



Sachverhalt

– Bundesstraßen –

Der Bund finanziert das Bundesfernstraßennetz, das neben 12.900 km Autobahn auch aus 39.000 km Bundesstraße besteht. In naher Vergangenheit wurden bezüglich der Bundesstraßen nicht sämtliche Mittel von den Ländern rechtzeitig abgerufen. Grund hierfür waren u. a. zu lange Bauphasen, Baustopps und Fehlplanungen. Teilweise wurden die vom Bund bereitgestellten Budgets jedoch auch ohne (nähere) Begründung nicht in Anspruch genommen. Infolge dessen ist ein erheblicher Teil der Bundesstraßen baufällig und nur mit Einschränkungen befahrbar oder gar unbefahrbar. Diesbezüglich ist ein Nord-Süd-Gefälle innerhalb der Bundesrepublik Deutschland deutlich bemerkbar.

Vor diesem Hintergrund möchte die Bundesregierung die Verwaltung der Bundesstraßen (sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs als Teil des Bundesfernstraßennetzes neben Bundesautobahnen) grundlegend reformieren. Durch ein Gesetz (VIG-Organisations-Gesetz; kurz: OrgG) wird die bislang im Alleineigentum des Bundes stehende Verkehrsinfrastrukturgesellschaft (VIG) mit weiteren Aufgaben und Zuständigkeiten betraut. Die VIG soll die im Bundeshaushalt veranschlagten Mittel für Neubau, Ausbau, Erhaltung, Betrieb und Unterhaltung von Bundesstraßen verwalten und hierüber verfügen. 100% der Kapitalanteile an der VIG sollen zunächst beim Bund liegen. Den Ländern wird die Möglichkeit eingeräumt, sich nach einem entsprechenden Verteilungsschlüssel zu insgesamt 49% an der VIG zu beteiligen. Nach ordnungsgemäßem Gesetzgebungsverfahren wird das Gesetz formgerecht verkündet. Die Landesregierung des Bundeslandes S lehnt eine Beteiligung an der VIG ab und hat erhebliche Zweifel an der Verfassungskonformität des OrgG. Sie möchte im Wege eines Normenkontrollverfahrens die Verfassungswidrigkeit des OrgG durch das BVerfG feststellen lassen.

Aufgabe 1: Wie wird das BVerfG entscheiden?



LEO Repetitorium Staatsrecht I

Juristenfakultät Universität Leipzig

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf

Aus verkehrlichem Interesse hält der Bund den Neubau einer Bundesstraße im Bundesland S für erforderlich. Nach längeren Vertragsverhandlungen schließt der Bund in Vertretung von S einen entsprechenden Vertrag mit einem Bauunternehmen. Die Landesregierung hält dieses Vorgehen für verfassungswidrig und möchte durch das BVerfG feststellen lassen, dass der Bund gegen ihre Rechte verstoßen hat. Ist das Vorgehen des Bundes verfassungsmäßig?

Aufgabe 2: Ist das Vorgehen des Bundes verfassungsmäßig?



Gliederung

– Bundesstraßen –

Aufgabe 1: Vorgehen gegen das OrgG.....	1
A. Zulässigkeit	1
I. Antragsberechtigung	1
II. Prüfungsgegenstand	1
III. Antragsbefugnis	2
IV. Ordnungsmäßigkeit des Antrags.....	3
V. Zwischenergebnis	3
B. Begründetheit.....	3
I. Zuständigkeit.....	3
1. Gesetzgebungskompetenz.....	3
a) Konkurrierende Gesetzgebung, Art. 72, 74 GG	3
aa) Kompetenztitel.....	3
bb) Erforderlichkeit i. S. d. Art. 72 Abs. 2 GG	4
b) Kompetenz kraft Natur der Sache.....	5
2. Verwaltungskompetenz	6
a) Bundesauftragsverwaltung als Länderverwaltung.....	7
b) Abgrenzung Sach- und Wahrnehmungskompetenz als Bestandteil des Art. 85 GG.....	8
c) Mischverwaltung	9
3. Zwischenergebnis	10
II. Gesetzgebungsverfahren und -form	10
III. Zwischenergebnis	10
C. Gesamtergebnis	10
Aufgabe 2: Verfassungsmäßigkeit der Vertragsverhandlungen	12
A. Verstoß gegen die (Verwaltungs-)Kompetenzordnung des Art. 90 Abs. 3, 85 GG....	12
B. Ergebnis.....	13



Lösung

– Bundesstraßen –

Aufgabe 1: Vorgehen gegen das OrgG

S kann im Wege des abstrakten Normenkontrollverfahrens gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG i. V. m. §§ 13 Nr. 6, 23, 76 ff. BVerfGG eine Entscheidung des BVerfG über die Gültigkeit des OrgG herbeiführen. Das BVerfG wird dem Antrag der S entsprechen und die Vorschrift des OrgG gem. § 78 BVerfGG für nichtig erklären, wenn der Antrag zulässig und begründet ist.¹

Anmerkung: Die Prüfung der Zuständigkeit kann ggf. auch als separater Prüfungspunkt im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung vorgenommen werden.

