bund und Ländern, 2007, S. 59; *Schlenk*, Bundesfinanzhof und Finanzverwaltung in Kooperation und Unabhängigkeit, 2012, S. 106.

511 Gesetzt den Fall, es bestünde ein allgemeines Weisungsrecht des Bundes nach Art. 83 Abs. 5 GG, wäre es jedoch verfassungswidrig, dieses Weisungsrecht einfachgesetzlich von einem fehlenden Widerspruch einer bestimmten Anzahl von Ländern abhängig zu machen.

i. Weisungen nur im Einzelfall oder allgemeine Weisungen?

Nach einer Meinung beschränkt sich das Weisungsrecht wie bei Art. 84 GG auf die Weisung im Einzelfall,⁵¹² wobei hierunter zum Teil auch eine Mehrzahl konkreter Fälle verstanden wird.⁵¹³ Nach der Gegenmeinung umfasst es auch das Recht zur Erteilung sogenannter „allgemeiner“ Weisungen.⁵¹⁴ Im Kern betrifft der Meinungsstreit die Abgrenzung von Weisungen und Verwaltungsvorschriften und lässt sich schon auf Regelungen in der Weimarer Verfassung zurückführen.⁵¹⁵ Das Bundesverfassungsgericht hatte bisher keinen Anlass, die Frage zu entscheiden.⁵¹⁶

Die erste Meinung kann für sich in Anspruch nehmen, dass sie eine klare Abgrenzung zwischen Weisungen und Verwaltungsvorschriften ermöglicht. Die Gegenmeinung beruft sich auf den Wortlaut des Grundgesetzes. Denn nach Art. 84 Abs. 5 GG kann der Bundesregierung durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates die Befugnis verliehen werden, „für besondere Fälle Einzelweisungen“ zu erteilen. Dagegen legt Art. 85 Abs. 3 GG schlicht fest, dass die Landesbehörden den Weisungen der zuständigen

512 *Trute*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 85 Rn. 23 ff.; Berliner Kommentar/*Groß*, April 2007, Art. 85 Rn. 19; *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 85 Rn. 8; *Broß/Mayer*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 85 Rn. 21; *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 85 Rn. 43; Bonner Kommentar/*Kluth*, Dezember 2011, Art. 85 Rn. 120; *Wolst*, Die Bundesauftragsverwaltung als Verwaltungsform, 1974, S. 110; speziell zur Steuerauftragsverwaltung *Nose*, Die BMF-Schreiben, 2006, S. 205; *Sommermann*, DVBl 2001, S. 15549 ff. (1554); *K. Lange*, Das Weisungsrecht des Bundes, 1990, S. 75 f., 81 ff.; eine Vielzahl weiterer Literaturnachweise bei *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 256 Fn. 659.

513 Für eine ausdrückliche Einbeziehung einer Mehrzahl konkreter Fälle: *F. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, November 2012, Art. 85 Rn. 58 ff.; *Dittmann/Winkler*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Art. 85 Rn. 24; *Höming*, in: Höming/H. A. Wolff (Hrsg.), Grundgesetz, ¹²2018, Art. 85 Rn. 8; *Haratsch*, in: *Sodan* (Hrsg.), Grundgesetz, ⁴2018, Art. 85 Rn. 11.

514 *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁴2018, Art. 85 Rn. 10; *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 372; *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 257 ff. mit weiteren Nachweisen in Fn. 660; *Heitsch*, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 279 ff. mit Darlegung der historischen Diskussion im parlamentarischen Rat; *Blümel*, FS König, 2004, S. 299; am Beispiel der Fernstraßenverwaltung frühzeitig *Blümel*, AÖR 93 (1968), S. 200 ff. (214 ff.); *Blümel*, HbdStR Band IV, 1990, § 101 Verwaltungszuständigkeit Rn. 60.

515 *Wolst*, Die Bundesauftragsverwaltung als Verwaltungsform, 1974, S. 109.

516 *Elmers*, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 93; *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 257.

obersten Bundesbehörde unterliegen.⁵¹⁷ Gegen die Tragfähigkeit dieses Wortlautarguments wird die fehlende sprachliche Schlussredaktion des Grundgesetzes ins Feld geführt.⁵¹⁸

ii. Die haftungsrechtliche Relevanz des Streits

Verwaltungshaftungsrechtliche Relevanz entfaltet der Streit sowohl für die Haftung der Länder als auch des Bundes. Denn die Länder haften für die Nichtbefolgung von Weisungen und Verwaltungsvorschriften, der Bund dagegen für fehlerhafte Weisungen und Verwaltungsvorschriften.

Wenn der Bund eine als Verwaltungsvorschrift zu qualifizierende Regelung als Weisung erlässt, überschreitet er die verfassungsrechtlichen Grenzen des Weisungsrechts. Dieses Verhalten kann von den Ländern vor dem Bundesverfassungsgericht gerügt werden. Von einer solchermaßen verfassungswidrigen Weisung geht – anders als von einer lediglich rechtswidrigen – auch keine Bindungswirkung für die Länder aus. Ohne Bindungswirkung der Anordnung gegenüber den Ländern scheidet notwendig eine Haftung der Länder wegen Nichtbefolgung aus.

Möglich bleibt jedoch eine Haftung des Bundes, wenn das Land sich der fehlerhaften Vorgabe beugt und hierdurch finanzielle Schäden entstehen. Denn angesichts der grundsätzlichen Weisungsgebundenheit des Landes, wäre es nicht angemessen, dem Land das Folgenrisiko zu überbürden, wenn es eine vom zuständigen Bundesminister in der Form der Weisung ergangene Anordnung befolgt.

iii. Die Lastenausgleich-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts

Weisungen bzw. Verwaltungsvorschriften sind bisher nur ein einziges Mal Gegenstand einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Verwaltungshaftung geworden, nämlich in der einer Entscheidung zum Lastenausgleich (nachfolgend: Lastenausgleich-Entscheidung).⁵¹⁹

⁵¹⁷ *Heitsch*, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 280, demzufolge die Befugnis zu allgemeinen Weisungen im Parlamentarischen Rat als selbstverständlich vorausgesetzt wurde.

⁵¹⁸ *Wolst*, Die Bundesauftragsverwaltung als Verwaltungsform, 1974, S. 109; *Elmers*, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 94 m.W.N.

⁵¹⁹ BVerwG, Urt. v. 25.08.2011, Az. 3 A 2/10, LKV 2011, 24-26 (Lastenausgleich) juris Rn. 20 (Weisung), juris Rn. 26 (Verwaltungsvorschrift).

Es ging dort um die Ausführung des Lastenausgleichsgesetzes (LAG), welches nach Art. 120a Abs. 1 Satz 1 GG in Verbindung mit § 305 Abs. 1 LAG teilweise im Auftrag des Bundes ausgeführt wird.⁵²⁰ Die Ingerenzrechte nach Art. 85 GG übte das Bundesausgleichsamt für die Bundesregierung bzw. die obersten Bundesbehörden gemäß Art. 120a Abs. 1 Satz 1 GG in Verbindung mit § 319 LAG aus.⁵²¹ Das beklagte Land gewährte Empfängern einer Kriegsschadensrente, die gleichzeitig Mitglied einer Pflegeversicherung waren, von 1995-2004 Leistungen wegen Pflegebedürftigkeit nach dem LAG. Der Präsident des Bundesausgleichsamtes hatte ein solches Vorgehen per Rundschreiben⁵²² untersagt. Nach diesem Rundschreiben galt ein Vorrang der Pflegeversicherung, so dass Mitglieder einer Pflegeversicherung keine Leistungen wegen Pflegebedürftigkeit nach dem LAG beziehen durften.⁵²³

In der Entscheidung bleibt unklar, ob das Bundesverwaltungsgericht den im Rundschreiben angeordneten Vorrang der Pflegeversicherung als Verwaltungsvorschrift oder Weisung einordnet. An einer Stelle scheint es von einer Verwaltungsvorschrift auszugehen, denn es bezeichnet die Anordnung dort als „*Teil einer allgemeinen Verwaltungsvorschrift [...] gemäß Art. 85 Abs. 2 Satz 1 GG [...]*“.⁵²⁴ An anderen Stellen des Urteils wird die Anordnung dagegen ausdrücklich als „*Weisung*“ bezeichnet.⁵²⁵ In der entschiedenen Konstellation war eine genaue Zuordnung ausnahmsweise nicht notwendig, weil der Präsident des Bundesausgleichsamtes auf dem Gebiet des Lastenausgleich gemäß Art. 120a Abs. 1 Satz 2 GG die Rechte nach Art. 85 GG ohne Zustimmung des Bundesrates ausüben kann. Auch für den Erlass von Verwaltungsschriften ist deshalb keine Bundesratszustimmung erforderlich. Dennoch erscheint der Wechsel der Bezeichnung im Urteil unglücklich. Dem abstrakt-generellen Regelungsgehalt nach handelte es sich bei der Anordnung um eine Verwaltungsvorschrift, wenn

520 BVerwG, Urt. v. 25.08.2011, Az. 3 A 2/10, LKV 2011, 24-26 (Lastenausgleich) juris Rn. 15.

521 BVerwG, Urt. v. 25.08.2011, Az. 3 A 2/10, LKV 2011, 24-26 (Lastenausgleich) juris Rn. 26.

522 Fünftes Rundschreiben zur Durchführung des Pflege-Versicherungsgesetzes (PflegeVG)-Leistungsgewährung vom 3. Februar 1995.

