

Positiver Kompetenzkonflikt zwischen BVerfG und BVerwG im Bund-Länder-Streit und Verwaltungshaftung nach Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG

– Zugleich Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 20. Januar 1999 – 2 BvG 2/95 –¹

Von Wissenschaftlichem Assistenten Dr. Ulrich Stelkens, Saarbrücken

Das BVerfG hat seinem Beschluss vom 20. 1. 1999 die Gelegenheit verstreichen lassen, eine der rechtlich umstrittensten Fragen des Finanzverfassungsrechts überhaupt zu klären, nämlich die Frage, inwieweit die Länder gegenüber dem Bund bei fehlerhafter Verwaltung von Bundesmitteln im Anwendungsbereich des Art. 104 a Abs. 2 und 3 GG nach Maßgabe des Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG für das Fehlverhalten ihrer Bediensteten haften müssen. Stattdessen sah es einen zur Klärung dieser Frage angestregten Antrag des Landes Nordrhein-Westfalen auf Einleitung eines Bund-Länder-Streitverfahrens mit wenig überzeugender Begründung als verfristet an. Damit ist es nur eine Frage der Zeit, wann diese Problematik erneut vor das BVerfG gebracht wird. Dies rechtfertigt eine etwas eingehendere Analyse dieses Beschlusses.

Die Frage der Haftung zwischen Bund und Ländern wurde schon vor Inkrafttreten des Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG² höchst kontrovers diskutiert³. Auch diese Vorschrift brachte keine Klarheit, sondern erreichte aufgrund ihrer unklaren Formulierung und we-

nig eindeutigen Entstehungsgeschichte⁴ eher das Gegenteil. Dies liegt wohl daran, dass das »Nähere« wegen des Widerstandes der Länder bis heute nicht durch das in Art. 104 a Abs. 5 Satz 2 GG vorgesehene Ausführungsgesetz bestimmt worden ist⁵. In der Literatur ist dementsprechend umstritten, welchen Anwendungsbereich Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG hat, wie der Haftungsmaßstab »ordnungsmäßige Verwaltung« zu verstehen ist, welche Rechtsfolgen dem Wort »haften« zu entnehmen sind und ob diese Bestimmung überhaupt eine unmittelbar geltende Anspruchsgrundlage dar-

3 Siehe hierzu: BGHZ 27, 210 ff.; BVerwGE 12, 253 ff. (= DVBl. 1961, 663 ff.). Zur damaligen Diskussion U. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 175 ff. und 191 ff. m. w. N.

4 Siehe zur Entstehungsgeschichte der Haftungsvorschrift: Erichsen, Zur Haftung im Bund-Länder-Verhältnis, 1986, S. 19 ff.; Kummer, Die Haftung der Länder im Verhältnis zum Bund am Beispiel der Steuerverwaltung, Diss. 1973, S. 2 ff.; Nopper, Bund-Länder-Haftung beim fehlerhaften Verwaltungsvollzug von Gemeinschaftsrecht durch die deutschen Länder, 1998, S. 69 ff.; Schulze, DÖV 1972, 409, 412 f.; U. Stelkens (Fußn. 3), S. 213 ff.

5 Siehe zu dem 1973 insoweit erstellten Referentenentwurf U. Stelkens (Fußn. 3), S. 216 ff. (mit Auszügen aus dem Entwurf und seiner Begründung).

1 BVerfGE 99, 361 (= DVBl. 1999, 798 [Leitsatz]).

2 Eingefügt durch das 21. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 18. 5. 1969 (BGBl. I S. 359).

stellt⁶. Auch die Rspr. des BVerwG ist uneinheitlich: Zwar gehen alle bisher mit der Bund-Länder-Haftung befassten Senate davon aus, dass Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG unmittelbar anwendbar sei und – auch ohne Ausführungsgesetz – einen »Kernbereich« bundesstaatlicher Haftung begründe⁷. Nach Ansicht des 11.⁸ und 2.⁹ Senates umfasst dieser »Kernbereich« jedoch eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des fehlerhaft handelnden Bediensteten, während der 4. Senat¹⁰ annimmt, dass allenfalls eine Haftung für Vorsatz in Betracht käme. Strittig ist zudem, welches Gericht zur Entscheidung über Haftungsstreitigkeiten nach Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG berufen ist. Während der Bund und dem folgend das BVerwG Streitigkeiten nach Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG als verwaltungsrechtliche Streitigkeiten i. S. des § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ansehen¹¹, werden sie vor allem von den Ländern für verfassungsrechtliche Streitigkeiten i. S. des Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG gehalten¹².

Gerade deshalb wollte das Land Nordrhein-Westfalen, welches vom BVerwG durch Urteil vom 2. 2. 1995¹³ auf Grundlage des Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG zu Schadensersatzleistungen gegenüber dem Bund verurteilt worden war, mit dem eingangs erwähnten Antrag nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG – welcher am 30. 7. 1995 beim BVerfG einging – eine »Revision« der Entscheidung des BVerwG durch das BVerfG erreichen. Damit stellte sich neben den Problemen der Verwaltungshaftung die zusätzliche allgemein-verfassungsprozessuale Frage, ob und inwieweit Bund und Länder Rechtsschutz vor dem BVerfG erlangen können, wenn das BVerwG in einem Bund-Länder-Streit zu Unrecht das Vorliegen einer verwaltungsrechtlichen Streitigkeit annimmt. Ohne auf diese Probleme näher einzugehen, verwarf das BVerfG jedoch diesen Antrag: Das Land hätte gemäß § 69 i. V. mit § 64 Abs. 3 BVerfGG sechs Monate nach Klageerhebung durch

den Bund den Antrag auf Einleitung des Verfahrens stellen müssen und nicht die Entscheidung durch das BVerwG abwarten dürfen. Der Begründung des Beschlusses ist zudem zu entnehmen, dass das BVerfG dazu neigt, Streitigkeiten um Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Charakter zuzusprechen. Beide Aussagen widersprechen dem geltenden Verfassungsprozessrecht. Um dies darzulegen, soll hier zunächst auf das allgemeine verfassungsprozessuale Problem eingegangen werden, ob und inwieweit ein Land (oder der Bund) bei föderalen Streitigkeiten verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz erlangen kann, wenn das BVerwG zu Unrecht vom Vorliegen einer verwaltungsrechtlichen Streitigkeit ausgeht, was letztlich auf die Frage hinausläuft, wie der positive Kompetenzkonflikt zwischen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund-Länder-Streitverfahren geregelt ist (I). Anschließend soll auf die Frage eingegangen werden, ob Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern über die Haftung nach Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG verfassungs- oder verwaltungsrechtliche Streitigkeiten sind (II). Zum Abschluss soll untersucht werden, ob das Land nicht eine für sich günstigere Entscheidung sowohl des BVerwG wie des BVerfG hätte erreichen können, wenn es eine etwas »aggressivere« Prozesstaktik verfolgt hätte (III).