A. Zulässigkeit

I. Antragsberechtigung

Die Landesregierung des Bundeslandes S müsste gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Abs. 1 BVerfGG antragsberechtigt sein. Gemäß § 76 Abs. 1 BVerfGG sind die Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestages antragsberechtigt. Die Landesregierung von S ist somit antragsberechtigt.

Anmerkung: als objektives Beanstandungsverfahren kennt die abstrakte Normenkontrolle keinen Antragsgegner

II. Prüfungsgegenstand

Das zu prüfende Gesetz müsste einen tauglichen Prüfungsgegenstand darstellen. Gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Abs. 1 BVerfGG kommen insofern Bundes- oder Landesrecht in Betracht. Zum Prüfungsgegenstand der abstrakten Normenkontrolle kann daher jede generelle Rechtsnorm jeder Stufe gemacht werden, d. h. vor- und nachkonstitutionelle Bundes- und

¹ Gersdorf, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2019, Rn. 142.



Landesgesetze im formellen und materiellen Sinne. Bei dem OrgG handelt es sich um ein nachkonstitutionelles Bundesgesetz und damit um einen zulässigen Prüfungsgegenstand.

III. Antragsbefugnis

Die Landesregierung müsste antragsbefugt sein. Die erforderliche Antragsbefugnis liegt nur vor, wenn ein Klarstellungsinteresse besteht. Ein solches ist bei konkreten Meinungsverschiedenheiten oder konkreten Zweifeln über die Gültigkeit der Rechtsnorm gegeben (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG). Rein wissenschaftliche Kontroversen reichen nicht aus. Weitere inhaltliche Beschränkungen der Antragsbefugnis, wie sie § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG (fordert, dass der Antragsstellende die Norm „für nichtig hält“) vorsieht, lassen sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG nicht herleiten.

Fraglich ist daher, ob für die Antragsbefugnis erforderlich ist, dass der Antragsberechtigte die Norm **„für nichtig hält“** (§ 76 I Nr. 1 BVerfGG) oder ob **„Zweifel“** (Art. 93 I Nr. 2 GG) an der Verfassungskonformität ausreichen. Ob insoweit eine Normenkollision vorliegt und ggf. wie diese aufzulösen ist, ist umstritten. Nach einer Entscheidung des BVerfG stellt § 76 I Nr. 1 BVerfGG eine verfassungsrechtlich zulässige Konkretisierung des Art. 93 I Nr. 2 GG dar.² Hiergegen spricht jedoch, dass der Begriff „Zweifel“ (Art. 93 I Nr. 2 GG) kein offener Verfassungsbegriff ist, der eine Einschränkung i. S. d. des § 76 I Nr. 1 BVerfGG erlaubt. § 76 I Nr. 1 BVerfGG ist daher von der Konkretisierungskompetenz des Art. 93 I Nr. 2 GG nicht gedeckt.³ Nach einer zweiten Auffassung ist § 76 I BVerfGG daher (teil-) nichtig⁴, sodass Art. 93 I Nr. 2 GG maßgeblich ist. Allerdings könnte man § 76 I Nr. 1 BVerfGG auch dahin verfassungskonform auslegen ist, dass bereits bloße Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel i. S. d. Art. 93 I Nr. 2 GG ausreichen. Da die zuletzt genannten zwei Auffassungen zu demselben Ergebnis kommen, erübrigt sich eine Entscheidung des Streits.

Somit sind die vorliegend bestehenden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des OrgG ausreichend. Die Landesregierung ist damit antragsbefugt.

² BVerfG, Beschl. v. 24.06.1997 – 2 BvF 1/93 = BVerfGE 96, 133 (137).

³ Siehe nur *Rozek*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 60. EL 2020, § 76 Rn. 47; *Voßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 123.

⁴ Siehe nur *Voßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 123.



IV. Ordnungsmäßigkeit des Antrags

Hinsichtlich der Form sind die Erfordernisse des § 23 Abs. 1 BVerfGG (schriftliche Antragstellung mit Begründung) von der Landesregierung S einzuhalten.