523 BVerwG, Urt. v. 25.08.2011, Az. 3 A 2/10, LKV 2011, 24-26 (Lastenausgleich) juris Rn. 21.

524 BVerwG, Urt. v. 25.08.2011, Az. 3 A 2/10, LKV 2011, 24-26 (Lastenausgleich) juris Rn. 26.

525 BVerwG, Urt. v. 25.08.2011, Az. 3 A 2/10, LKV 2011, 24-26 (Lastenausgleich) juris Rn. 20, 22, 27, 29, 30.

man nicht mit der hier vertretenen Auffassung auch punktuelle abstrakt-generelle Anordnungen als zulässigen Weisungsinhalt erachtet.⁵²⁶

iv. Das Weisungsrecht als umfassendes Steuerungsinstrument

Beschränkt man die Weisungen nach Art. 85 Abs. 3 GG strikt auf den Einzelfall, so wird das Steuerungsinstrument der Weisung in den Verwaltungsbereichen der Bundesauftragsverwaltung marginalisiert, in denen massenhafte Einzelfälle auftreten, welche dieselben Rechtsanwendungsfragen aufwerfen. Das ist etwa bei Geldleistungsgesetzen der Fall.⁵²⁷

Der Anwendungsbereich der Weisung bliebe dann auf Verwaltungsbereiche beschränkt, in denen die Einzelfälle wegen ihrer wirtschaftlichen und politischen Bedeutung sowie juristischer und technischer Komplexität jeweils eine individuelle Befassung auch des jeweiligen Fachressorts auf Bundesebene erfordern, wie etwa bei der Genehmigung von Atomkraftwerken. Lässt man allgemeine Weisungen dagegen zu, besteht wegen der potenziell identischen Regelungsgegenstände die Gefahr, das Erfordernis der Zustimmung des Bundesrates zu Verwaltungsvorschriften gemäß Art. 85 Abs. 2 GG zu unterlaufen.

v. Stellungnahme

Im Ergebnis wird die Beschränkung des Weisungsrechts auf Einzelfälle der umfassenden Sachkompetenz des Bundes nicht gerecht. Denn eine Ausübung des Weisungsrechts in weiten Bereichen der Bundesauftragsverwaltung, namentlich Massenverwaltung bei Geldleistungsgesetzen, wäre dann praktisch nicht möglich. Von einem regulären Mittel der Durchsetzung des vom Bund zu definierenden Gemeinwohlinteresses bei Meinungsverschiedenheiten, wie es das Bundesverfassungsgericht beschreibt,⁵²⁸ könnte dann keine Rede mehr sein.

⁵²⁶ Dazu nachfolgend unter Dritter Teil B.II.2.e)vi Vorschlag zur Abgrenzung von Weisungen und Verwaltungsvorschriften, S. 169.

⁵²⁷ So auch der Befund bei *Elmers*, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 202.

⁵²⁸ BVerfG, Urt. v. 22.05.1990, Az. 2 BvG 1/88, BVerfGE 81, 310-347 (Kalkar II) juris Rn. 86.

Ferner käme es ohne sachlichen Grund zu einem großen Ungleichgewicht des Bundesinflusses in den verschiedenen in Bundesauftragsverwaltung geführten Verwaltungsbereichen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass durch den offenen Tatbestand des Art. 104a Abs. 3 GG und die Zunahme von Geldleistungsgesetzen⁵²⁹ die Materien der Massenverwaltung in Bundesauftragsverwaltung an Bedeutung gewinnen. Vorzugswürdig ist daher die Gegenmeinung.

Ein allzu strenges Haften an den aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht bekannten Begriffen Verwaltungsvorschrift und Weisung ist nicht geboten. Denn bei diesen Instrumenten des allgemeinen Verwaltungsrechts handelt es sich um rein innerbehördliche Vorgänge ohne jede Außenwirkung, deren Bindungswirkung in der beamtenrechtlichen Gehorsamspflicht wurzelt.⁵³⁰ Beides trifft auf Weisungen und Verwaltungsvorschriften nach Art. 85 GG nicht zu. Durch die verfassungsrechtliche Bindungswirkung kommt diesen Anordnungen bereits eine intersubjektive Wirkung zwischen Bund und Ländern zu.⁵³¹ Ihre Verbindlichkeit für die Länder folgt unmittelbar aus dem Grundgesetz, nicht aus dem Beamtenrecht. Eine Begriffssidentität ist daher nicht gegeben. Die Steuerungsinstrumente des Bundes im Grundgesetz sollten deshalb nicht allein mit Blick auf die hergebrachten Begrifflichkeiten Weisung und Verwaltungsvorschriften ausgefüllt werden.

vi. Vorschlag zur Abgrenzung von Weisungen und Verwaltungsvorschriften

Soweit man nicht die herbrachte Unterscheidung von Weisungen und Verwaltungsvorschriften danach, ob eine individuell-konkrete Regelung getroffen wird, auf Art. 85 GG anwendet, stellt sich notwendig die Abgrenzungsfrage.

Eine Meinung zieht eine Parallelie zur Abgrenzung von Verwaltungsakten und Gesetzen. Danach ist maßgeblich, ob eine konkrete Sachbezogenheit in dem Sinne vorliegt, dass die in Frage kommenden Anwendungsfäl-

529 Elmers, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 46 ff., die von einer „Inflation der Geldleistungsgesetze“ spricht.

530 F. Kirchhof, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, November 2012, Art. 85 Rn. 48-50.

531 Elmers, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 88.

le bereits feststehen (sogenannte „*Sammelweisung*“).⁵³² Das Bundesministerium des Innern rät den obersten Bundesbehörden mit Verweis auf den Grundsatz des länderfreundlichen Verhaltens dazu, allgemeine Vorgaben zunächst in der rechtlich unverbindlichen Form der Empfehlungen aufzustellen.⁵³³ Nur wenn diese Empfehlungen nicht umgesetzt werden, soll eine Durchsetzung im Weisungsweg erfolgen. Diese Steuerung durch rechtlich nicht verbindliche Empfehlungen oder auch zwischen Bund und Ländern konsentierte Regelungen entspricht der Verwaltungspraxis.⁵³⁴ Dies ist neben dem Bemühen des Bundes um ein kooperatives Arbeitsverhältnis zu den Ländern auch der Unsicherheit hinsichtlich der Reichweite des Weisungsrechts geschuldet.⁵³⁵ Hierdurch wird die Streitfrage aber nicht beantwortet, sondern nur vorläufig auf die Ebene der unverbindlichen Abstimmung verschoben. Soweit die Länder den Empfehlungen des Bundes nicht folgen, stellt sich die Frage nach der Verbindlichkeit einer daraufhin ergehenden Weisung erneut.

Ossenbühl hält abstrakt-generelle Weisungen für zulässig, wenn ausgehend von der jeweiligen Regelungsmaterie eine sinnvolle Grenze zwischen Verwaltungsvorschriften und Weisungen gezogen werden kann.⁵³⁶ Diesem Ansatz folgend ist zwischen Materien mit umfassender Einzelfallbefassung (wie atomrechtlichen Verwaltungsverfahren) und Materien der Massenverwaltung (wie Geldleistungsgesetzen) zu unterscheiden. Während bei ersten die klassische Abgrenzung von konkret-individuellen Weisungen und abstrakt-generellen Verwaltungsvorschriften tragfähig ist, muss bei letzteren die Weisungsbefugnis weiter gefasst werden. Die Abgrenzung zwischen Weisungen und Verwaltungsvorschriften ist dementsprechend danach vorzunehmen, ob der Bund nur punktuell auf die Gesetzesausführung der Länder einwirkt oder die Ausfüllung der Spielräume der Verwaltung umfassend regelt. Im ersten Fall liegt noch eine Weisung vor, im zweiten handelt es sich dagegen um Verwaltungsvorschriften.⁵³⁷

532 F. Kirchhof, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, November 2012, Art. 85 Rn. 59; Elmers, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 95; Heitsch, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 280 f.

533 Elmers, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 201 f.

534 Dazu näher unter Dritter Teil B.II.3. Im Grundgesetz nicht vorgesehene Steuerung des Landesvollzugs von Bundesgesetzen, S. 177.

535 So auch Elmers, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 202.

536 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 373; zu ähnlichen Überlegungen auch Brodersen, FS Selmer, 2004, S. 601 ff. (614 ff.).

537 Ähnlich: Janz, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 261.

Dabei kann eine zunächst nur punktuelle Regelung durch Hinzutreten weiterer Regelungen mit der Zeit auch in eine umfassende Regelung umschlagen. Dass diese Abgrenzung im konkreten Fall nicht immer eindeutig zu treffen ist, sondern eine Abwägung voraussetzt, macht sie nicht „*unbrauchbar*“,⁵³⁸ sondern stellt ein typisches Rechtsanwendungsproblem dar.⁵³⁹

f) Abgrenzung von Weisungen und Mitwirkungsakten

i. Vorbehalte als „vorweggenommene“ und „provozierte“ Weisungen

Gelegentlich enthalten in Bundesauftragsverwaltung geführte Gesetze Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Bundes oder eine Pflicht zur Einholung von Bundesweisungen, so dass es den Ländern von vornherein versagt ist, eine eigene Sachentscheidung zu treffen.⁵⁴⁰

Ein Beispiel für einen Einvernehmensvorbehalt ist Widmung oder Aufstufung einer Bundesstraße in § 2 Abs. 6 Satz 3 FStrG.⁵⁴¹ Derartige zwingende Mitwirkungserfordernisse zugunsten des Bundes gründen nach herrschender Meinung auf dem Weisungsrecht des Bundes bei der Bundesauftragsverwaltung. Die Zustimmungsvorbehalte werden daher auch als „*vorweggenommene Weisungen*“⁵⁴² bezeichnet, die Pflicht zur Weisungseinholung als „*provozierte Weisung*“.⁵⁴³ Aus diesem Grund sind derartige Wei-

538 So aber *Wolst*, Die Bundesauftragsverwaltung als Verwaltungsform, 1974, S. 109.

539 So zutreffend *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 260.

540 Umfangreiche Beispiele bei *Haun*, Die Bundesaufsicht in Bundesauftragsangelegenheiten, 1972, S. 28 f.

541 „*Die oberste Landesstraßenbaubehörde hat vor einer Widmung oder Aufstufung das Einverständnis des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur einzuholen.*“ Bundesfernstraßengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Juni 2007 (BGBl. I, S. 1206), das zuletzt durch Artikel 17 des Gesetzes vom 14. August 2017 (BGBl. I, S. 3122) geändert worden ist. Einen weiteren Zustimmungsvorbehalt enthält etwa § 5 Abs. 4 Satz 4 FStrG: „*Die oberste Landesstraßenbaubehörde [...] kann dabei mit Zustimmung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur [...] von der Regel der Sätze 1 und 2 abweichen.*“ Der Regelungsgehalt der beiden Vorschriften ist trotz der Verwendung der unterschiedlichen Begriffe Zustimmung und Einvernehmen identisch. In beiden Fällen ist zwingend eine positive Entscheidung des Bundesministeriums für Verkehr erforderlich, um die entsprechende Verwaltungsmaßnahme treffen zu dürfen.