I. Lösung positiver Kompetenzkonflikte zwischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit im Bund-Länder-Streit

a) Die Verwaltungsgerichte sind zur Entscheidung verfassungsrechtlicher föderaler Streitigkeiten schon kraft einfachen Rechts nicht berufen (§ 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Insofern ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG allein das BVerfG zuständig. Umgekehrt entscheidet das BVerfG über »andere öffentlich-rechtliche« föderale Streitigkeiten nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG i. V. mit § 13 Nr. 8, §§ 71 f. BVerfGG nur dann, wenn diese Streitigkeiten nicht einem anderen Gericht zugewiesen sind, wie dies eben nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO für verwaltungsgerichtliche föderale Streitigkeiten geschehen ist¹⁴. Sachlich zuständig für verwaltungsrechtliche föderale Streitigkeiten ist nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (regelmäßig) das BVerwG¹⁵. Aus dieser Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen BVerwG und BVerfG für föderale Streitigkeiten ergibt sich erkennbar die Möglichkeit von Kompetenzkonflikten. Der *negative Kompetenzkonflikt* wird jedoch durch die Vorlagepflicht nach § 50 Abs. 3 VwGO verhindert: Hält das BVerwG eine bei ihm anhängige föderale Streitigkeit für

6 Siehe hierzu etwa aus neuerer Zeit: *Bauer/Zirbes*, JuS 1997, 511 ff.; *Bleckmann*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 1993, Rdnr. 1532 ff.; *Cremer*, JuS 1996, 333 ff.; *F. Kirchhof*, NVwZ 1994, 105 ff.; *Littwin*, DVBl. 1997, 151, 156 f.; *Nopper* (Fußn. 4), S. 69 ff.; *U. Stelkens* (Fußn. 3), S. 250 ff.; *Storr*, in: Aulehner u. a. (Hrsg.), *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, 1997, S. 269 ff.

7 BVerwGE 96, 45, 56 ff. (= DVBl. 1994, 1307, 1310 f.); 100, 56, 60 f. (= DVBl. 1996, 986, 988); 104, 29, 32 ff. (= DVBl. 1997, 717, 718); BVerwG, NVwZ 1995, 991, 992 (= DVBl. 1995, 632 [Leitsatz]); RiA 1995, 240, 241.

8 BVerwGE 96, 45, 57 f. (= DVBl. 1994, 1307, 1310 f.).

9 BVerwG, NVwZ 1995, 991, 993.

10 BVerwGE 104, 29, 34 f. (= DVBl. 1997, 717, 718 f.).

11 BVerwGE 12, 253 f. (= DVBl. 1961, 663 f.); BVerwG, NJW 1976, 1468; BayVBl. 1980, 473, 474; BayVBl. 1987, 23; BVerwGE 96, 45, 48 (= DVBl. 1994, 1307, 1308); BVerwG, RiA 1995, 240 f.; NVwZ 1995, 991; BVerwGE 104, 29, 31 (= DVBl. 1997, 717).

12 So (mit unterschiedlicher Argumentation) auch *Bleckmann* (Fußn. 6), Rdnr. 1544; *Groß*, Die Haftung der Länder in der Auftragsverwaltung, Diss. 1961, S. 136 ff.; *Jeddeloh*, Die Frage der Haftung bei fehlerhafter Ausführung von Bundesgesetzen, 1970, S. 108; *Saipa*, DVBl. 1974, 188, 190; *L. Schmidt*, DÖV 1959, 803; *U. Stelkens* (Fußn. 3), S. 315 f.

13 BVerwG, NVwZ 1995, 991.

14 Siehe zum Verhältnis zwischen Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG und § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO aber auch BVerwGE 94, 297, 310 (= DVBl. 1996, 1365); 95, 250, 266; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, BVerfGG, Stand: Februar 1999, § 13 Rdnr. 95 e ff.

15 Zum Anwendungsbereich des § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO siehe aber auch *Bier*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand März 1999, § 50 Rdnr. 6 ff. m. w. N.; *P. Schmidt*, in: Eyer- mann (Begr.), Verwaltungsgerichtsordnung, 10. Aufl. 1998, § 50 Rdnr. 4.

eine verfassungsrechtliche Streitigkeit, so kann es die Klage nicht einfach als unzulässig abweisen, sondern hat die Frage der Rechtsnatur der Streitigkeit dem BVerfG zur Entscheidung vorzulegen. Hält das BVerfG in seiner auf die Vorlage ergehenden Entscheidung die Streitigkeit für eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit, so ist das BVerwG hieran gebunden¹⁶. Bejaht das BVerfG dagegen im Verfahren nach § 50 Abs. 3 VwGO seine Zuständigkeit, geht die wohl herrschende Meinung davon aus, dass es dem BVerfG nicht möglich ist, das Verfahren an sich zu ziehen¹⁷, vielmehr soll bei einer Bejahung der Vorlage das BVerwG verpflichtet sein, die Klage abzuweisen, so dass es nur dann zu einem Verfahren vor dem BVerfG kommt, wenn ein (neuer) Antrag beim BVerfG gestellt wird¹⁸. Der *positive Kompetenzkonflikt* ist demgegenüber für das Bund-Länder-Streitverfahren nicht geregelt. Dies ist unschädlich, soweit das BVerfG eine föderale Streitigkeit als verfassungsrechtliche Streitigkeit qualifiziert, obwohl es sich tatsächlich um eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit handelt: Dass kein Rechtsschutz gegen Fehlentscheidungen des BVerfG besteht, ist im Verfassungsprozessrecht angelegt. Problematischer ist dagegen der Fall, dass das BVerwG eine föderale verfassungsrechtliche Streitigkeit zu Unrecht für eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit hält und deshalb von einer Vorlage nach § 50 Abs. 3 VwGO absieht, da Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG dem BVerfG von Verfassungen wegen ein Monopol zur Entscheidung solcher Streitigkeiten zuweist, zu dessen Sicherung die Vorlagepflicht nach § 50 Abs. 3 VwGO statuiert ist¹⁹. Die Annahme, dass es verfassungsprozessual möglich ist, in diesem Fall Rechtsschutz vor dem BVerfG zu erlangen, liegt daher nahe – insbesondere auch, weil es für die Vorlage nach § 50 Abs. 3 VwGO nicht ausreicht, dass Zweifel über die Rechtsnatur der Streitigkeit bestehen, sondern das BVerwG von der verfassungsrechtlichen Natur der Streitigkeit überzeugt sein muss²⁰.