Anmerkung: Eine Antragsfrist existiert bei der abstrakten Normenkontrolle nicht.

V. Zwischenergebnis

Der Antrag wäre zulässig.

B. Begründetheit

Der Normenkontrollantrag ist begründet, wenn das OrgG gegen das Grundgesetz verstößt.⁵

I. Zuständigkeit

In kompetenzrechtlicher Hinsicht müsste das OrgG verfassungsgemäß sein.

1. Gesetzgebungskompetenz

a) Konkurrierende Gesetzgebung, Art. 72, 74 GG

aa) Kompetenztitel

Fraglich ist, ob der Bund die Gesetzgebungskompetenz innehatte. Grundsätzlich obliegt diese den Ländern (Art. 70 Abs. 1, 30 GG). Ausnahmen hiervon bestehen allerdings u. a. im Falle der ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz. Zwar liegt hier kein Fall der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz vor, aber es könnte ein Fall der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz bestehen. In Betracht kommen könnte Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 22 GG. Danach hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz bei dem Straßenverkehr, dem Kraftfahrtwesen, dem Bau und der Unterhaltung von Landstraßen für den Fernverkehr sowie die Erhebung und Verteilung von Gebühren oder Entgelten für die Benutzung öffentlicher Straßen und Fahrzeuge. Laut Sachverhalt geht es dem Bund um die Verwaltung von Bundesstraßen. Da es sich hierbei um Fernverkehr handelt, sind die Punkte des Straßenverkehrs, des Kraftfahrtwesens und der Erhebung von Gebühren und Entgelten auszuschließen. Es könnten lediglich der Bau und die Unterhaltung von Landstraßen für den Fernverkehr

⁵ Gersdorf, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl., 2019, Rn. 159.



in Betracht kommen. Der Wortlaut des Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG lässt Bundesstraßen, um die es hier geht, jedoch aus. Dem Wortlaut nach besteht daher eine Bundeskompetenz nicht.

Wenn jedoch der Bund schon für den Fernverkehr der Landstraßen zuständig ist, deren Eigentümer er nicht ist, dann muss er *erst recht* die Gesetzgebungskompetenz für Bundesfernverkehrsstraßen, mithin auch Bundesstraßen, innehaben. Der Bund ist Eigentümer der Bundesstraßen, sodass aus einem „Erst-Recht-Schluss“ die Bundeskompetenz abgeleitet werden kann. Auch sprechen Sinn und Zweck für die Bundeskompetenz: Wenn der Bund die Zuständigkeit für den „Fernverkehr“ hat, dann denotwendig auch für Bundesstraßen als Teil des Bundesfernstraßennetzes.

Die Gesetzgebungskompetenz liegt folglich nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG bei dem Bund.

Anmerkung: Positiv zu bewerten ist es, wenn die Bearbeiter:innen zumindest Überlegungen anstellen, eine Gesetzgebungskompetenz aus **Art. 85 Abs. 1 1 i. V. m. Art. 90 Abs. 3 GG** zu ziehen, da es sich nach Art. 90 Abs. 3 GG um eine Bundesauftragsverwaltung i. S. d. Art. 85 Abs. 1 S. 1 GG handelt, bei der die Einrichtung der Behörden Angelegenheit der Länder bleiben, „soweit nicht Bundesgesetze [...] etwas anderes bestimmen.“⁶ Ein solches Bundesgesetz, welches die Einrichtung von Behörden bestimmt, liegt mit dem OrgG vor. Am Ende ist dies (in diesem Fall) jedoch abzulehnen, da es sich hier nicht um die Einrichtung einer Landesbehörde, sondern einer Bundesbehörde handelt. S. hierzu unter b) Verwaltungskompetenz.

bb) Erforderlichkeit i. S. d. Art. 72 Abs. 2 GG

Gem. Art. 72 Abs. 2 GG muss für den Bereich der konkurrierenden Zuständigkeit gem. Art. 74 GG jedoch eine *Erforderlichkeit* bestehen. D. h., auf diesem Gebiet hat der Bund das Gesetzgebungsrecht nur, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

Anmerkung: An dieser Stelle könnte man durchaus in Erwägung ziehen, ob für **Bundesstraßen** überhaupt die strengen Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG zum Tragen kommen, da Art. 74 Abs. 2 Nr. 22 GG klar „Landstraßen für den Fernverkehr“ betrifft. Insoweit hat die strenge Voraussetzung auch seine Berechtigung. Hier hingegen geht es um Bundesstraßen, für die die Länder a priori keine Gesetzgebungskompetenz haben (s.o.). Des Weiteren könnte dafürsprechen, dass hier lediglich im Wege der Auslegung eine Kompetenz angenommen wurde. Allerdings ist dies wohl i. Erg. abzulehnen, da der strenge Maßstab des Art. 74

⁶ Suerbaum, in: BeckOK GG, 47. Ed. 2021, Art. 85 Rn. 16.