542 *Wolst*, Die Bundesauftragsverwaltung als Verwaltungsform, 1974, S. 98.

543 *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 318.

sungsvorbehalte verwaltungshaftungsrechtlich als Teil der Fallgruppe Fehlerhafte Weisungen und Verwaltungsvorschriften zu behandeln.

ii. Vorbehalte als Teil der Sachkompetenz des Bundes?

Im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit derartiger Vorbehalte sind zwei Problemkreise zu betrachten. Zum einen die Frage, ob sich diese Vorbehalte als minderintensive Eingriffe auf Art. 85 Abs. 3 GG stützen lassen oder über das Weisungsrecht des Bundes hinausgehen. Zum anderen stellt sich die Frage, ob derartige Vorbehalte in Form von Gesetzen zulässig sind.

Das wesentliche Argument für die Zulässigkeit von Zustimmungs- und Einvernehmensvorbehalten lautet, dass es sich um einen im Vergleich zur Weisung minderintensiven Eingriff handele.⁵⁴⁴ Auch das Bundesverwaltungsgericht hat derartige Vorbehalte in mehreren Entscheidungen auf das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG gestützt, ohne die verfassungsrechtliche Zulässigkeit zu problematisieren.⁵⁴⁵ Diese Frage wurde in den Verfahren nicht einmal thematisiert.

Eine geringere Intensität im Vergleich zur Weisung ist evident bei Berichts- und Vorlagepflichten,⁵⁴⁶ welche lediglich der Information des Bundes im Vorfeld der Entscheidung über eine Weisung dienen. Fraglich ist, ob in den Fällen der vorweggenommenen oder provozierten Weisungen ebenfalls eine mindere Intensität (im Vergleich zur Weisung) vorliegt, denn die Sachkompetenz wird dann auf den Bund übergeleitet. Dies bedeutet aber für sich genommen noch nicht, dass diese Arten der Weisung verfassungsrechtlich unzulässig wären. Das wäre vielmehr nur dann der Fall, wenn sie in der Intensität über das verfassungsrechtlich verankerte Weisungsrecht hinausgingen.

Wolst ist etwa der Auffassung, dass sowohl bei der Pflicht zur Weisungseinhaltung als auch bei den Zustimmungsregelungen die Grenzen des Weisungsrechts Art. 85 Abs. 3 GG überschritten werden.⁵⁴⁷ Es werde in ent-

⁵⁴⁴ *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Januar 1987, Art. 85 Rn. 56.

⁵⁴⁵ BVerwG, Urt. v. 20.06.1973, Az. VIII C 141.72, BVerwGE 42, 279-296 juris Rn. 22; BVerwG, Urt. v. 16.05.1983, Az. 1 C 56.79, BVerwGE 67, 173-177 juris Rn. 25; BVerwG, Urt. v. 16.03.1970, Az. IV C 39.66, DVBl. 1970, 578-580 juris Rn. 15; BVerwG, Urt. v. 11.12.1970, Az. IV C 55.67, DVBl. 1971, 186-189 juris Rn. 21.

⁵⁴⁶ *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Januar 1987, Art. 85 Rn. 56.

⁵⁴⁷ *Wolst*, Die Bundesauftragsverwaltung als Verwaltungsform, 1974, S. 98 f.

scheidender Weise in die Handlungsfreiheit der Länder eingegriffen, weil ihnen nach der verfassungrechtlichen Regelung das Recht zustehe, zunächst unbeeinflusst vom Bund zu handeln. Stattdessen werde jede Entscheidung zu einer (Mit-)Entscheidung des Bundes. Ähnlich formuliert *Haun*, dass bei der bloßen Weisungsmöglichkeit des Bundes, dieser nur tätig werde, wenn er es wolle.⁵⁴⁸ Beim Genehmigungsvorbehalt sei der Bund dagegen ständig beteiligt.⁵⁴⁹ Mithin sei der Genehmigungsvorbehalt im Weisungsrecht nicht eingeschlossen. Eine Verwendung des Genehmigungsvorbehaltes als Mittel der präventiven Aufsicht sei nicht zulässig.

Diese Auffassung, nach der das Weisungsrecht als ein nur reaktives Mittel verstanden wird, scheint sich auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stützen zu können. Sowohl in der bereits zitierten Stelle der Kalkar-II-Entscheidung,⁵⁵⁰ als auch in der Biblis-Entscheidung führt des Bundesverfassungsgerichts aus, dass die Befugnis zur Sachentscheidung zunächst dem Land zukomme und der Bund diese durch Inanspruchnahme seines Weisungsrechts auf sich überleite:

„Allerdings steht dem Bund die auf der Sachkompetenz gründende Geschäftsleitungsbefugnis nicht per se zu; er muss die ihm zunächst nur in Form einer Reservezuständigkeit verliehene (potentielle) Sachentscheidungsbefugnis erst aktualisieren, indem er diese ausdrücklich oder konkludent auf sich überleitet; denn auch die Sachentscheidungsbefugnis liegt - jedenfalls zunächst- ebenfalls beim Land.“⁵⁵¹

Es wäre aber ein Missverständnis, hieraus zu schließen, dass eine zeitliche präventive Überleitung der Sachkompetenz dem Bund verwehrt wäre. Schon der Wortlaut des Art. 85 Abs. 3 GG spricht dagegen, denn hiernach „unterstehen“ die Länder den Weisungen der zuständigen obersten Landesbehörden. Eine Differenzierung in präventives und reaktives Handeln ist darin nicht angelegt. Bei näherer Betrachtung geht auch das Bundesverfas-

548 *Haun*, Die Bundesaufsicht in Bundesauftragsangelegenheiten, 1972, S. 129 f.

549 In diese Richtung auch Bonner Kommentar/*Kluth*, Dezember 2011, Art. 85 Rn. 121, der durch solche Weisungsvorbehalte die Wahrnehmungskompetenz der Länder in Frage gestellt sieht, sowie *K. Lange*, Das Weisungsrecht des Bundes, 1990, S. 79; vgl. auch *Oebbecke*, HbdStR Band VI, ³2008, § 136 Verwaltungs- zuständigkeit Rn. 42 zu derartigen Vorbehalten im Rahmen von Art. 84 Abs. 5 GG.

550 BVerfG, Urt. v. 22.05.1990, Az. 2 BvG 1/88, BVerfGE 81, 310-347 (Kalkar II) juris Rn. 86.

551 BVerfG, Urt. v. 19.02.2002, Az. 2 BvG 2/00, BVerfGE 104, 249-287 (Biblis A) juris Rn. 80.

sungsgericht von einem grundsätzlich unbegrenzten Direktionsrecht des Bundes auch im Vorfeld einer Sachentscheidung aus. Insbesondere in der Biblis-Entscheidung hat es alle Aktivitäten des Bundes für zulässig gehalten,

„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.“⁵⁵²

Dies schließt somit auch vorweggenommene und provozierte Weisungen grundsätzlich ein.⁵⁵³ Die Wahrnehmungskompetenz der Länder wird hierdurch nicht beeinträchtigt; jedenfalls unter diesem Gesichtspunkt sind provozierte und vorweggenommene Weisungen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Indes stellt sich auch hier wiederum die Frage nach der Einzelfallbezogenheit des Weisungsrechts.⁵⁵⁴ Soweit man Weisungen nach Art. 85 Abs. 3 GG nur im Einzelfall für möglich hält, überschreiten die vorweggenommenen und provozierten Weisungen die verfassungsrechtlichen Grenzen, weil die Pflicht zur Weisungseinhaltung bzw. Zustimmung nicht nur im konkreten Einzelfall, sondern stets für bestimmte Verwaltungsentscheidungen besteht. Ein Beispiel hierfür ist die Aufstufung einer Landesstraße in eine Bundesfernstraße nach § 2 Abs. 6 Satz 3 FernStrG. In jedem Fall nicht zulässig dürfte es jedoch sein, die Pflicht zur Weisungseinhaltung gesetzlich festzulegen, denn der Sache nach sind die Weisungsvorhalte selbst Weisungen. Das Weisungsrecht steht aber den obersten Bundesbehörden und nicht dem Gesetzgeber zu.⁵⁵⁵

iii. Echte Mitwirkungsakte zwischen Bund und Ländern?

Die unter (i) beispielhaft genannten Vorhalte zugunsten der Einholung der Zustimmung des Bundes haben sich nicht als echte Mitwirkungsakte im Sinne eines gestuften Verfahrens, sondern als Unterfall der Bundeswei-

⁵⁵² BVerfG, Urt. v. 19.02.2002, Az. 2 BvG 2/00, BVerfGE 104, 249-287 (Biblis A) juris Rn. 79.

⁵⁵³ Janz, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 157.

⁵⁵⁴ Dazu oben unter Dritter Teil B.II.2.e) Streitpunkt: Reichweite des Weisungsrechts, S. 164.

⁵⁵⁵ A.A. Blümel, HbdStR Band IV, 1990, § 101 Verwaltungszuständigkeit Rn. 35, der die Weisungsvorhalte auf die Kompetenz zur Regelung des Verwaltungsverfahrens stützt.

sung nach Art. 85 Abs. 3 GG erwiesen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob echte Mitwirkungsakte zwischen Bund und Ländern bei der Ausführung von Bundesgesetzen überhaupt existieren.