b) Um Fehlentscheidungen des BVerwG in diesem Bereich zu korrigieren, könnte zunächst die Erhebung einer *Verfassungsbeschwerde* gegen das Urteil des BVerwG geeignet sein, gestützt auf die Behauptung, das BVerwG habe gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verstoßen, auf das sich auch Bund und Länder berufen können²¹ und das auch verletzt sein kann, wenn ein Gericht die Verpflichtung zur Vorlage an ein anderes Gericht außer Acht lässt²². Jedoch setzt eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG voraus, dass ein Gericht Verfahrensvorschriften willkürlich unrichtig aus-

legt oder die Bedeutung und Tragweite des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennt²³. Einen solchen Vorwurf wird man dem BVerwG in der vorliegenden Fallkonstellation regelmäßig nicht machen können. Im Übrigen wäre die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde auch nicht zu einer endgültigen – auch materiellrechtlichen – Klärung der von dem positiven Kompetenzkonflikt betroffenen Streitigkeit geeignet: Wenn das BVerfG die Verfassungsbeschwerde für begründet erachten würde, könnte es gemäß § 95 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG nur das Urteil des BVerwG aufheben. Damit würde die Sache erneut beim BVerwG anhängig, das nunmehr die Vorlageentscheidung nach § 50 Abs. 3 VwGO treffen müsste. Hielte das BVerfG auch daraufhin die Streitigkeit für eine verfassungsrechtliche Streitigkeit, müsste das BVerwG die Klage als unzulässig abweisen (s. o. I a). Damit müsste selbst bei unterstelltem Erfolg einer auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gestützten Verfassungsbeschwerde zur endgültigen Klärung der Streitigkeit schließlich ein Bund-Länder-Streitverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG vor dem BVerfG durchgeführt werden.

c) Daher ist nachvollziehbar, dass das Land hier unmittelbar ein Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG gegen den Bund eingeleitet hat. Erfolg konnte dieser Antrag aber nur haben, wenn das Land einen tauglichen Gegenstand des Bund-Länder-Streits nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG benannt hatte. Das Land konnte also nicht abstrakt die Frage der Haftung der Länder für eine fehlerhafte Verwendung von Bundesmitteln klären lassen, sondern musste eine konkrete »Maßnahme« des Bundes i. S. des § 69 i. V. mit § 64 BVerfGG benennen, die seine Rechte verletzen könnte²⁴. Eine »Maßnahme« in diesem Sinne liegt in jedem rechtserheblichen Handeln des Antragsgegners²⁵. Bund und Länder handeln als juristische Personen notwendig durch ihre Organe, so dass sich der Antrag gegen das Handeln eines Bundesorgans richten musste. Das Land hielt hier schon das Urteil des BVerwG selbst für eine solche »Maßnahme« des Bundes. Zutreffend ist insoweit, dass das BVerwG – wie Art. 95 Abs. 1 GG zeigt – ein Bundesorgan ist, dessen Handeln deshalb dem Bund grundsätzlich auch zuzurechnen ist. Auch stellen § 69 i. V. mit § 64 Abs. 1 BVerfGG nicht darauf ab, dass die angegriffene Maßnahme gerade der Bundesregierung zurechenbar sein muss, die nach § 68 BVerfGG für den Bund auftritt²⁶. Formal lassen sich somit durchaus auch Rechtsprechungsakte der obersten Bundesgerichte dem Bund zurechnen. Diese als »Maßnahme« des Bundes anzuerkennen, könnte jedoch entgegenstehen, dass auf diesem Wege Verstöße des

16 Siehe hierzu *Bier* (Fußn. 15), § 50 Rdnr. 14.

17 So aber *Sachs*, DÖV 1981, 707 ff. Für möglich gehalten von *P. Schmidt* (Fußn. 15), § 50 Rdnr. 11.

18 *Bier* (Fußn. 15), § 50 Rdnr. 14; *Kopp/Schenke*, VwGO, 11. Aufl. 1998, § 50 Rdnr. 10; *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 9 Rdnr. 24; *Ziekow*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), *Nomos-Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung*, Stand: November 1999, § 50 Rdnr. 10.

19 *Bier* (Fußn. 15), § 50 Rdnr. 14.

20 BVerwGE 50, 124, 130; *Bier* (Fußn. 15), § 50 Rdnr. 14; *Kopp/Schenke* (Fußn. 18), § 50 Rdnr. 10.

21 BVerfGE 6, 45, 49.

22 BVerfGE 87, 282, 285 (= DVBl. 1993, 167 [Leitsatz]).

23 BVerfGE 82, 286, 299 (= DVBl. 1990, 995, 996).

24 Zur kontradiktorischen Ausgestaltung des Verfahrens nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG durch das BVerfGG siehe: *Benda/Klein*, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, 1991, Rdnr. 982; *Pestalozza* (Fußn. 18), § 9 Rdnr. 5.

25 *Clemens*, in: *Umbach/Clemens*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992, §§ 63, 64 Rdnr. 138; *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 4. Aufl. 1996, Vor § 63 Rdnr. 9.

26 Dementsprechend wurden auch Maßnahmen der Legislative als im Bund-Länder-Streit rügefähige Maßnahmen anerkannt: BVerfGE 1, 14, 30.