Abs. 1 Nr. 22 GG gerade auf eine Bundeskompetenz zugeschnitten ist, welche die strengen Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG somit erfüllen muss. Wenn BearbeiterInnen diesen Aspekt erwähnen, sollte dies bei der Bewertung gewürdigt werden.

Nach dem BVerfG ist der Bund hinsichtlich des Merkmals „Herstellung der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse“ nur dann zum Eingreifen befugt, „wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet.“⁷ Der Erlass von Bundesgesetzen zur Wahrung der „Wirtschaftseinheit“ steht dann im gesamtstaatlichen Interesse, wenn es um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraumes der Bundesrepublik durch bundeseinheitliche Rechtsetzung geht. Erforderlich ist eine bundeseinheitliche Regelung dann, wenn ohne diese die einschlägige Zielvorgabe nicht oder nicht hinlänglich erreicht werden kann. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass eine starke Bauauffälligkeit der Bundesstraßen zu verzeichnen ist. Dabei ist u. a. eine gravierende Auseinanderentwicklung dahingehend von Nord- und Süddeutschland auffällig. Um diese Auseinanderentwicklung zu verhindern und somit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse zu garantieren, scheint eine bundeseinheitliche Regelung auch erforderlich, da eine Anpassung unrealistisch erscheint und Weisungen bisher auch zu keinem Erfolg geführt haben. Folglich war der Bund gesetzgebungsbefugt.

Anmerkung: Im Fall, dass Bearbeiter:innen auf eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes kraft Natur der Sache abstellen:

b) Kompetenz kraft Natur der Sache

Hilfsweise könnte sich eine Bundeskompetenz kraft nach Natur der Sache ergeben, wobei es sich um eine ungeschriebene Kompetenzzuordnung handelt. Eine solche liegt dann vor, wenn es sich um eine Angelegenheit handelt, die ihrem Wesen nach nur durch den Bund geregelt

⁷ BVerfG, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 = BVerfGE 106, 62 (144) – Altenpflege; wortgleich BVerfG, Urt. v. 27.07.2004 – 2 BvF 2/02 = BVerfGE 111, 226 (253) – Juniorprofessur; BVerfG, Urt. v. 26.01.2005 – 2 BvF 1/03 = BVerfGE 112, 226 (244 und 252) – Studiengebühren; BVerfG, Urt. v. 21.07.2015 – 1 BvF 2/13 = BVerfGE 140, 65 – Betreuungsgeld. Kritisch demgegenüber Broß/Mayer, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 72 Rn. 26.



werden kann, sie muss begrifflich ausschließlich dem Bund zustehen können.⁸ Nach Art. 90 Abs. 1 S. 1 GG hat der Bund neben dem Eigentum an Bundesautobahnen auch Eigentum an sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs. Dies zum einen und eine bundesweite Regelungsnotwendigkeit einer Angelegenheit von Bundesstraßen, können von einem einzelnen Land nicht bewerkstelligt werden. Bundesstraßen können zwar durch das Bundesland S führen, liegen sie jedoch außerhalb des Landes, so ist eine Gesetzgebung durch ein einzelnes Land unmöglich, d. h. die Kompetenz kann daher nur dem Bund zugeordnet werden. Damit kann sich eine Bundeskompetenz auch kraft Natur der Sache ergeben.

2. Verwaltungskompetenz⁹

Das OrgG könnte allerdings unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungskompetenz verfassungswidrig sein¹⁰. Es könnte gegen Art. 90 Abs. 3, 85 GG verstoßen. Konkret könnte sich ein Verstoß unter drei Gesichtspunkten ergeben: der Kompetenz aus der Bundesauftragsverwaltung als Länderverwaltung (aa), der Annahme der Wahrnehmungskompetenz (bb) sowie des Verbots der Mischverwaltung (cc).