Tatsächlich sind diese in der Verwaltungspraxis sehr selten. Das einzige ermittelbare Beispiel ist das bereits angesprochene Zustimmungserfordernis der Landes-Ausländerbehörde nach § 31 AufenthV zur Visa-Erteilung zum Zwecke des langfristigen Aufenthaltes.⁵⁵⁶ Hintergrund dieses Mitwirkungserfordernisses ist ein Nebeneinander von Verwaltungskompetenzen von Bund und Ländern bei der Ausführung des Aufenthaltsgesetzes. So ist der Bund für die Erteilung des zum Grenzübertritt berechtigenden Visums zuständig, weil dies unter den Auswärtigen Dienst im Sinne des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG fällt, der in bundeseigener Verwaltung geführt wird.⁵⁵⁷ Dagegen sind die Länder für die Erteilung der zum dauerhaften Aufenthalt berechtigenden Aufenthaltserlaubnis zuständig, weil sie das Aufenthaltsgesetz nach Art. 83 GG als eigene Angelegenheit ausführen. Bund und Länder prüfen jedoch dieselben rechtlichen Voraussetzungen, weil sich die Erteilung eines Visums gemäß § 6 Abs. 3 Satz 3 AufenthG nach denselben rechtlichen Vorschriften richtet wie die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.⁵⁵⁸

Das Grundgesetz sieht mithin keine Kompetenzdifferenzierung zwischen Bund und Ländern, sondern nur ein Nebeneinander von Kompetenzen vor. Erst durch § 31 AufenthV werden die Länder in das Verfahren zur Erteilung von Visa einbezogen. Durch die Beteiligung der örtlichen Ausländerbehörde soll eine umfassende Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes sichergestellt und einander widersprechende Entscheidungen vermieden werden.⁵⁵⁹ Eine derartige Mitwirkung sieht das Grundgesetz nicht zwingend vor, es verbietet sie aber auch nicht.

⁵⁵⁶ Siehe dazu unter Zweiter Teil C.IV.1. Einführendes Beispiel, S. 78.

⁵⁵⁷ *Suerbaum*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, ³2020, Art. 87 Rn. 8, 17; *IBler*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Januar 2012, Art. 87 Rn. 1; *Winkelmann/Kolber*, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, ¹³2020, AufenthG § 6 Rn. 60, 65, 68.

⁵⁵⁸ *Maor*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK Ausländerrecht, ²⁷01.10.2020, AufenthG § 6 Rn. 15 f., zur bundesstaatlichen Koordinationsfunktion von mehrstufigen Verfahren auch *Bumke*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, ²2012, § 35 Rn. 68.

⁵⁵⁹ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz. Vom 26. Oktober 2009, Ziffer 6.4.3.1 juris; *Stahmann/Schild*, in: Hofmann (Hrsg.), Ausländerrecht, ²2016, AufenthG § 6 Rn. 93.

Tatsächlich ist das Mitwirkungserfordernis nach § 31 AufenthV sinnvoll, um Widersprüche zwischen der Visa-Entscheidung des Bundes und der späteren Entscheidung der Länder über die entsprechende Aufenthaltserlaubnis zu vermeiden.

g) Die Bundesaufsicht

Gemäß Art. 85 Abs. 4 Satz 1 GG erstreckt sich die Bundesaufsicht auf die Gesetzmäßigkeit und die Zweckmäßigkeit des Gesetzesvollzugs durch die Länder. Zur Durchführung der Bundesaufsicht kann die Bundesregierung gemäß Satz 2 jederzeit und von jeder Behörde Aktenvorlage und Berichte verlangen, sowie Beauftragte entsenden. Hierdurch unterscheidet sich die Bundesaufsicht bei der Bundesauftragsverwaltung von der bloßen Rechtsaufsicht im Rahmen des landeseigenen Vollzugs von Bundesgesetzen. Im Gegensatz zur Weisung ist die Bundesaufsicht anlassunabhängig.⁵⁶⁰ Das umfassende Aufsichtsrechts des Bundes ist die logische Konsequenz seiner Sachkompetenz im Bereich der Bundesauftragsverwaltung. Im Hinblick auf die Verwaltungshaftung kann die Bundesaufsicht zur Aufdeckung von Haftungsfällen beitragen.

h) Die Fälle der Bundesauftragsverwaltung

Die Bundesauftragsverwaltung ist als Abweichung vom Regelfall der landeseigenen Verwaltung gemäß Art. 83 GG nur dann einschlägig, wenn das Grundgesetz dies bestimmt oder zulässt. Hieraus ergibt sich die Einteilung in obligatorische und fakultative Bundesauftragsverwaltung.

Obligatorisch angeordnet ist die Bundesauftragsverwaltung in folgenden Verwaltungsbereichen:

- Bundesfernstraßen (mit Ausnahme der Bundesautobahnen) nach Art. 90 Abs. 2 GG,
- bei Geldleistungsgesetzen nach Art. 104a Abs. 3 Satz 2 GG und
- in der Steuerverwaltung nach Art. 108 Abs. 3 GG.

⁵⁶⁰ Kment, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 85 Rn. 12.

Fakultativ zugelassen ist die Auftragsverwaltung dagegen in folgenden Bereichen:

- Verteidigung und Zivilschutz (durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates gemäß Art. 87b Abs. 2 und Art. 87c in Verbindung mit Art. 73 Nr. 1 GG),
- Kernenergie (durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates, Art. 87c in Verbindung mit Art. 73 Nr. 14 GG),
- Luftverkehr (durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates, Art. 87d Abs. 2 GG),
- Bundeswasserstraßen (Übertragung ohne Gesetz und ohne Bundesratszustimmung, Art. 89 Abs. 2 Satz 3, 4 GG), sowie
- Lastenausgleich (Übertragung durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates, Art. 120a Abs. 1 Satz 1 GG).

3. Im Grundgesetz nicht vorgesehene Steuerung des Landesvollzugs von Bundesgesetzen

Neben den im Grundgesetz vorgesehenen Ingerenzrechten des Bundes, welche den Ländern rechtsverbindlich ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, haben sich in der Verwaltungspraxis kooperative Regelungsformen etabliert. Dies gilt sowohl für den Bereich der landeseigenen Verwaltung als auch für den der Bundesauftragsverwaltung.⁵⁶¹ Beispiele sind etwa die BMF-Schreiben in der Steuerauftragsverwaltung,⁵⁶² die Rundschreiben in der Fernstraßenverwaltung⁵⁶³ oder auch die Richtlinienpraxis bei Bundesgeldleistungsgesetzen⁵⁶⁴.

Für den Bereich der Bundesauftragsverwaltung konstatiert *Elmers*, dass der Bund auf den Gebrauch der Ingerenzrechte in weiten Teilen verzichtet und an ihre Stelle gemeinsam mit den Ländern erarbeitete Richtlinien und Vereinbarungen treten.⁵⁶⁵ Im Anschluss an die Begriffsverwendung der Bundesregierung werden derartige Regelungen im Folgenden als

561 *Heitsch*, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 134 ff.

562 *Elmers*, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 206; wobei die Bundesregierung diese Schreiben als verbindliche, allgemeine Weisungen ansieht grundlegend zu dieser Praxis *Nose*, Die BMF-Schreiben, 2006; *Blümel*, FS König, 2004, S. 297.

563 Dazu frühzeitig *Wolst*, Die Bundesauftragsverwaltung als Verwaltungsform, 1974, S. 121 f.; *Elmers*, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 211.

564 *Elmers*, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 215 f., S. 225 f.

565 *Elmers*, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 73.

„konsentierte[n] Regelungen“ bezeichnet.⁵⁶⁶ Im Gegensatz zu Verwaltungsvorschriften und Weisungen sind die konsentierten Regelungen rechtlich unverbindlich. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit zur Abgrenzung zu den Instrumenten der rechtsverbindlichen Vollzugssteuerung. Verwaltungshaftungsrechtlich relevant sind nur verbindliche Anordnungen.

a) Konsentierte Regelungen

Bei den konsentierten Regelungen handelt es sich um zwischen Bund und Ländern inhaltlich abgestimmte Vorgaben, die sich im Regelungsgehalt nicht von Verwaltungsvorschriften unterscheiden. Wie Verwaltungsvorschriften des Bundes dienen auch die konsentierten Regelungen der inhaltlichen Steuerung des Gesetzesvollzugs der Länder. Als milderes Mittel zum einseitigen Erlass förmlicher Verwaltungsvorschriften durch den Bund entsprechen sie dem Geiste des kooperativen Föderalismus des Grundgesetzes. Sie ermöglichen eine enge Rückbindung an die Praxis durch den Einfluss der Länder als Vollzugsebene.

Der Inhalt der konsentierten Regelungen wird in Kooperationsgremien von Bund und Ländern auf der Arbeitsebene ausgehandelt.⁵⁶⁷ Hier werden Vollzugsprobleme diskutiert und Streitfragen verhandelt. Die hieraus entstehenden konsentierten Regelungen werden dann entweder von den Ländern als Verwaltungsvorschriften erlassen oder schlicht im Vollzug beachtet.⁵⁶⁸

Konsentierte Regelungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie für Bund und Länder rechtlich unverbindlich sind.⁵⁶⁹ Es fehlt an einem rechtlichen Anknüpfungspunkt für eine Bindungswirkung. Sie stellen mangels Beteiligung des Bundesrates keine Verwaltungsvorschriften im Sinne der

566 Siehe die Wiedergabe des Vortrags der Bundesregierung in BVerfG, Urt. v. 02.03.1999, Az. 2 BvF 1/94, BVerfGE 100, 249-263 juris Rn. 34.

567 Heitsch, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 135; für eine Auflistung derartige Gremien am Beispiel der Bundesauftragsverwaltung siehe Elmers, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 164 f.

568 Heitsch, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 136.

569 Trute, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 84 Rn. 67; Gröpl, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, August 2018, Art. 90 Rn. 126; Broß/Mayer, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 83 Rn. 18; Dittmann/Winkler, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Art. 83 Rn. 5; Blümel, AÖR 93 (1968), S. 200 ff. (241); Blümel, HbdStR Band IV, 1990, § 101 Verwaltungszuständigkeit Rn. 40, 56; Elmers, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 219 ff.