BVerwG gegen § 50 Abs. 3 VwGO nur dann verfassungsgerichtlich überprüft werden könnten, wenn das Urteil in Rechte der Länder eingreift. Hätte das BVerwG dagegen über die Klage eines Landes gegen den Bund zu entscheiden gehabt und dieser Klage stattgegeben, ohne nach § 50 Abs. 3 VwGO vorzulegen, besteht ebenfalls das Bedürfnis nach einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung. Jedoch kann die Maßnahme eines Bundesorgans nicht vom Bund selbst im Rahmen des Bund-Länder-Streits überprüft werden, obwohl der Verfahrensausgang von der »Staatsspitze« wegen Art. 97 Abs. 1 GG in diesem Fall genauso wenig beeinflusst werden kann wie im umgekehrten Fall. Daher ist es wohl zutreffend, wenn angenommen wird, dass Gerichtsentscheidungen nicht Gegenstand eines Bund-Länder-Streits sein können²⁷. Einzelne gerichtliche Fehlurteile begründen zudem nicht die Gefahr einer Verletzung von Rechten der jeweils anderen Seite. Eine solche Gefahr entsteht erst, wenn sie von der »Staatsspitze« als verbindliche Umsetzung des geltenden Rechts angesehen und von ihr gebilligt werden, was man zumindest immer dann anzunehmen hat, wenn sie gerade auf Klage bzw. Antrag der »Staatsspitze« ergehen²⁸. Streitgegenstand im Bund-Länder-Streit konnte somit hier nur die auf Erlass des Urteils des BVerwG gerichtete Maßnahme des zuständigen Bundesministers sein, also die *Klageerhebung durch den Bund*, welche am 5. 5. 1992 erfolgt war und auf die der Antrag des Landes ebenfalls abgestellt hatte. Diese Maßnahme ist auch rechtserheblich, insbesondere wird man sie – gerade weil das Urteil des BVerwG selbst nicht im Bund-Länder-Streit angegriffen werden kann – auch nicht nur als bloße Vorbereitungshandlung werten können. In diese Richtung sind wohl auch die Ausführungen des BVerfG in dem hier zu besprechenden Beschluss zu verstehen²⁹. Die Klageerhebung als solche für einen tauglichen Streitgegenstand zu halten, wird zudem durch den im Verwaltungsprozessrecht geltenden Dispositionsgrundsatz gerechtfertigt, aus dem sich ergibt, dass ein der Klage stattgebendes Urteil immer (auch) dem Kläger zuzurechnen ist. Folgt man dem, scheint es aber auf den ersten Blick nahe zu liegen, dass das BVerfG den am 30. 7. 1995 gestellten Antrag des Landes als nach § 69 i. V. mit § 64 Abs. 3 BVerfGG verfristet ansah³⁰.

d) Hierbei geht das BVerfG indes davon aus, dass es dem Land rechtlich möglich gewesen wäre, während des laufenden Verfahrens vor dem BVerwG dieselbe Sache vor das BVerfG zu bringen. Nach allgemeinen gerichtsverfahrensrechtlichen Grundsätzen hätten jedoch nach dem Grundsatz des § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG, welcher kraft Verweisung auf das GVG in den übrigen Verfahrensordnungen³¹ für alle Fachgerichtsbarkeiten gilt, weder der Bund

noch das Land dieselbe Sache vor einem anderen Gericht anhängig machen dürfen, während sie vor dem BVerwG rechtshängig ist. Diese *Einrede anderweitiger Rechtshängigkeit* hätte auch ausgeschlossen, dass das Land vor dem BVerwG oder einem anderen Fachgericht eine auf die Feststellung gerichtete Klage erhebt, dass kein Anspruch des Bundes auf Schadensersatz besteht, da diese Klage als bloße Negation des Klageanspruchs des Bundes »dieselbe Sache« i. S. des § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG gewesen wäre³². Sinn und Zweck des § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG ist allgemeiner Ansicht nach, den doppelten Aufwand an Zeit, Mühe und Kosten und doppelte, sich u. U. widersprechende Entscheidungen zu vermeiden³³. Weil hiermit auch Interessen der Allgemeinheit betroffen sind, sind entgegen § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG erhobene Klagen bzw. gestellte Anträge ohne nähere Sachprüfung von Amts wegen als unzulässig abzuweisen, und zwar ohne Rücksicht auf die Zulässigkeit des Rechtsweges³⁴. Unterstellt man nun, § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG wäre auch auf das Verhältnis zwischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit anwendbar, hätte das Land den Antrag auf Einleitung des Bund-Länder-Streitverfahrens nicht innerhalb der Frist des § 69 i. V. mit § 64 Abs. 3 BVerfGG stellen können. Es hätte somit für das Land *aus Rechtsgründen* keine Möglichkeit bestanden, das BVerfG anzurufen, nachdem und solange dieselbe Sache beim BVerwG rechtshängig war. Man wird aber davon ausgehen müssen, dass die Frist nach § 69 i. V. mit § 64 Abs. 3 BVerfGG nicht beginnen kann, solange aus Rechtsgründen die Stellung eines Antrags auf Einleitung eines Bund-Länder-Streits nicht möglich ist. Andernfalls könnte die Durchführung von Bund-Länder-Streitigkeiten vor dem BVerfG schon dadurch verhindert werden, dass der potenzielle Antragsgegner wegen derselben Sache vorher eine Klage bei einem Fachgericht erhebt, das über die Frage seiner Zuständigkeit regelmäßig nicht innerhalb von sechs Monaten entscheiden wird. Dies zu ermöglichen kann nicht Sinn der Frist des § 69 i. V. mit § 64 Abs. 3 BVerfGG sein und ergibt sich auch nicht daraus, dass die Rechtsbehelfsfristen der Verfahrensordnungen für die Fachgerichtsbarkeiten eine solche Fristenhemmung nicht vorsehen. Dies wird bei den Fachgerichten dadurch kompensiert, dass in einem solchen Fall unproblematisch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden kann³⁵. Da das BVerfG eine solche Wiedereinsetzung jedoch nach Ablauf der Fristen des BVerfGG (außerhalb des Anwendungsbereichs des § 93 Abs. 2 BVerfGG) für ausgeschlossen hält³⁶, muss gerade deshalb der Beginn ver-

27 So etwa *Benda/Klein* (Fußn. 24), Rdnr. 995; *Robbers*, Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 1996, S. 67.

28 Vgl. auch BVerfGE 21, 312, 328, und 95, 250, 261 f., wonach Verwaltungsakte unterer Behörden keine im Bund-Länder-Streit rügefähige Maßnahmen sind.

29 BVerfGE 99, 361, 365.

30 BVerfGE 99, 361, 365 f.

31 § 48 ArbGG, § 173 VwGO, § 202 SGG, § 105 FGO.

32 BGH, NJW 1989, 2064 f.; *Kissel*, Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Aufl. 1994, § 17 Rdnr. 13; *Remmert*, in: Eyermann (Fußn. 15), § 41 Rdnr. 17; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 15. Aufl. 1993, § 100 III 1 c, S. 569.

33 *Remmert*, in: Eyermann (Fußn. 15), § 41 Rdnr. 11; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fußn. 32), § 100 III 1, S. 568 f.; *M. Wolf*, in: Lüke/Walchshöfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 1992, § 17 GVG Rdnr. 8.

34 BGH, NJW 1998, 231 m. w. N.

35 §§ 233 ff. ZPO, §§ 44 ff. StPO, § 9 Abs. 5 ArbGG, § 60 VwGO, § 67 SGG, § 56 FGO.