Anmerkung: Vor der Verfassungsänderung vom 20.7.2017¹¹ bestand gem. Art. 90 Abs. 2 GG a. F. ebenfalls eine Verwaltungskompetenz der Länder in Form der Bundesauftragsverwaltung für Bundesautobahnen. Seit der Änderung des Art. 90 GG (unter Einführung einer Übergangsregelung in Art. 143e Abs. 1 GG) zum Zwecke der Zentralisierung des Bundesautobahnverwaltung erfolgt die Verwaltung der Bundesautobahnen nun gem. Art. 90 Abs. 2 S. 1 GG n. F. in Bundeseigenverwaltung.¹² Insofern unterliegen nun Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung, Finanzierung und vermögensmäßige Verwaltung der Bundesautobahnen der ausschließlichen Verantwortung des Bundes.¹³ Einzig für sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs ist gem. Art. 90 Abs. 3 GG n. F. weiterhin die Bundesauftragsverwaltung vorgesehen. Nach der Übergangs-

⁸ BVerfG, Urt. v. 03.06.1954 – 1 BvR 183/54 = BVerfGE 3, 407 (421 f.) (Baurechtsgutachten); Uhle, in: Maunz/Dürig, GG, 94. EL 2021, Art. 70, Rn. 75 f.

⁹ Aufbau entsprechend BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 = BVerfGE 141, 220.

¹⁰ Sollte eine Unterteilung in formelle und materielle VMK vorgenommen werden, so ist dieser Aspekt unter dem Prüfungspunkt der formellen VMK zu prüfen.

¹¹ Aufgrund des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g) vom 13.07.2017, BGBl. I S. 2347, in Kraft getreten am 20.07.2017.

¹² Zur Vertiefung u. a.: Schoch, NVwZ 2018, 17.

¹³ Schoch, NVwZ 2018, 17 (18).



regelung des Art. 143e Abs. 1 GG erfolgt eine Umwandlung der Bundesauftragsverwaltung für Bundesautobahnen in die Bundesverwaltung bis spätestens 01.01.2021, umgesetzt durch ein Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates.¹⁴

a) Bundesauftragsverwaltung als Länderverwaltung

Der Bund ist als zentrale staatliche Ebene gemäß Art. 90 Abs. 1 GG Eigentümer der Bundesfernstraßen und fungiert gemäß § 5 FStrG als deren Träger der Straßenbaulast. Bundesfernstraßen sind dabei neben den Bundesautobahnen gem. § 1 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 FStrG die Bundesstraßen (mit den Ortsdurchfahrten).

Anmerkung: Eine Ausnahme bezüglich der Baulastträgerschaft bilden Ortsdurchfahrten im Zuge von Bundesstraßen, die durch Gemeinden mit über 80.000 Einwohner:innen führen. In diesem Fall liegt die Straßenbaulast gemäß § 5 Abs. 2 FStrG bei der jeweiligen Gemeinde. Mit Zustimmung der obersten Kommunalaufsichtsbehörde kann darüber hinaus bei Gemeinden, die mehr als 50.000 Einwohner:innen haben, die Straßenbaulast ebenfalls auf die entsprechende Gemeinde übertragen werden.

Als Bauherr fällt der Bund prinzipiell die Entscheidungen, wo und in welcher Qualität Bundesstraßen gebaut und erhalten werden. Im Zuge der in Art. 90 Abs. 3 GG normierten Bundesauftragsverwaltung überträgt der Bund bezogen auf die sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs die Aufgaben der Errichtung an die Länder (i. S. d. Art. 85 GG).

Fraglich ist, ob noch von einer solchen Bundesauftragsverwaltung gesprochen werden kann, wenn die Verwaltung der Bundesstraßen mehrheitlich von einer GmbH des Bundes übernommen wird. Bei der Bundesauftragsverwaltung i. S. d. Art 90 Abs. 3, 85 GG handelt es sich um Landesverwaltung,¹⁵ d. h. die Organisationsgewalt liegt beim ausführenden Land, sie bleibt es auch dann, wenn der Bund seine Rechte nach den Abs. 1 bis 4 des Art. 85 GG ausübt.¹⁶

Subsumiert man nun das geplante Gesetz der Bundesregierung unter diesen Tatbestand, so würde den Ländern die Organisationshoheit von 100% bis zu 51% entzogen werden. Bei

¹⁴ Umsetzung durch das FStrBAG (Art. 14 G zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften vom 14.8.2017, BGBl. I 2017, 3122).

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 22.05.1990 – 2 BvG 1/88 = NVwZ 1990, 955 (957).

¹⁶ Vgl. Dittmann/Winkler, in: Sachs GG, 9. Aufl. 2021, Art. 85 Rn. 23.