Art. 84 Abs. 2, 85Abs. 2 Satz 1 GG dar. Wegen ihres Charakters als funktionales Äquivalent zu Verwaltungsvorschriften als umfassende Vollzugssteuerung können sie auch nicht als Weisungen Rechtsverbindlichkeit erlangen.⁵⁷⁰ Im Hinblick auf die Möglichkeit des Abschlusses verbindlicher Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern fehlt ein entsprechender rechtlicher Bindungswille der Kooperationspartner.⁵⁷¹ Vielmehr wählen Bund und Länder bewusst eine rechtsunverbindliche Kooperation.

b) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Wegen ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit sind die konsentierten Regelungen verfassungsrechtlich unproblematisch. Weder sind die Länder zur Beachtung verpflichtet noch ist der Bund im Gebrauch seiner verfassungsrechtlichen Ingerenzrechte eingeschränkt.⁵⁷²

Eine klare Verantwortungszuschreibung ist möglich. Verantwortlich für den Gesetzesvollzug sind allein die Länder. Sie sind Inhaber der Sachkompetenz, solange der Bund diese nicht durch den Gebrauch seines Weisungsrechts auf sich übergeleitet hat. Die Länder entscheiden, ob und in welcher Form die konsentierten Regelungen beim Gesetzesvollzug zu beachten sind.

Die Bindung der Länder erschöpft sich darin, dass bei Nichtanwendung der Status als verlässlicher Kooperationspartner in Frage steht und der Bund gegebenenfalls von seiner Kompetenz zum Erlass von Weisungen und Verwaltungsvorschriften Gebrauch macht. Die Bundesregierung beschreibt die Wirkungsweise der konsentierten Regelungen wie folgt:

„Sie bewirkten keine Fremdbindung, sondern gleichsam eine Selbstbindung der Länderbehörden, die in ihrem Bindungswert dem "Gentleman's Agreement" näher stünde als den Verwaltungsabkommen, ohne Zweifel aber von demjenigen allgemeiner Verwaltungsvorschriften unterschieden werden müsse.“⁵⁷³

570 Zur Zulässigkeit allgemeiner Weisungen im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung, siehe oben unter Dritter Teil B.II.2.e) Streitpunkt: Reichweite des Weisungsrechts, S. 164.

571 Elmers, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 219.

572 Elmers, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 222.

573 BVerfG, Urt. v. 02.03.1999, Az. 2 BvF 1/94, BVerfGE 100, 249-263 juris Rn. 34.

Eine rechtliche Bindung durch die konsentierten Regelungen wäre demgegenüber verfassungsrechtlich problematisch. Insbesondere würde das Erfordernis der Bundesratszustimmung für Verwaltungsvorschriften nach Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 Satz 1 GG umgangen. Die Zustimmung der einzelnen Landesregierungen zu den Regelungen kann die förmliche Beteiligung des Bundesrates nicht ersetzen. Denn nach dem bundesstaatlichen Institutionengefüge ist der Bundesrat das kompetente Medium des Länder-einflusses auf Bundesebene. Bund und Länder können darüber nicht disponieren. Ferner würde es an einer eindeutigen Zuschreibung der politischen Verantwortlichkeit für den Regelungsinhalt fehlen, weil die konsentierten Regelungen keiner föderalen Ebene zugeordnet werden können. Eine effektive parlamentarische Kontrolle wäre nicht möglich.⁵⁷⁴

c) Abgrenzung zu Verwaltungsvorschriften und Weisungen

In der Verwaltungspraxis müssen konsentierte Regelungen als kooperative Steuerungsinstrumente von den Ingerenzrechten des Bundes unterschieden werden. Die konkreten Bezeichnungen in verschiedenen Verwaltungsbereichen tragen hier oftmals eher zu Missverständnissen bei. So werden die konsentierten Regelungen beispielsweise in der Bundesfernstraßenverwaltung als Richtlinien, Rundschreiben, Hinweise oder auch Empfehlungen bezeichnet.⁵⁷⁵ Daraus resultiert eine gewisse Verwechslungsgefahr, weil diese Bezeichnungen im juristischen Sprachgebrauch auch für förmliche Verwaltungsvorschriften verwendet werden. Jedoch ermöglicht ein Blick in die konkreten Vorschriften in der Regel eine eindeutige Zuordnung. Denn § 69 Abs. 1 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO)⁵⁷⁶ sieht vor, dass Vorschriften mit verwaltungsinterner Bindungswirkung in der Bezeichnung die Rangangabe „Verwaltungsvorschriften“ zwingend enthalten müssen. Wird diese Bestimmung ausnahmsweise nicht eingehalten, muss geprüft werden, ob ein förmliches Verfahren zum Erlass von Verwaltungsvorschriften unter Beteiligung der Bundes-

⁵⁷⁴ Dazu auch *Heitsch*, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 140-144, der darauf hinweist, dass das massenhafte und institutionalisierte Auftreten von koordinierenden Absprachen zwischen Bundesregierung und Länderregierungen zu einem „*fiktischen Vorrang der Exekutive*“ führen können.

⁵⁷⁵ *Heitsch*, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 136.

⁵⁷⁶ Vom 30.08.2000 (GMBl. S. 526), letzte Änderung vom 01.09.2011 (GMBl. S. 576).

regierung und einschließlich Zustimmung des Bundesrates stattgefunden hat.

Ein weiteres Abgrenzungsproblem kann sich in Fällen der Bundesauftragsverwaltung in Bezug auf rechtsverbindliche Weisungen nach Art. 85 Abs. 3 GG ergeben, sofern man mit der hier vertretenen Auffassung auch allgemeine Weisungen zulässt. So vertritt das Bundesfinanzministerium für die BMF-Schreiben die Auffassung, dass es sich hierbei um rechtsverbindliche allgemeine Weisungen im Rahmen der Steuerauftragsverwaltung nach Art. 108 Abs. 3 GG handelt.⁵⁷⁷ Nach der Gegenauffassung stellen sie ein rechtlich unverbindliches, kooperatives Steuerungsinstrument dar.⁵⁷⁸

Die Abgrenzung ist nach der Intention des erlassenden Bundesministeriums vorzunehmen. Ist der Regelung zu entnehmen, dass es sich um eine rechtsverbindliche Anordnung handelt, der die Länder Folge zu leisten haben, ist von einer Weisung auszugehen. Diese ist ihrem Inhalt nach gegebenenfalls rechts- oder gar verfassungswidrig, wenn der Bund ein ihm nicht zustehendes Weisungsrecht in Anspruch nimmt. Dies ändert jedoch an der rechtlichen Qualifikation als Weisung nichts, sondern ist lediglich im Hinblick auf die haftungsrechtlichen und auch politischen Folgen relevant.

d) Verwaltungshaftungsrechtliche Folgen

Auch verwaltungshaftungsrechtlich ist strikt zwischen unverbindlichen konsentierten Regelungen und bindenden Verwaltungsvorschriften zu unterscheiden. Denn nur der Verstoß eines Landes gegen eine rechtsverbindliche Verwaltungsvorschrift oder Weisung kann ein haftungsrelevantes Verhalten darstellen. Auf der anderen Seite sind negative finanzielle Folgen für die Länder, die sich aus der Anwendung einer unverbindlichen konsentierten Regelung ergeben, von diesen zu tragen, weil sie die für den Verwaltungsvollzug konkret verantwortliche föderale Instanz sind. Ein Haftungsanspruch gegen den Bund besteht nicht. Dies ist die haftungsrechtliche Kehrseite der Unverbindlichkeit der konsentierten Regelungen. Für die Verwaltungshaftung ergibt sich deshalb die Notwendigkeit, stets genau zu prüfen, ob eine verbindliche Anordnung in Form von Verwal-

577 BT-Drs. 14/6716, S. 1, 3.

578 Elmers, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, 2015, S. 209 m.w.N. zum Streit um die Rechtsnatur; Brodersen, FS Selmer, 2004, S. 601 ff. (607).

tungsvorschrift oder Weisung vorliegt oder lediglich eine unverbindliche konsentierte Regelung.

III. Zusammenfassung

Der Regelfall der Ausführung der Bundesgesetze ist die landeseigene Ausführung. Daneben werden die Bundesgesetze von den Ländern in Bundesauftragsverwaltung oder vom Bund selbst in bundeseigener Verwaltung ausgeführt, wenn dies im Grundgesetz angeordnet ist.

Bei der bundeseigenen Verwaltung ist der Bund nach dem Grundgesetz für die Gesetzesausführung allein zuständig, eine Kompetenzdifferenzierung liegt mithin nicht vor. Die bundeseigene Verwaltung ist deshalb – so weit nicht ein Fall der Unterstützung fremder Aufgabenerledigung durch die Länder vorliegt – für die Verwaltungshaftung nicht relevant. Bei der landeseigenen Ausführung und der Bundesauftragsverwaltung durch die Länder üben Bund und Länder dagegen verschiedene Teilkompetenzen aus, so dass hieraus Haftungsfälle entstehen können. Während den Ländern in jedem Fall die Wahrnehmungskompetenz allein obliegt, steht dem Bund (jedenfalls) ein Teil der Sachkompetenz zu. So kann der Bund durch den Erlass von Verwaltungsvorschriften und Weisungen den Gesetzesvollzug inhaltlich steuern. Unter die Weisungsbefugnis des Bundes fallen auch die zum Teil gesetzlich vorgesehenen Weisungsvorbehalt. Es handelt sich also nicht um echte Mitwirkungsakte.

Außer den im Grundgesetz vorgesehenen Steuerungsmöglichkeiten des Bundes haben sich in der Verwaltungspraxis die sogenannten konsentierten Regelungen entwickelt. Dabei handelt es sich um zwischen Bund und Ländern abgestimmte Vorgaben für den Gesetzesvollzug, deren Inhalt dem von Verwaltungsvorschriften entspricht. Anders als Verwaltungsvorschriften sind die konsentierten Regelungen jedoch für Bund und Länder unverbindlich und deshalb für die Verwaltungshaftung unbedeutlich.

C. Im Grundgesetz nicht vorgesehenes Zusammenwirken

Die grundgesetzliche Verteilung der Verwaltungskompetenzen bindet Bund und Länder. Die Zuweisung einer Kompetenz beinhaltet auch die Pflicht, diese selbst und mit eigenen Sach- und Personalmitteln wahrzunehmen.