36 Siehe hierzu *Benda/Klein* (Fußn. 24), Rdnr. 156 ff.; *Pestalozza* (Fußn. 18), § 2 Rdnr. 46.

fassungsprozessualer Fristen dann gehemmt sein, wenn eine fristgerechte Antragstellung aus Rechtsgründen unmöglich ist. Andernfalls würde die Fristenregelung i. V. mit dem Rechtshindernis zu einem vollständigen Ausschluss des verfassungsgerichtlichen Verfahrens im konkreten Fall führen, was von Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG nicht gedeckt wäre. Bei unterstellter Anwendbarkeit des § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG könnte hier die Frist nach § 69 i. V. mit § 64 Abs. 3 BVerfGG somit erst mit Verkündung des Urteils des BVerwG beginnen.

e) Wenn also der Rechtsgedanke des § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG auch im Verhältnis zwischen Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit anwendbar wäre, wäre der Antrag des Landes, welcher innerhalb von sechs Monaten nach der Verkündung des Urteils des BVerwG gestellt worden ist, nicht verfristet gewesen. Dem steht nicht entgegen, dass für das Verfassungsprozessrecht eine § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG entsprechende Regelung fehlt, da Lücken im Verfassungsprozessrecht durch Analogie zum sonstigen deutschen Verfahrensrecht geschlossen werden können³⁷. Dies muss auch für den Rechtsgedanken des § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG gelten, dessen Sinn und Zweck zumindest in der hier vorliegenden Fallkonstellation greift: Seine Geltung würde verhindern, dass der Antragsteller bei Bund-Länder-Streitigkeiten dieselbe Sache sowohl vor dem BVerfG wie vor dem BVerwG anhängig macht³⁸, was angesichts der Überlastung sowohl des BVerfG wie des BVerwG nicht wünschenswert ist³⁹. Dass dies der Gesetzgeber ebenso sieht, zeigt insbesondere § 50 Abs. 3 VwGO, welcher davon ausgeht, dass während eines laufenden Verfahrens vor dem BVerwG kein Antrag nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG gestellt werden kann: Dieses Vorlageverfahren soll beim BVerfG die Entscheidung darüber zu monopolisieren, ob eine bestimmte Bund-Länder-Streitigkeit verfassungsrechtlichen Charakter hat. Bejaht das BVerfG dies, muss es aber noch möglich sein, die Streitigkeit dann auch noch zur Entscheidung vor das BVerfG zu bringen. Es liegt daher nahe, gerade auch aus § 50 Abs. 3 VwGO zu schließen, dass § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG zumindest bei Bund-Länder-Streitigkeiten auch im Verhältnis zwischen BVerfG und BVerwG Anwendung findet.

Dennoch halten BVerfG⁴⁰ und BVerwG⁴¹ § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG in der hier vorliegenden Fallkonstellation für nicht anwendbar⁴². Das BVerwG nimmt insoweit an, dass § 17 GVG von einer Einheit der Gerichtsbarkeit ausgehe, welche sich nur aus den Verweisungsmöglichkeiten ergebe, die zwischen den Fachgerichten – aber auch nur zwischen den Fachgerichten – bestünden⁴³. Jedoch ist

§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG nicht als Annex zu den Verweisungsregeln zu verstehen, sondern hat vor allem die Funktion, die Prozessökonomie zu wahren und zu verhindern, dass sich widersprechende Urteile ergeben (s. o. I d)⁴⁴. Das BVerfG begründet die Nichtanwendbarkeit des § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG überhaupt nicht näher⁴⁵, scheint aber zu befürchten, dass seine Anwendbarkeit zur Folge haben könnte, dass der Verfassungsrechtsweg für die in Frage stehende Streitigkeit gänzlich ausgeschlossen wird⁴⁶. § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG monopolisiert jedoch nicht die Entscheidung bei einem an sich unzuständigen Gericht endgültig, sondern vermeidet, dass eine Partei »aus Sicherheitsgründen« bezüglich derselben Sache gleichzeitig alle möglicherweise zuständigen Gerichte anruft: Zunächst soll das zuerst angerufene Gericht über seine Zuständigkeit entscheiden, bevor dieselbe Sache vor einem anderen Gericht anhängig gemacht werden kann⁴⁷.

f) Die Gründe, mit denen das BVerwG und das BVerfG die Geltung des § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG ablehnen, sind somit nicht überzeugend. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, so gilt für den Fall, dass ein Bund-Länder-Streit zu Unrecht vor das BVerwG gebracht wird, dass den Verfahrensbeteiligten entgegen der Auffassung des BVerfG entsprechend § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG versagt ist, dieselbe Streitigkeit zugleich vor das BVerfG zu bringen. Vielmehr müssen sie abwarten, ob das BVerwG die Sache nach § 50 Abs. 3 VwGO dem BVerfG vorlegt. Tut es dies nicht, sondern gibt es der Klage statt, so kann der Beklagte nach Verkündung des Urteils des BVerwG ein Bund-Länder-Streitverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG einleiten, gerichtet gegen die Klageerhebung durch den Kläger, welche als »Maßnahme« i. S. des § 69 i. V. mit § 64 Abs. 1 BVerfGG anzusehen ist. Die Frist nach § 69 i. V. mit § 64 Abs. 3 BVerfGG beginnt insoweit entgegen der Auffassung des BVerfG erst mit Verkündung des Urteils des BVerwG.

II. Rechtsnatur von Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern über die Haftung nach Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG

a) Die Zulässigkeit des Antrags des Landes hing weiterhin davon ab, ob es sich bei der vorliegenden Streitigkeit tatsächlich um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit i. S. des Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG handelte. Eine verfassungsrechtliche föderale Streitigkeit liegt nach den gängigen Umschreibungen vor, wenn eine Streitigkeit zwischen Bund und Ländern im Grundgesetz »wurzelt« und entscheidend vom Grundgesetz geprägt ist⁴⁸. Wie bereits erwähnt, sieht das BVerwG ein solches materielles Verfassungsrechtsverhältnis bei Streitigkeiten um Schadensersatzverpflichtungen nach Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG im Kern

37 BVerfGE 1, 109, 111 f.; 6, 376, 383; 33, 199, 203 f.; 33, 247, 261 f.; 51, 405, 406; 64, 301, 317; *Lechner/Zuck* (Fußn. 25), Vor § 17 Rdnr. 1; *Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Aufl. 1997, Rdnr. 51 ff.

38 So in der Tat geschehen im Fall von BVerwGE 50, 124 ff., von BVerfGE 84, 25 ff., und von BVerwG, NVwZ 1998, 500.

39 So auch *Dittmann*, DVBl. 1978, 244, 248.

40 BVerfGE 84, 25, 30.

41 BVerwGE 50, 124, 129; vgl. auch BVerwG, NVwZ 1998, 500.

42 So auch *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fußn. 15), § 40 Rdnr. 202; § 41 Rdnr. 17; *Kopp/Schenke* (Fußn. 18), § 90 Rdnr. 15.