Landesverwaltung nach dem GG müssen die Länder jedoch überwiegend (mind. 50,01 %) an dem Verwaltungsträger beteiligt sein. Bereits hier ist ein Verfassungsverstoß festzustellen.

b) Abgrenzung Sach- und Wahrnehmungskompetenz als Bestandteil des Art. 85 GG

Zudem könnte ein Verstoß durch die Annahme der Wahrnehmungskompetenz durch den Bund vorliegen, indem durch das OrgG eine Kapitalgesellschaft, die mehrheitlich in der Hand des Bundes liegt, nach außen auftritt. Darin könnte ebenfalls ein Verstoß gegen Art. 90 Abs. 3, 85 GG liegen.

Es muss eine ganz klare Aufgabenabgrenzung vorliegen. Zu unterscheiden ist zwischen der Sach- und der Wahrnehmungskompetenz: Die Sachkompetenz (Sachbeurteilung und -entscheidung) liegt grds. beim Land, steht aber unter Vorbehalt der Inanspruchnahme durch den Bund. Der Bund muss die Sachkompetenz, da sie für ihn bloß „Reservezuständigkeit“ ist, eigens auf sich überleiten (aktivieren), indem er sein Weisungsrecht erkennbar in Anspruch nimmt. Die Wahrnehmungskompetenz hingegen liegt ausschließlich beim Land: das Handeln nach außen (Bürger:innen gegenüber) erfolgt immer im Namen des Landes, so dass es auch kein Selbsteintrittsrecht des Bundes gibt. Diese der Bundesauftragsverwaltung immanenten Kompetenzverteilungen sind zu beachten.

Grundsätzlich ist die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der Länder, Art. 30 GG. Der Wortlaut von Art. 90 Abs. 3 GG „Die Länder (...) verwalten“ deutet zwar darauf hin, dass auch ein Kern der damit verbundenen *Verwaltungsaufgaben* zwingend vom Staat zu erledigen ist, allerdings auch nur ein Kern, so dass der Bund sich nicht ohne weiteres die Wahrnehmungskompetenz übertragen kann. Verwaltungsaufgaben i. S. d. Art. 90 Abs. 3 GG erfassen alle Maßnahmen zur Ausführung des FStrG in Bezug auf sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs, insbes. die Planung des Neu- und Umbaus der Bundesstraßen, die Erfüllung der Straßenbaulast, Maßnahmen in Bezug auf den Rechtsstatus, die Benutzung und den Schutz der Straßen sowie die Straßenaufsicht¹⁷ und unabhängig vom Vollzug des FStrG auch alle anderen verkehrswegebezogenen Tätigkeiten. Der Vollzug des *Straßenverkehrsrechts* ist nicht erfasst. D. h. die vorstehenden Aufgaben ob-

¹⁷ Unstr., BVerfG, Urt. v. 03.07.2000 – 2 BvG 1/96 = BVerfGE 102, 167 (173).



liegen dem Land. Mit dem Einsatz der VIG wird jedoch möglicherweise die Wahrnehmungskompetenz auf den Bund übertragen, da dieser als Mehrheitsgesellschafter nach außen hin auftritt. Dass sich die Länder bis zu 49 % an der VIG beteiligen können, ändert daran nichts, denn der Bund hat trotz allem die finale Handlungshoheit als Mehrheitsgesellschafter inne (s.o.). Zudem steht es den Bundesländern lediglich frei, eine Beteiligung zu erwerben. Solange dies nicht in vollem Umfang geschieht, hält der Bund mehr als die ohnehin schon vorgesehene Mindestzahl von 51 % der Gesellschaftsanteile. Die Rechtsform der Gesellschaft ändert folglich nichts daran, dass der Bund selbst tätig wird. Auf diese Weise könnte ein Selbsteintrittsrecht des Bundes entstanden sein, welches gegen Art. 90 Abs. 3 GG verstößt. Da die öffentlich-rechtliche Kompetenzordnung zwingend ist, bedeutet die Zuweisung einer Kompetenz die Verpflichtung, diese Kompetenz so wahrzunehmen, wie es das GG vorsieht. Es darf keine Umgehung durch die Bildung neuer Verwaltungstypen, insbesondere unzulässiger Mischverwaltungen, stattfinden. Doch genauso liegt es hier: mit der Übertragung der straßenrechtlichen Aufgaben auf die VIG wird die Kompetenz der Länder in Bezug auf sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs aus Art. 90 Abs. 3, 85 GG umgangen.