Eine im Grundgesetz selbst vorgesehene Ausnahme von diesem Grundsatz stellt die Amtshilfe dar. Nach Art. 35 Abs. 1 GG sind Bund und Länder einander zur Leistung von Amtshilfe verpflichtet. Amtshilfe ist die Unterstützung einer Behörde durch eine andere im Einzelfall,⁵⁷⁹ also die Unterstützung fremder Aufgabenwahrnehmung. Neben der Amtshilfe gibt es in der Verwaltungspraxis weitere, nicht im Grundgesetz vorgesehene Formen des Zusammenwirkens zwischen Bund und Ländern. Wie die Amtshilfe sind auch diese Formen des Zusammenwirkens dadurch gekennzeichnet, dass die eine staatliche Ebene eine Verwaltungsaufgabe wahrnimmt, die nach dem Grundgesetz eigentlich der anderen staatlichen Ebene zugewiesen ist. Durch die gegenseitigen Einwirkungsmöglichkeiten kann es dabei zu Haftungsfällen in Folge von Verwaltungsfehlern kommen. Deshalb werden diese Verwaltungsformen im Folgenden näher betrachtet.

I. Die Organleihe zwischen Bund und Ländern

Bei der Organleihe wird das Organ eines Hoheitsträgers für einen anderen Hoheitsträger tätig und tritt nach außen im Namen dieses Hoheitsträgers auf. Hintergrund sind verwaltungspraktische Erwägungen, insbesondere erspart der Entleiher die Bildung eines eigenen Organs zur Durchführung der betreffenden Aufgabe. Bei der Ausführung von Bundesgesetzen ist eine Organleihe in beide Richtungen möglich.⁵⁸⁰ So können die Länder den Bund bei der bundeseigenen Verwaltung unterstützen⁵⁸¹ und der Bund die Länder bei der landeseigenen Ausführung oder der Bundesauftragsverwaltung.⁵⁸²

579 Kment, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 35 Rn. 5.

580 Hermes, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 83 Rn. 51.

581 Ein Beispiel wäre hier das NATO-Truppenstatut, welches als Teil der Verteidigungslastenverwaltung in bundeseigener Verwaltung geführt wird. Die Länder nahmen diese Aufgabe jedoch im Wege der Organleihe wahr, dazu auch nachfolgend unter Dritter Teil C.II.3. Die Wahrnehmung der Verteidigungslastenverwaltung durch die Länder, S. 189.

582 So erhob der Bund z.B. die Fehlbelegungsabgabe nach dem AFWoG für bestimmte geförderte Wohnungen auf Grundlage eines Verwaltungsabkommens im Wege der Organleihe für das eigentlich zuständige Land Nordrhein-Westfalen. Vgl. hierzu GV. NW. 1990 S. 242, geändert am 07.2.1991 (GV. NW. S. 40), 14.08.1996 (GV. NW. S. 349), 14.07.1998 (GV. NW. S. 478); geändert durch 3. Änd. des Verwaltungsabkommens v. 23.12.2004 (GV. NRW. 2005 S. 7), in Kraft

Die Zulässigkeit der Organleihe zwischen Bund und Ländern ist verfassungsrechtlich zumindest rechtfertigungsbedürftig.⁵⁸³ Denn die Organleihe kollidiert mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung von Bund und Ländern.⁵⁸⁴ Dieser Grundsatz besagt, dass die föderale Ebene, der das Grundgesetz eine Aufgabe zuweist, diese Aufgabe durch eigene Verwaltungseinrichtungen und mit eigenen persönlichen und sächlichen Mittel wahrzunehmen hat. Dies schließt zwar dem Bundesverfassungsgericht zufolge die Inanspruchnahme von nicht auf den Einzelfall beschränkter Hilfe nicht grundsätzlich aus, beschränkt diese Möglichkeit aber.⁵⁸⁵ Es widerspräche sowohl dem Grundgedanken der die Bundeseigenverwaltung anordnenden Kompetenznorm als auch der finanziellen Lastenaufteilung zwischen Bund und Ländern, wenn in großem Umfang Landeseinrichtungen zur Bundesverwaltung herangezogen würden. Gleiches dürfte auch für den umgekehrten Fall der Organleihe des Bundes zugunsten der Länder gelten.⁵⁸⁶

Das Bundesverfassungsgericht stellt fünf Anforderungen an die Zulässigkeit der Organleihe:⁵⁸⁷ Erstens muss die Heranziehung landesbehördlicher Einrichtungen für die grundgesetzlich vorgesehene Bundeseigenverwaltung eine Ausnahme bleiben. Zweitens muss für die Abweichung vom Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung ein besonderer sachlicher Grund vorliegen. Drittens darf sich Hilfeleistung sich nur auf eine eng umgrenzte Verwaltungsmaterie beziehen.

Viertens ist eine Verlagerung von Verwaltungskompetenzen vom Bund auf das Land unzulässig, wenn sie nicht ausdrücklich vom Grundgesetz vorgesehen ist.⁵⁸⁸ Hieraus folgt, dass bei der Organleihe die Verantwortung des Aufgabenträgers im Hinblick auf die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung nicht nur formal, sondern in der Sache bestehen

getreten am 05.01.2005; 4. Änd. des Verwaltungsabkommens v. 08.06.2005 (GV. NRW. S. 628), in Kraft getreten am 18.06.2005.

583 *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 83 Rn. 51; *Blümel*, HbdStR Band IV, 1990, § 101 Verwaltungszuständigkeit Rn. 13.

584 BVerfG, Urt. v. 12.01.1983, Az. 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1-44 (Organleihe) juris Rn. 131.

585 A.A. Berliner Kommentar/*Groß*, Dezember 2001, Art. 83 Rn. 32, der die „Übertragung“ von Aufgaben der Bundesverwaltung auf Landeseinrichtungen unter Verweis auf die Persoalhoheit der Länder stets für unzulässig hält.

586 *Blümel*, HbdStR Band IV, 1990, § 101 Verwaltungszuständigkeit Rn. 13.

587 BVerfG, Urt. v. 12.01.1983, Az. 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1-44 (Organleihe) juris Rn. 131.

588 BVerfG, Urt. v. 12.01.1983, Az. 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1-44 (Organleihe) juris Rn. 128, 133.

muss.⁵⁸⁹ Dazu muss das entliehene Organ in die Hierarchie des Entleiher eingebunden und seinen Weisungen unterworfen sein. Das entliehene Organ der Landesverwaltung nimmt die Verwaltungsaufgabe nicht etwa wie bei der Bundesauftragsverwaltung als eigene Aufgabe wahr, sondern handelt als in die fremde Verwaltungsstruktur eingegliedertes Organ.⁵⁹⁰ Das entliehene Organ wird als Organ des Entleiher tätig und die getroffenen Maßnahmen und Entscheidungen sind diesem zuzurechnen.⁵⁹¹ Das entliehene Organ muss folglich im Namen des Entleiher auftreten. Denn auch die Kompetenz zur Wahrnehmung einer Aufgabe nach außen (Wahrnehmungskompetenz) ist Teil der Verwaltungskompetenz, die beim Entleiher zu verbleiben hat.

Fünftens schließlich bedarf die Heranziehung von persönlichen und sachlichen Mitteln der Landesverwaltung der zwingenden Zustimmung des Landes.⁵⁹² Ohne eine solche Zustimmung läge ein unzulässiger Eingriff in die Verwaltungshoheit des Landes vor.

Nur bei Erfüllung all dieser Voraussetzungen ist die Organleihe der Länder zugunsten des Bundes zulässig. Diese Anforderungen gelten nicht nur bei einer Organleihe der Länder zugunsten des Bundes, sondern auch umgekehrt bei einer Organleihe des Bundes zugunsten der Länder, denn auch der Bund unterliegt dem Gebot der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung.

II. Die „vereinbarte Auftragsverwaltung“

Bei Haftungsfällen zwischen Bund und Ländern ist im Zusammenhang mit durch Verwaltungsabkommen übertragener Aufgabenwahrnehmung gelegentlich von einer „vereinbarten Auftragsverwaltung“ die Rede.⁵⁹³ Auf eine solche berief sich etwa das geschädigte Land in der Schiffsunfall-Ent-

589 Hellermann, FS Schlink, 2014, S. 328.

590 BVerfG, Urt. v. 12.01.1983, Az. 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1-44 (Organleihe) juris Rn. 134, 135.

591 BVerwG, Urt. v. 23.02.1976, Az. VII A 4.73, NJW 1976, 1468 (Schiffsunfall) juris Rn. 21.

592 BVerfG, Urt. v. 12.01.1983, Az. 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1-44 (Organleihe) juris Rn. 141.

593 So etwa bei Achterberg, DVBl 1970, S. 125 ff. (126).

scheidung des Bundesverwaltungsgerichts.⁵⁹⁴ Auch die Übertragung von Bauaufgaben des Bundes auf die Länder nach § 6 Abs. 4 FVG a.F., die der Kraftfahrzeubundesamt-Entscheidung zugrunde lag, wird unter den Begriff der „vereinbarten Auftragsverwaltung“ gefasst.⁵⁹⁵ Die genaue Bedeutung dieser Verwaltungsform bleibt dabei jedoch unklar. Und auch im Zusammenhang mit der Verteidigungslasten-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts stellt sich die Frage nach der Rechtsnatur der übertragenen Aufgabenwahrnehmung.⁵⁹⁶ Im Folgenden wird daher zunächst die konkrete Ausgestaltung der Verwaltungsform in den genannten Haftungsfällen betrachtet und sodann untersucht, ob es sich um eine zulässige Form der Aufgabenwahrnehmung handelt.

1. Die Wahrnehmung von Landesaufgaben im Küstengebiet durch Bundesbehörde

Einen Fall, in dem eine vereinbarte Auftragsverwaltung in Rede stand, lag der Schiffsunfall-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.02.1976 zugrunde.⁵⁹⁷ Dort berief sich das Land Niedersachsen auf eine „umgekehrte vereinbarte Auftragsverwaltung“ und leitete hieraus Haftungsansprüche gegen den Bund ab.⁵⁹⁸ Das Land Niedersachsen und der Bund hatten in einer Verwaltungsvereinbarung⁵⁹⁹ geregelt, dass der Bund u.a. die Landesaufgaben der Hafen- und Schiffahrtsverwaltung im Hafen von Emden „wahrnehmen“ sollte. Es ging hier also nicht um die Ausführung eines Bundesgesetzes. Dennoch soll die Konstellation hier dargestellt werden, weil sie im Zusammenhang mit der Diskussion um die Verwaltungshaftung zwischen Bund und Ländern steht.