43 BVerwGE 50, 124, 129.

44 *Dittmann*, DVBl. 1978, 244, 248.

45 BVerfGE 84, 25, 30.

46 In diese Richtung auch *Lechner/Zuck* (Fußn. 25), § 33 Rdnr. 1.

47 *Dittmann*, DVBl. 1978, 244, 248 Fußn. 57.

48 *Beibge* (Fußn. 14), § 69 Rdnr. 19 ff.; *Lechner/Zuck* (Fußn. 25), Vor § 68 Rdnr. 5; *Ziekow* (Fußn. 18), § 50 Rdnr. 5.

nicht als berührt an⁴⁹. In einem Fall, in dem der Bund Gelder auf Grundlage des Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG von einem Land zurück verlangt hatte, die er ihm nach Art. 104 a Abs. 3 GG i. V. mit § 56 Abs. 1 BAföG geleistet hatte, die aber auf Landesebene veruntreut worden waren, begründete es dies etwa damit, dass die Wurzel des Streites im einfachen Gesetzesrecht liege; er betreffe die Frage, welche Rechtsfolgen sich im konkreten Fall aus dem fehlerhaften Vollzug des BAföG und daraus ergäben, dass der Bund nach § 56 Abs. 1 BAföG 65 % der bei der Ausführung des Gesetzes entstehenden Ausgaben tragen müsse⁵⁰. Das BVerfG ist demgegenüber bisher davon ausgegangen, dass auch Streitigkeiten über die Finanzverfassung des Grundgesetzes und die Finanzierungs Kompetenzen nach Art. 104 a GG verfassungsrechtliche föderale Streitigkeiten seien⁵¹. Dies ergibt sich bereits daraus, dass sich die Frage, ob bestimmte Ausgaben nach Maßgabe des Art. 104 a GG vom Bund oder von den Ländern zu tragen sind, – wie Art. 104 a Abs. 1 Halbsatz 2 GG zeigt – allein nach dem Grundgesetz bestimmt. Leitet also der Bund oder ein Land aus Art. 104 a GG bestimmte Finanzierungsansprüche gegenüber der anderen Seite her, geht es um die grundgesetzliche Finanzierungs kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern. Dass Streitigkeiten über die grundgesetzliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern verfassungsrechtliche föderale Streitigkeiten sind, ist jedoch völlig unstrittig⁵². Dem steht auch in Bezug auf Streitigkeiten nach Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG nicht entgegen, dass man – wenn man diese Vorschrift überhaupt für unmittelbar anwendbar hält – zur Klärung der Frage, ob »ordnungsmäßige Verwaltung« i. S. dieser Vorschrift vorliegt, u. U. auch einfaches Recht heranziehen muss. Dies ändert nichts daran, dass im Kern um Ansprüche aus der Finanzverfassung gestritten wird, was nicht ausschließt, dass Tatbestands voraussetzung eines solchen Anspruchs u. a. auch ein Verstoß gegen einfaches Recht sein kann. Hiervon geht etwa auch Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG aus, welcher ausdrücklich Streitigkeiten über die Ausführung von Bundesrecht durch die Länder (Art. 84 Abs. 4 GG) und über die Ausführung der Bundesaufsicht zu verfassungsrechtlichen föderalen Streitigkeiten erklärt, obwohl zur Entscheidung solcher Streitigkeiten regelmäßig auch die Auslegung einfachen Rechts maßgeblich sein wird. Dementsprechend sind sowohl das BVerfG⁵³ wie das BVerwG⁵⁴ der Auffassung, dass Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit von Weisungen nach Art. 85 Abs. 3 GG schlechthin verfassungsrechtlicher Natur sind, auch wenn die Weisung mit dem Argument angegriffen wird, sie verstoße gegen einfaches Recht⁵⁵ (s. hierzu auch u. III b).

49 Siehe oben Fußn. 11.

50 BVerwGE 96, 45, 48 f. (= DVBl. 1994, 1307, 1308); ebenso BVerwG, RiA 1995, 240.

51 BVerfGE 41, 291, 303; 95, 250, 262.

52 BVerfGE 81, 310, 330 (= DVBl. 1990, 763, 765); 92, 203, 226 f.; *Bethge* (Fußn. 14), § 69 Rdnr. 21; *Lechner/Zuck* (Fußn. 25), Vor § 68 Rdnr. 6.

53 BVerfGE 81, 310, 331 (= DVBl. 1990, 763, 765); 84, 25, 30.

54 BVerwG, NVwZ 1998, 500, 501.

b) Die verfassungsrechtliche Natur von Streitigkeiten um Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG wird zudem deutlich, wenn man in die Überlegung mit einbezieht, dass sich die Antragsbefugnis des Landes nach § 69 i. V. mit § 64 BVerfGG im vorliegenden Fall – es ging um die Rückforderung von nach Art. 104 a Abs. 2 GG geleisteten Bundesmitteln, welche auf Landesebene veruntreut worden waren – nur aus Art. 104 a Abs. 2 GG ergeben konnte: Aus dieser Vorschrift ergibt sich die verfassungsrechtliche Pflicht des Bundes, die Zweckausgaben der Bundesauftragsverwaltung zu tragen. Damit begründet Art. 104 a Abs. 2 GG – wie etwa auch Art. 104 a Abs. 3 und Art. 120 Abs. 1 Satz 1 GG – spiegelbildlich auch entsprechende verfassungsrechtliche Finanzierungsansprüche der Länder⁵⁶. Die sich hieraus ergebenden Länderrechte sind verletzt, wenn der Bund bereits erstattete Geldleistungen mit gerichtlicher Hilfe zurückfordert, ohne dass dies durch eine andere Verfassungsbestimmung – wie etwa durch Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG – gerechtfertigt wird (Art. 104 a Abs. 1 Halbsatz 2 GG). Damit ist etwa die Frage, inwieweit bei Ausführung der Bundesauftragsverwaltung gegen einfaches Recht verstoßen wird, allenfalls Vorfrage eines im Verfassungsrecht wurzelnden Streites. Im Übrigen steht auch gar nicht von vornherein fest, dass es im Anwendungsbereich des Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG überhaupt auf einfachgesetzliche Vorschriften ankommt. Dies hängt davon ab, welchen Haftungsmaßstab Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG anordnet: Folgt man etwa der Auffassung, dass eine Haftung für ordnungswidrige Verwaltung nach Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG letztlich nur bei »Lenkungsversagen« von Parlament und/oder Regierung in Betracht kommt, so dass bloß rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten einzelner Bediensteter keine Haftung nach dieser Bestimmung auszulösen vermag⁵⁷, erscheint als Kern des Rechtsstreits nicht die Frage, wie z. B. ein bestimmtes Gesetz richtigerweise hätte ausgelegt werden müssen, sondern – viel allgemeiner – ob Bund und Länder ihrer verfassungsrechtlichen Verpflichtung zu ordnungsmäßiger Verwaltungsorganisation schlechthin nachgekommen sind. Bei einem solchen Verständnis werden Schadensersatzstreitigkeiten nach Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG auf die föderalistische, staatsrechtliche geprägte Ebene gehoben, nicht anders als die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG ausdrücklich erwähnten Meinungsverschiedenheiten über die Ausführung von Bundesrecht durch die Länder oder die Ausübung der Bundesaufsicht⁵⁸. Auch wenn man sich dieser Auffassung nicht anschließen vermag, zeigt sie deutlich, dass die Annahme einer verwaltungsrechtlichen Streitigkeit das Ergebnis der Begründetheitsprüfung vorwegnimmt, indem sie als selbstverständlich voraussetzt, dass die von Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG angesprochene »Ordnung« die des