Fraglich ist, ob dieses Handeln jedoch dadurch gerechtfertigt werden kann, dass der Bund im Sinne eines „Erst-Recht-Schlusses“ als Inhaber der Weisungskompetenz auch die Wahrnehmungskompetenz an sich ziehen kann. Gem. Art. 85 Abs. 3 GG ist der Bund befugt, im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung den Ländern gegenüber Weisungen auszusprechen. Dies könnte dafür sprechen, dass der Bund aufgrund dieser Weisungsbefugnis erst recht auch die Befugnis hat, selbst zu handeln. Dies ist allerdings zu verneinen, da die Bundesauftragsverwaltung gerade zwischen Sach- und Wahrnehmungskompetenz explizit unterscheidet und danach die Wahrnehmungskompetenz unmissverständlich bei den Ländern verbleiben muss. Dies ist gesetzlich vorgegeben. Mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen hat der Bund folglich seine Kompetenz überschritten.

c) Mischverwaltung

Weiterhin zu beachten ist, dass nach dem *BVerfG* eine sogenannte *Mischverwaltung* und damit Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse des Bundes im Aufgabenbereich der Länder vom Grundgesetz ausgeschlossen ist.¹⁸ Eine grundsätzliche Trennung

¹⁸ BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433, 2434/04 = BVerfGE 119, 331 (365): Kommunales Jobcenter.



der Verwaltungsaufgaben von Bund und Ländern gewährleistet die Verantwortlichkeit der handelnden Staatsorgane.¹⁹ Zwar bedarf das Zusammenwirken von Bund und Ländern im Bereich der Verwaltung nicht in jedem Fall einer besonderen verfassungsrechtlichen Ermächtigung, allerdings widerspricht es der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, wenn in weitem Umfang Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse des Bundes im Aufgabenbereich der Länder ohne verfassungsrechtliche Ermächtigung vorgesehen werden. Eine Ausnahme von den Kompetenz- und Organisationsformen der Art. 83 ff. GG bedarf es daher eines besonderen sachlichen Grundes.²⁰

Vorliegend greift der Bund in Form des geplanten Gesetzes in den Aufgabenbereich der Länder ein, indem er die Kompetenz für die Verwaltung der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs zu einem Großteil entzieht. Fraglich ist, ob hier ein besonderer sachlicher Grund vorliegt. Bei der Verwaltung der Bundesstraßen handelt es sich um eine wichtige Verwaltungsmaterie, bei der das ordnungsgemäße Handeln der Staatsorgane durch eine klare Kompetenzabgrenzung gewährleistet werden muss. Daher ist das Vorliegen eines sachlichen Grundes zu verneinen. Auch hierin ist ein Verstoß gegen Art. 85, 90 Abs. 3 GG zu sehen.

3. Zwischenergebnis

Mit dem Verstoß gegen Art. 85, 90 Abs. 3 GG in mehrfacher Hinsicht ist das OrgG verfassungswidrig.

II. Gesetzgebungsverfahren und -form

Laut Sachverhalt ordnungsgemäß.

III. Zwischenergebnis

Das OrgG ist (formell) verfassungswidrig.

C. Gesamtergebnis

Ein Antrag der Landesregierung des Bundeslandes S ist zulässig und begründet und hat somit Aussicht auf Erfolg. Gemäß § 78 S. 1 BVerfGG wird das BVerfG das OrgG für nichtig erklären.

¹⁹ BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433, 2434/04 = BVerfGE 119, 331 (366): Kommunales Jobcenter.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433, 2434/04 = BVerfGE 119, 331 (370): Kommunales Jobcenter.





Aufgabe 2: Verfassungsmäßigkeit der Vertragsverhandlungen

Fraglich ist, ob das Vorgehen des Bundes verfassungsgemäß ist. Dies ist gegeben, wenn die Handlungen des Bundes nicht gegen das Grundgesetz verstoßen.

A. Verstoß gegen die (Verwaltungs-)Kompetenzordnung des Art. 90 Abs. 3, 85 GG

Hier könnte ein Verstoß gegen Art. 90 Abs. 3, 85 GG vorliegen. Grds. liegt die Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben bei den Ländern, Art. 30, 83, 84 Abs. 1 GG. Indem der Bund die Vertragsverhandlungen durchführt, könnte er hiergegen verstoßen haben. Gem. Art. 90 Abs. 3, 85 GG ergibt sich jedoch, dass die Länder im Auftrage des Bundes tätig werden, wenn es sich um die Materie sonstiger Bundesstraßen des Fernverkehrs handelt. Neben der Verantwortung für Bau, Erhaltung und Betrieb übernehmen die Länder im Rahmen der Auftragsverwaltung auch Planungsaufgaben im Vorfeld der finalen Bereitstellungsentscheidung durch den Bund. Dabei besitzen jedoch ausschließlich die Länder die sogenannte Wahrnehmungskompetenz und nehmen somit grundsätzlich sämtliche Aufgaben im Außenverhältnis wahr. Hierzu gehört beispielsweise der Abschluss von Verträgen mit privaten Unternehmen, denen einzelne Aufgaben bei der Leistungserstellung übertragen werden. Demgegenüber kann der Bund im Rahmen seiner Ingerenzrechte die Sachkompetenz an sich ziehen.