594 BVerwG, Urt. v. 23.02.1976, Az. VII A 4.73, NJW 1976, 1468 (Schiffsunfall) juris Rn. 2, das Bundesverwaltungsgericht qualifizierte die Verwaltungsform jedoch als Organleihe.

595 Volkert, Handbuch der bayerischen Ämter, Gemeinden und Gerichte, 1983, S. 170.

596 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 2, das Bundesverwaltungsgericht ging hier ohne Weiteres von einem Fall der Bundesauftragsverwaltung aus.

597 BVerwG, Urt. v. 23.02.1976, Az. VII A 4.73, NJW 1976, 1468 (Schiffsunfall).

598 BVerwG, Urt. v. 23.02.1976, Az. VII A 4.73, NJW 1976, 1468 (Schiffsunfall) juris Rn. 2, 20.

599 Verwaltungsvereinbarung über die Wahrnehmung von Landesaufgaben im Küstengebiet innerhalb des Landes Niedersachsen vom 1. Juli /17. November 1952 (Nds. MBl. 1953, S. 27).

Auf Grund einer Verkehrssicherungsverletzung durch die handelnden Bundesbeamten kam es zu einem Schiffsunfall.⁶⁰⁰ In dessen Folge wurde das Land zur Leistung von Schadensersatz an den privaten Schiffseigentümer verurteilt. Diesen Haftungsschaden wollte das Land vom Bund ersetzt haben. Der Bund argumentierte dagegen, es handele sich nicht um eine verfassungsrechtlich unzulässige umgekehrte Auftragsverwaltung, sondern um einen Fall der Organleihe.⁶⁰¹ Es fehle daher an einer Haftungsgrundlage.

Dem schloss sich auch das Bundesverwaltungsgericht an.⁶⁰² Die Merkmale der Organleihe seien sämtlich erfüllt. Insbesondere sei die verliehene Bundesbehörde in die Landesverwaltung eingegliedert. Die Behörde trete gemäß der Verwaltungsvereinbarung bei Wahrnehmung der Landesaufgaben ausdrücklich unter der Landesbezeichnung auf (§ 3 Abs. 1a). Sie handle ausdrücklich in Vertretung des Regierungspräsidenten (§ 3 Abs. 2) und die Stelle des Leiters werde im Einvernehmen mit dem Land besetzt (§ 4).

Dem Bundesverwaltungsgericht ist darin zuzustimmen, dass es sich um einen Fall der Organleihe handelte. Alle Charakteristika der Organleihe sind erfüllt. Insbesondere trat die entliehene Bundesbehörde unter einer Landesbezeichnung und nicht im eigenen Namen auf. Wohl zu Recht geht Winkler mithin davon aus, dass eine „umgekehrte Auftragsverwaltung“ des Bundes für die Länder nicht existiert, sondern sich vermeintliche Gegenbeispiele bei näherer Betrachtung als Fälle der Organleihe darstellen.⁶⁰³

2. Die „Übertragung“ von Bundesbauaufgaben auf die Länder

Ein weiteres Beispiel für vereinbarte Auftragsverwaltung stellte in der Vergangenheit die einfachgesetzlich vorgesehene „Übertragung“ von Bundesbauaufgaben auf die Länderverwaltungen durch Verwaltungsvereinbarung dar.

Diese Verwaltungsform lag der Auseinandersetzung von Bund und Land in der Kraftfahrzeugbundesamt-Entscheidung zugrunde. Hierbei machte der Bund gegen das Land Ansprüche wegen erhöhter Kosten bei

600 BVerwG, Urt. v. 23.02.1976, Az. VII A 4.73, NJW 1976, 1468 (Schiffsunfall) juris Rn. 2.

601 BVerwG, Urt. v. 23.02.1976, Az. VII A 4.73, NJW 1976, 1468 (Schiffsunfall) juris Rn. 7.

602 BVerwG, Urt. v. 23.02.1976, Az. VII A 4.73, NJW 1976, 1468 (Schiffsunfall) juris Rn. 21, 22.

603 Winkler, Verwaltungsträger im Kompetenzverbund, 2009, S. 115.

einem Zusatzauftrag und wegen verjährter Ansprüche gegen einen Architekten geltend. Mit der Frage der Verwaltungsform und ihrer Zulässigkeit befasste sich das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung allerdings nicht.⁶⁰⁴

Wie bereits die Verwendung des Begriffs der Bundesbauaufgaben nahelegt, handelt es um originäre Verwaltungsaufgaben des Bundes.⁶⁰⁵ Denn die bauliche Errichtung von Bundesbehörden gehört zur Einrichtung der Behörden. Diese Bauaufgaben konnte der Bund nach der damaligen Regelung des FVG auf eine Landesbehörde „übertragen“ werden.⁶⁰⁶

Hierbei eröffnete § 6 Abs. 4 Satz 2 FVG a.F.⁶⁰⁷ dem Land die Möglichkeit, bei der Oberfinanzdirektion eine Landesbauabteilung als Landesbehörde einzurichten.⁶⁰⁸ Gemäß Satz 3 der Regelung sollte der Bund dieser Landesbauabteilung auf Antrag die Erledigung der Bundesbauaufgaben übertragen, wenn dies im Interesse des Landes geboten war und überwiegende Bundesinteressen nicht entgegenstanden. Hierbei unterstand die Landesbauabteilung nach Satz 5 den Weisungen des Bundesministers der Finanzen. Weitergehend wurden die örtlichen Bundesbauaufgaben gemäß § 6 Abs. 5 FVG a.F. stets von einer Landesbehörde wahrgenommen. Die zuständige Behörde wurde vom Bundesminister der Finanzen im Einvernehmen mit der zuständigen obersten Landesbehörde bestimmt und unterstand seinen Weisungen. In beiden Fällen der Aufgabenübertragung trat die Landesbehörde im eigenen Namen auf, denn ein Auftreten im Namen des Bundes war nicht vorgesehen.

Im Falle Schleswig-Holsteins fand eine „Übertragung“ der Bundesbauaufgaben nach § 6 Abs. 4 Satz 3 FVG a.F. durch Verwaltungsvereinbarung mit

604 Für eine Zuordnung zur Organleihe dieser Konstellation *Grubelt*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz., 62012, Art. 35 Rn. 6.

605 Vgl. § 2 Abs. 2 BABauRaumOG (Gesetz über die Errichtung eines Bundesamtes für Bauwesen und Raumordnung vom 15. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2902), zuletzt geändert durch Artikel 34 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474)).

606 Die Oberfinanzdirektionen hatten bis zur Auflösung der Bundesabteilungen und Gründung der Bundesfinanzdirektionen zum Ende des Jahres 2007 eine Doppelnatürlichkeit als Bundesbehörde bei der Zollverwaltung und Landesbehörde bei der Steuerverwaltung. Hieraus erklärte sich die Aufteilung in Landes- und Bundesabteilungen. Siehe hierzu „*Zweites Gesetz zur Änderung des Finanzverwaltungsgesetzes und anderer Gesetze*“ vom 13. Dezember 2007 (BGBl I, S. 2897).

607 Gesetz über die Finanzverwaltung (FVG) vom 06.09.1950, (BGBl. I S. 448).

608 Zur Rechtsnatur der OFD nicht als einheitliche Bundes- und Landesbehörde, sondern als zwei voneinander getrennte Behörden des Bundes und des Landes, siehe. *Winkler*, Verwaltungsträger im Kompetenzverbund, 2009, S. 82 f.

dem Bund vom 19. Juli/15. August 1954 statt. In dem Abschnitt „Kosten“ war vorgesehen, dass der Bund dem Land die mit der Übernahme der Bundesbauaufgaben verbundenen Kosten nach Maßgabe einer besonderen Vereinbarung erstattet.⁶⁰⁹ Dementsprechend schlossen Bund und Land am 7./20.08.1964 eine „Vereinbarung über die Entschädigung des Landes Schleswig-Holstein für die Erledigung von Bauaufgaben des Bundes“. Da Bund und Land angesichts des Charakters als Bundesaufgabe übereinstimmend von einer Zweckkostenlast ausgingen, wurde in dieser Vereinbarung lediglich die Erstattung der Verwaltungsausgaben geregelt. In der aktuellen Fassung des FVG ist nur noch eine Wahrnehmung der Bundesbauaufgaben durch die Länder im Wege der Organleihe vorgesehen.⁶¹⁰

3. Die Wahrnehmung der Verteidigungslastenverwaltung durch die Länder

Einen weiteren Haftungsfall im Zusammenhang mit der vereinbarten Auftragsverwaltung hatte die Verteidigungslasten-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts⁶¹¹ zum Gegenstand. Dort machte der Bund Schadensersatzansprüche gegen ein Land geltend, weil ein Landesbeamter einer Oberfinanzdirektion im kollusiven Zusammenwirken mit einem Antragsteller aus Bundesmitteln Schadensersatz für fiktive Schadensfälle gewährt hatte.

Sachlich betrifft die Verteidigungslastenverwaltung die Regulierung von Schäden, die im Inland von ausländischen Soldaten verursacht werden, welche sich erlaubt im Bundesgebiet aufzuhalten. Im Rahmen des Beitritts der Bundesrepublik zur NATO wurden Fragen der Schädigung im Inland durch Truppen anderer Mitgliedsstaaten regelungsbedürftig. Nach Art. VIII Abs. 5 des NATO-Truppenstatuts⁶¹² reguliert die Bundesrepublik

609 BVerwG, Urt. v. 27. 03.1980, Az. IV A 1.77, BayVBl 1980, 473-475 (Kraftfahrzeugbundesamt) juris Rn. 2.

610 § 5b FVG in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. April 2006 (BGBl. I S. 846) zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 19. Juli 2016 (BGBl. I S. 1730).

611 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten).

612 Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrags über die Rechtsstellung ihrer Truppen (NATO-Truppenstatut) vom 19. Juni 1951 (BGBl 1961, II S. 1190), Fristen zur Geltendmachung von Ansprüchen sind darüber hinaus in Art. 41 des Zusatzabkommens vom 03.08.1959 (BGBl. II 1961, S. 1183).