55 A. A. allerdings *Benda/Klein* (Fußn. 18), Rdnr. 994; *Eblers*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (Fußn. 15), § 40 Rdnr. 200.

56 So *U. Stelkens* (Fußn. 3), S. 42, S. 62 f., S. 315 f.; ähnlich *Nopper* (Fußn. 4), S. 90 ff.

57 *U. Stelkens* (Fußn. 3), S. 307 ff.

58 *U. Stelkens* (Fußn. 3), S. 316.

einfachen Rechtes ist, wie dies in der Literatur teilweise angenommen wird⁵⁹.

c) In dem hier zu besprechenden Beschluss ist das BVerfG jedoch weder der Auffassung des BVerwG noch der hier vertretenen Auffassung gefolgt, sondern hat einen Mittelweg eingeschlagen, indem es differenziert hat zwischen der »Berühmung« des Bundes, aus Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG einen Anspruch herleiten zu können – dies begründe ein materielles Verfassungsrechtsverhältnis –, und der Festsetzung des Schadenersatzanspruches im Einzelfall, welche ausschließlich auf einfachem Recht beruhe⁶⁰. Diese Differenzierung läuft jedoch darauf hinaus, entgegen § 69 i. V. mit § 64 Abs. 1 BVerfGG (s. o. I c) im anhängig gemachten Bund-Länder-Streitverfahren nicht über die Verfassungsmäßigkeit einer konkreten Maßnahme des Bundes zu entscheiden, sondern allein eine zwischen dem Bund und dem Land streitige abstrakte Rechtsfrage zu klären, nämlich die Frage, ob sich überhaupt – generell und unabhängig vom konkreten Anlassfall – Ansprüche aus Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG herleiten lassen. Hierin liegt eine gesetzlich nicht gestattete Selbstbeschränkung des BVerfG auf die Entscheidung bloßer Vorfragen. Das BVerfG hätte somit die Streitigkeit schlechthin zu einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit erklären müssen.

III. Möglichkeiten einer »aggressiveren« Prozesstaktik der Länder gegenüber der Geltendmachung von Haftungsansprüchen durch den Bund

a) Nachdem das BVerfG nun einmal anderweitig entschieden hat, ist natürlich höchst unwahrscheinlich, dass es sich in nachfolgenden Entscheidungen den hier vertretenen Auffassungen anschließen wird. Daher dürfte es für die Länder prozesstaktisch interessant sein, aus der Verteidigung in die Offensive zu gehen und ihrerseits den Bund auf Grundlage des Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG Schadenersatzforderungen auszusetzen. Das BVerfG hat nämlich in einem obiter dictum in seinem ersten Urteil zu den Grenzen der Weisungsbefugnis bei Bundesauftragsverwaltung angedeutet, dass der Bund gegenüber den Ländern auf Grundlage des Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG eintreten muss, wenn er einem Land eine rechtswidrige Weisung erteilt und diesem hierdurch besondere Kosten entstehen⁶¹. Solche Kosten können etwa darin liegen, dass den Ländern durch den Vollzug rechtswidriger Weisungen und Verwaltungsvorschriften Prozesskosten entstehen oder dass hierdurch Haftungsverpflichtungen gegenüber Dritten ausgelöst werden. Ebenso ist möglich, dass Folge eines Vollzugs rechtswidriger Weisungen und Verwaltungsvorschriften ist, dass die grundsätzlich nach Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 1 GG von den Ländern zu tragenden Verwaltungsausgaben bzw. die von den Ländern nach Art. 104 a Abs. 3 Satz 1 GG zu tra-

genden Eigenanteile an den Zweckausgaben eines Bundesgeldleistungsgesetzes steigen oder Einnahmeausfälle im Bereich der Gemeinschaftssteuern entstehen⁶². Art. 104 a Abs. 1 GG und das Verwaltungskostenerstattungsverbot des Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 1 GG stünden einer Haftung des Bundes in solchen Fällen nicht entgegen, da Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG diesen Bestimmungen als Spezialregelung vorgeht⁶³. Je nach dem, wie man den Begriff der »ordnungsmäßigen Verwaltung« versteht, kommt hier auch eine sehr strenge Haftung des Bundes gegenüber den Ländern in Betracht.

b) Die praktische Relevanz einer Haftung des Bundes gegenüber den Ländern auf Grundlage des Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG zeigt zudem etwa der zur Zeit beim BVerfG (2 BvG 1/96) anhängige Fall (die mündliche Verhandlung hat am 28. 3. 2000 stattgefunden), den das BVerwG in einem Vorlagebeschluss nach § 50 Abs. 3 VwGO vom 6. 6. 1997 als eine verfassungsrechtliche Streitigkeit ansah⁶⁴: Das Land Schleswig-Holstein geht hier gegen eine Weisung des Bundes vor, durch die es verpflichtet werden soll, eine Bundesstraße zu einer Landstraße herabzustufen, mit der Folge, dass es nunmehr anstelle des Bundes Träger der Straßenbaulast wird. Gegenstand des Streites ist insbesondere die Frage, ob die Weisung gegen § 2 Abs. 4 FStrG verstößt und deshalb wegen Verstoßes gegen einfaches Recht rechtswidrig ist. Hier könnte man aufgrund der Rspr. des BVerfG⁶⁵ annehmen, dass im Bereich der Bundesauftragsverwaltung von den Ländern der Verstoß einer Weisung gegen einfaches Recht wegen fehlender Klage- bzw. Antragsbefugnis weder im verwaltungsgerichtlichen noch im verfassungsgerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden kann, auch dann nicht, wenn diese Weisung unmittelbare Folgen für den Landeshaushalt hat⁶⁶. Damit wird das Land indes nicht zwingend rechtsschutzlos gestellt: Vielmehr wäre vorstellbar, dass das Land, wenn man das Verhalten des Bundes in diesem Fall als »ordnungswidrige Verwaltung« ansieht, auf Grundlage des Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG alle mit der rechtswidrigen Herabstufung verbundenen Folgekosten vom Bund ersetzt verlangen kann.