Anmerkung: In Abweichung von der grundgesetzlichen Auftragsverwaltung nach Art. 90 Abs. 3, 85 GG sind für die Linienführung der Bundesfernstraßen (mithin auch der sonstigen Bundesstraßen i. S. v. Art. 90 Abs. 3 GG) nach § 16 FStrG nicht die Länder bzw. die von ihnen beauftragten Behörden, sondern der:die Bundesminister:in für Verkehr zuständig. Bundesstraßen erlangen so über die Landesgrenzen hinausreichend Bedeutung und sind in ihrer Linienführung daher vom Bund überregional zu koordinieren. Diese Kompetenz steht dem Bund aus der Natur der Sache zu.²¹ So ist in der Linienbestimmung ein ausdrückliches Mitwirkungsrecht des Bundes gesetzlich verankert. Hierzu besteht aus länderübergreifenden Gesichtspunkten beim großräumigen Neubau von Bundesstraßen auch ein Bedarf. Eine Linienbestimmung ist für den Neubau von Ortsumgehungen mit lediglich lokalem Charakter nicht erforderlich, d. h. ein derartiges Verfahren ist nur oberhalb dieser Grenze relevant. Im Ergebnis sind dementsprechend nur echte Großbauvorhaben wie etwa Neubaumaßnahmen von Bundesstraßen linienbestimmungspflichtig.²² Da vorliegend jedoch nicht nur die Planung der Linienführung durch den Bund übernommen wird, sondern insbesondere die Verwaltung des

²¹ Stüer, in: Stüer, Bau- und FachplanungsR, E. Fachplanung, 5. Aufl. 2015, Rn. 3682.

²² Stüer, in: Stüer, Bau- und FachplanungsR, E. Fachplanung, 5. Aufl. 2015, Rn. 3697.



Straßenbaus, ist die Abweichung von der grundgesetzlichen Auftragsverwaltung hier nicht einschlägig, so dass es bei der Kompetenz der Länder verbleibt.

Durch die Vertragsverhandlungen durch den Bund könnte jedoch die Wahrnehmungskompetenz des Landes B verletzt worden sein. Indem der Bund für den Vertrag verhandelt und letztlich abschließt, tritt folglich dieser auch nach außen hin auf. Gem. Art. 90 Abs. 3, 85 GG obliegt die Wahrnehmungskompetenz, also insbesondere auch das Auftreten nach außen hin, jedoch den Ländern. Eine Verletzung dieser Wahrnehmungskompetenz wäre jedenfalls dann eingetreten, wenn die Vertragsunterzeichnung des Bundes eine Rechtswirkung gegenüber dem Bauunternehmen zur Folge hätte. Die Wahrnehmungskompetenz des Landes wird dann verletzt, wenn der Bund „nach außen gegenüber Dritten [...] rechtsverbindlich tätig wird [und so] die Wahrnehmungskompetenz des Landes an sich zieht.“²³

Eine solche rechtsverbindliche Tätigkeit mit Wirkung nach außen ist in Verhandlung mit dem Bauunternehmen zu sehen. Insbesondere kommt hierdurch der rechtliche Bindungswille des Bundes als Vertragspartner klar zum Ausdruck. Fraglich ist, ob sich daran etwas ändert, wenn der Bund hier als Stellvertreter der Länder auftritt. D. h. der Bund würde stellvertretend für die Länder agieren, diese würden somit letztlich als Vertragspartner gelten. Dann müsste dies jedoch klar nach außen hin kommuniziert werden, was hier nicht geschehen ist. Der Bund ist unter objektiven Gesichtspunkten als Akteur aufgetreten. Anzeichen dafür, dass er lediglich die Länder vertritt sind nicht ersichtlich.

B. Ergebnis

Der Bund hat mit dem rechtsverbindlichen Auftreten nach außen die Wahrnehmungskompetenz des Landes an sich gezogen. Ein Verstoß gegen Art. 90 Abs. 3, 85 GG liegt vor.

²³ BVerfG, Urt. v. 19.02.2002 – 2 BvG 2/00 = BVerfGE 104, 249 (267): Trittin-Entscheidung.