Deutschland als Aufnahmestaat für Ansprüche Dritter bei Schädigungen durch Truppen eines anderen Vertragsstaates nach den für Schädigungen durch ihre eigenen Truppen geltenden Regeln. Zuständig für die Entschädigung ist nach Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes zum Nato-Truppenstatut⁶¹³ die untere Stufe der Verteidigungslastenverwaltung.

Nach einem Verwaltungsabkommen vom 23.03.1953 zwischen Bund und Ländern⁶¹⁴ führten die Länder die Verwaltungsaufgaben im Bereich der Verteidigungslasten unbeschadet der Zuständigkeiten des Bundes durch. Ein Auftreten der Landesbehörde unter einer Bundesbezeichnung war nicht vorgesehen, so dass die Länder im eigenen Namen handelten. Ziffer 2 des Abkommens regelte Ingerenzrechte des Bundesministers der Finanzen wie den Erlass von Verwaltungsvorschriften und Weisungen sowie den Durchgriff auf nachgeordnete Behörden. Nach Ziffer 3 erstreckt sich die Aufsicht des Bundesministers der Finanzen auf die Rechts- und Zweckmäßigkeit. Mittlerweile ist die Verteidigungslastenverwaltung in bundeseigene Verwaltung überführt worden.⁶¹⁵

Das Bundesverwaltungsgericht geht in seiner Verteidigungslasten-Entscheidung irrtümlich davon aus, dass es sich um einen Fall der echten Bundesauftragsverwaltung im Sinne des Art. 85 GG handelt.⁶¹⁶ Zwar wäre eine Anordnung von Bundesauftragsverwaltung durchaus möglich gewesen. Nach Art. 87b Abs. 2 können Bundesgesetze, die der Verteidigung dienen, mit Zustimmung des Bundesrates bestimmen, dass sie ganz von den Ländern im Auftrage des Bundes ausgeführt werden.⁶¹⁷ Die Gesetze zur Verteidigungslastenverwaltung sind als der Verteidigung dienende Gesetze zu qualifizieren.⁶¹⁸ Bei Art. 87 Abs. 2 GG handelt es sich um eine verfas-

613 Gesetz zu dem Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrags vom 19. Juni 1951 über die Rechtsstellung ihrer Truppen und zu den Zusatzvereinbarungen vom 3. August 1959 zu diesem Abkommen (BGBl. II 1962, S. 1183).

614 MinBlFin. 1953, S. 763.

615 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zum NATO-Truppenstatut und anderer Gesetze(Verteidigungslastenzuständigkeitsänderungsgesetz – VertLastÄndG), BT-Drs. 14/8764.

616 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 23.

617 Diese Regelung wurde bereits durch das Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 19.03.1956 in das Grundgesetz eingefügt (BGBl. I, 1956, S. 111).

618 So auch die Auffassung der Bundesregierung in ihrem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zum NATO-Truppenstatut und anderer Gesetze(Verteidigungslastenzuständigkeitsänderungsgesetz – VertLastÄndG), BT-Drs. 14/8764, S. 7.

sungsrechtliche Ermächtigung an den einfachen Gesetzgeber.⁶¹⁹ Erforderlich ist demnach eine gesetzliche Anordnung der Bundesauftragsverwaltung mit Zustimmung des Bundesrates.

An einer solchen gesetzlichen Anordnung mangelte es im vorliegenden Fall angesichts der bloßen Vereinbarung der Aufgabenwahrnehmung durch die Länder in einem Verwaltungsabkommen. Es lag mithin lediglich eine vereinbarte Wahrnehmung der Aufgaben der Verteidigungslasten durch die Länder vor.

4. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Die Bezeichnung als vereinbarte Auftragsverwaltung in Anlehnung an die Bundesauftragsverwaltung hat ihren Ursprung wohl in der Ausgestaltung hinsichtlich Weisungsgebundenheit und Kostentragung. Denn wie bei der Bundesauftragsverwaltung ist der Bund in den Fällen der vereinbarten Auftragsverwaltung gegenüber dem Land weisungsbefugt und trägt die Kosten.

Die vereinbarte Auftragsverwaltung ist jedoch von der Bundesauftragsverwaltung im Sinne des Art. 85 GG streng zu unterscheiden. Dies gilt auch hinsichtlich der fakultativen Bundesauftragsverwaltung, die gelegentlich auch mit diesem Begriff bezeichnet wird.⁶²⁰ Bei der im Grundgesetz vorgesehenen Auftragsverwaltung handelt es sich um eine Form der Landesverwaltung mit Ingerenzrechten des Bundes. Die Verwaltungszuständigkeit liegt folglich beim Land. Dagegen sieht das Grundgesetz in den unter 2. und 3. dargestellten Fällen der vereinbarten Auftragsverwaltung eine bundeseigene Verwaltung vor. Die Verwaltungszuständigkeit liegt beim Bund.

Wie bereits oben dargelegt, hat das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Organleihe den Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung aufgestellt.⁶²¹ Die grundgesetzliche Aufgabenverteilung steht nicht zur Disposition von Bund und Ländern. Mit der Zuweisung einer Kompetenz durch das Grundgesetz ist auch die Pflicht verbunden, diese eigenverantwortlich wahrzunehmen. Ein Unterlaufen der grundgesetzlichen Kompetenzordnung ist auch durch einvernehmli-

619 Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 87b Rn. 11.

620 Jestaedt, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, 2002, Art. 87 Rn. 72.

621 Siehe dazu unter Dritter Teil C.I. Die Organleihe zwischen Bund und Ländern, S. 183.

che Aufgabenübertragung verfassungsrechtlich nicht möglich. Soweit eine solche Kompetenzverlagerung im Rahmen einer „vereinbarten Auftragsverwaltung“ vorgesehen ist, wären die entsprechende Regelungen und Vereinbarungen nichtig.

Entscheidend für die Beurteilung dieser Frage ist vorliegend die Tatsache, dass die Länder in den beiden unter 3. und 4. dargestellten Fällen der vereinbarten Auftragsverwaltung unter der Bezeichnung der jeweiligen Landesbehörde auftreten. Sie handeln mithin im eigenen Namen, nicht in dem des Bundes, wie es aber bei der zulässigen Organleihe zwingend ist. Damit nehmen die Länder die Kompetenz zur Wahrnehmung der Aufgabe nach außen in Anspruch (Wahrnehmungskompetenz), die ihnen aber nach dem Grundgesetz nicht zusteht. Ein weiteres Indiz für eine unzulässige Kompetenzverlagerung ist die Verwendung des Begriffs der Aufgabenübertragung im Falle der Bundesbauaufgaben.

Bei der sogenannten vereinbarten Auftragsverwaltung handelt es sich mithin weder um einen Fall der Auftragsverwaltung im Sinne des Art. 85 GG,⁶²² noch um eine eigene Verwaltungsform. Vielmehr stellt sie eine Organleihe dar,⁶²³ die im Hinblick auf das Auftreten des entliehenden Rechtsträgers nach außen verfassungsrechtlich unzulässig ist.

Dieses Problem scheint auch der Gesetzgeber gesehen zu haben. Denn in den hier als vereinbarte Auftragsverwaltung bezeichneten Fällen der Übertragung von Bundesbauaufgaben und der Verteidigungslastenverwaltung ist eine solche nicht mehr vorgesehen. Vielmehr sieht § 5b FVG nunmehr ausdrücklich eine Organleihe⁶²⁴ und die aktuelle Fassung des NATO-Truppenstatuts eine bundeseigene Verwaltung vor.⁶²⁵ Die zivilrechtliche Verkehrssicherungspflicht der Häfen im Land Niedersachsen obliegt der

622 Irreführend ist insoweit Achterbergs Behandlung angeordneter und vereinbarter Auftragsverwaltung als Unterfälle der Kategorie Auftragsverwaltung, Achterberg, DVBl 1970, S. 125 ff. (126).

623 So auch Winkler, Verwaltungsträger im Kompetenzverbund, 2009, S. 115 im Fall der „umgekehrten“ Auftragsverwaltung.

624 „§ 5b Übertragung von Bauaufgaben: Durch Verwaltungsvereinbarung mit dem jeweiligen Land kann der Bund die Leitung und Erledigung seiner Bauaufgaben im Wege der Organleihe Landesbehörden [...] übertragen. [...]“, Finanzverwaltungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. April 2006 (BGBl. I S. 846, 1202), das durch Artikel 5 des Gesetzes vom 20. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3000) geändert worden ist.

625 „Art. 8 Zuständig ist die Verteidigungslastenverwaltung. Sie wird in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau oder in einer Anstalt des öffentlichen Rechts geführt. [...]“, Gesetz zum NATO-Truppenstatut und zu den Zusatzvereinbarungen in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 57-1,

im Landeseigentum stehenden Eigentümerin der Hafenanlagen, der Niedersachsen Ports GmbH & Co. KG.⁶²⁶

III. Zusammenfassung

Neben dem im Grundgesetz geregelten Zusammenwirken von Bund und Ländern bei der Gesetzesausführung im Rahmen von landeseigener Verwaltung und Bundesauftragsverwaltung haben sich in der Praxis weitere Formen des Zusammenwirkens entwickelt. Ein Beispiel hierfür ist die Organleihe zwischen Bund und Ländern, die zulässig ist, wenn hierbei der verfassungsrechtliche Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung beachtet wird. Bei der Ausführung der Bundesgesetze kommen sowohl eine Unterstützung des Bundes durch die Länder bei der bundeseigenen Ausführung als auch eine Unterstützung der Länder durch den Bund bei der landeseigenen Ausführung oder der Bundesauftragsverwaltung in Betracht. Dabei stellt die in der Vergangenheit im Kontext der Verwaltungshaftung thematisierte „*vereinbarte Auftragsverwaltung*“ lediglich einen Fall der Organleihe dar, bei dem der Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung nicht hinreichend beachtet wird.

veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 227 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden.

626 Übertragung von neu geschaffenen Flächen vom Land Niedersachsen auf die Niedersachsen Ports GmbH Co. KG (NPorts), Nds. LT-Drs. Nr. 17/4313.