c) Als prozesstaktischer Ausweg aus der verworrenen Situation bietet sich damit für die Länder an, jedes Mal dann, wenn der Bund ihnen gegenüber einen Schadenersatzanspruch nach Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG geltend machen will, einen entsprechenden Schadenersatzanspruch des Landes gegenüber dem Bund für fehlerhafte Weisungen und Verwaltungsvorschriften im Wege

59 So etwa *Kummer* (Fußn. 4), S. 114 ff. und 227 ff.; *Rudisile*, DÖV 1985, 909, 911 ff.; *Storj* (Fußn. 6), S. 283 ff.

60 BVerfGE 99, 361, 365 f.

61 BVerfGE 81, 310, 333 (= DVBl. 1990, 763, 766). Siehe hierzu *U. Stelkens* (Fußn. 3), S. 278 ff.

62 Siehe hierzu *U. Stelkens*, (Fußn. 3), S. 101 ff., S. 257 ff.

63 Siehe hierzu *U. Stelkens*, (Fußn. 3), S. 271 ff.; a. A. war man insbesondere in den Beratungen zur Staatshaftungsreform, siehe hierzu *Pfab*, Staatshaftung in Deutschland, 1997, S. 165 ff.; *U. Stelkens*, (Fußn. 3), S. 223 ff.

64 BVerwG, NVwZ 1998, 500. Für das Vorliegen einer verwaltungsrechtlichen Streitigkeit dagegen *Grupp*, in: Marschall/Schroeter/Kastner, Bundesfernstraßengesetz (FStrG), 5. Aufl. 1998, § 1 Rdnr. 5; *Zillmer*, DÖV 1995, 49 ff.

65 BVerfGE 81, 310, 333 f. (= DVBl. 1990, 763, 766); 84, 25, 33.

66 So wohl *Benda/Klein* (Fußn. 18), Rdnr. 994; *Eblers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 40 Rdnr. 200. A. A. für diesen Fall *Grupp* (Fußn. 64), § 1 Rdnr. 5; *Zillmer*, DÖV 1995, 49, 53 ff.

der Widerklage geltend zu machen oder mit einem solchen Anspruch aufzurechnen. Gerade der Umstand, dass der Bund im Bereich der Gemeinschaftssteuern in Verwaltungsvorschriften eine Vielzahl gesetzlich nicht vorgesehener Steuervergünstigungen gewährt⁶⁷, was auch zu Mindereinnahmen der Länder führt, dürfte sicherstellen, dass nahezu jedem Haftungsanspruch des Bundes ein Haftungsanspruch des Landes zumindest in gleicher Höhe gegenüber steht. Der Bund könnte dagegen noch nicht einmal einwenden, dass der jeweilige Landesvertreter im Bundesrat u. U. der entsprechenden Verwaltungsvorschrift oder Weisung zugestimmt hat, da der Bundesrat ein Bundesorgan ist⁶⁸, so dass sich der Bund und nicht das Land dessen Fehlverhalten zurechnen lassen muss⁶⁹. Eine solche Strategie der Länder könnte auch der Einsicht den Weg öffnen, dass es nur als mäßig sinnvoll erscheint, Schadensersatzansprüche zwischen Bund und Ländern zu gewähren, da sich die weitgehend aus dem Zivilrecht ent-

stammenden Wertungen, mit denen ihre Existenz gerechtfertigt wird, nicht auf das Bund-Länder-Verhältnis übertragen lassen⁷⁰. Vor allem dies ist ein Argument dafür, den Haftungsmaßstab des Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG möglichst restriktiv auszulegen, etwa in die Richtung der Auffassung, die eine »ordnungswidrige Verwaltung« nur bei Lenkungsversagen von Parlament und/oder Regierung annehmen will (s. o. II b). Eine solche restriktive Auslegung schließt es jedenfalls nicht aus, bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit den für die Schädigung verantwortlichen Amtswalter – auch Regierungsmitglieder⁷¹ – ggf. im Wege der Drittschadensliquidation persönlich haftbar zu machen⁷². Damit besteht auch keine Gefahr, dass ein weitgehender Ausschluss einer Haftung nach Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG der Verschwendung von Bundesmitteln durch Landesbedienstete Tür und Tor öffnet⁷³.

67 Siehe hierzu *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Band III, 1993, S. 1168 f. m. w. N.

68 *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Aufl. 1984, § 19 III 8 c, S. 731.

69 Zu der hiermit angesprochenen Frage, ob für eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB bei Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GG überhaupt Raum ist, siehe BVerwG, NVwZ 1995, 991, 993; *Kummer* (Fußn. 4), S. 188; *Rudisile*, DÖV 1985, 909, 916; *U. Stelkens* (Fußn. 3), S. 276; *Vogel/P. Kirchhof* in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Loseblatt, Art. 104 a Rdnr. 167, 173 (Bearbeitung 1971).

70 *U. Stelkens* (Fußn. 3), S. 40 f. und 409 ff. Ebenso *Broß*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 3. Aufl. 1996, Art. 84 Rdnr. 45, und wohl auch *F. Kirchhof*, Gutachten D zum 61. Deutschen Juristentag, 1996, S. D 72.

71 *U. Stelkens*, DVBl. 1998, 300, 304 f.; a. A. *Endell*, NdsVBl. 1997, 152 ff.

72 Vgl. BVerwG, DVBl. 1995, 626; *U. Stelkens* (Fußn. 3), S. 462 ff.; *ders.*, LKV 1999, 161, 167 f.

73 *U. Stelkens* (Fußn. 3), S. 412 – A. A. insbesondere *Bauer/Zirbes*, JuS 1997, 511, 516; *von Einem*, BayVBl. 1997, 555; *Erichsen*, Die Konnexität von Aufgabe und Finanzierungskompetenz im Bund-Länderverhältnis, 1968, S. 26; *Jeddeloh* (Fußn. 12), S. 60.