Zweites Kapitel Der verfassungsrechtliche Rahmen

Die verfassungsrechtlichen Rückbindungen des Verwaltungsrechts sind ein Standardthema, das in den meisten amerikanischen Lehrbüchern einen prominenten Rang einnimmt. Das entspricht der großen Bedeutung, die die USA der Verfassung in ihrer gesamten Rechtsordnung einräumen.[1] Die Verfassung wird zunächst einmal als elementarer Ausdruck für die Rechtfertigungsbedürftigkeit aller öffentlichen Gewalt genommen. „One key to reading American administrative law doctrine from a European perspective will be to understand that State must continually justify itself to the American people in ways that are not familiar on the continent".[2] Die entsprechenden Abschnitte werden regelmäßig genutzt, um auch etwas zur Ideengeschichte, zur Verfassungstheorie und zum Verhältnis von Recht und Politik zu sagen. Schon hier wird der Leser auf den politischen Charakter des Verwaltungsrechts eingestimmt.[3] 1

Die Grenzziehung zwischen dem, was die Verfassung an verwaltungsrechtlichen Regelungen unverbrüchlich festgelegt hat („required"), und verwaltungsrechtlichen Lehren, die zwar durch das Verfassungsrecht determiniert, aber nicht in allen Punkten fixiert und daher durch einfaches Gesetz änderbar sind („inspired"), bleibt gleichwohl unsicher.[4] Das ist in Deutschland an der eingängigen Formel vom Verwaltungsrecht als „konkretisiertem Verfassungsrecht" deutlich geworden, die jedenfalls in der Frühzeit nicht selten zu einer „Über"-Konstitutionalisierung und einer Verkürzung des politischen Gehalts des Verwaltungsrechts geführt hat.[5] Die amerikani- 2

---

1 Dazu *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 5 Rn. 238 ff.; *Strauss*, Justice, 17 ff.

2 So *Strauss*, ebd., 17.

3 Vgl. *Gellhorn*, 13: „persistent problem how to encapsulate political will in legal norms". Zu den in seinem Lehrbuch behandelten Texten sagt *Aman*, 1: „They will not only teach us the law, but provide the basis for sustained reflection on the larger societal and jurisprudential issues that they embody". Ausführlich *Mashaw/Merrill/Shane*, 37 ff. mit der Gegenüberstellung der Perspektiven eines „legal idealist" und eines „realist". Vgl. unten → 6/52 ff.

4 *G. E. Metzger*, Ordinary Administrative Law as Constitutional Common Law, in: 110 Colum. L. Rev. 479, 499 (2010).

5 Dazu krit. *Ch. Möllers*, Methoden, in: GVwR I, § 3 Rn. 13 ff.; positiver *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Kap. 1 Rn. 17 ff.; *F. Wollenschläger*, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 75, 2016, 187 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sche Linie ist von größerer Zurückhaltung bestimmt.[6]. Zwar gibt es Institute, in denen sich Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht gegenseitig durchdringen; dazu gehört die verfassungskonforme Interpretation, um die Verfassungswidrigkeit von Normen des einfachen Rechts zu vermeiden.[7] Aber klarer als in Deutschland wird die Unbestimmtheit des Verfassungsrechts („indeterminate character of constitutional law") thematisiert, die zur Vorsicht gegenüber zwingenden Ableitungen veranlasst. Auf verfassungsrechtliche Argumente soll daher erst an letzter Stelle zurückgegriffen werden.[8] Vorrang hat die Interpretation der Gesetze, die sich mit den einschlägigen Tatbestandsmerkmalen und mit den dahinter stehenden Regelungsabsichten des Kongresses auseinandersetzen muss.[9] Das Ausmaß an konstruktiver Phantasie, mit dem die Gerichte den „intent" des Kongresses durchmustern, steht oft allerdings dem, was deutsche Gerichte aus einzelnen Verfassungsbestimmungen, vor allem den materiellen Grundrechten, ableiten, nicht nach. Die Zurückhaltung amerikanischer Gerichte gegenüber verfassungsunmittelbaren Deduktionen und der Rekurs auf das einfache Recht wahren aber besser die Gestaltungsmöglichkeiten der politisch verantwortlichen Organe, insbesondere des Kongresses.[10]

3 Im Folgenden geht es zunächst um die wichtigsten verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Bundesverwaltung (1. Abschnitt). Im Anschluss soll die Stellung der Bundestaaten und der Gemeinden im Verwaltungssystem der

---

6 Ähnlich *D. Halberstam*, The Promise of Comparative Administrative Law, in: Rose-Ackerman/Lindseth/Emerson, Comparative Administrative Law, 139, 150 f.: „In comparison with the United States and France, this has led to a ‚relatively strong constitutionalization of German administrative law'". Zur deutlicheren Herausarbeitung der Zeitbezogenheit der Verfassungauslegung in den USA *O. Lepsius*, Über die Notwendigkeit der Historisierung und Kontextualisierung für die Verfassungdogmatik, in: F. Meinel (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 119, 138–153.

7 Dazu die Nachw. bei *Metzger* (Fn. 4), in: 110 Colum. L. Rev. 479, 499 (2010) („canon of constitutional avoidance"), 514 f. („constitutional canons of statutory interpretation").

8 „Last resort rule", dazu *Nowak/Rotunda*, § 2.12(h); *L. A. Kloppenberg*, Avoiding Constitutional Questions, in: 36 Boston College L. Rev. 1003 (1994). Eine solche Linie durchzuhalten fällt dem Supreme Court natürlich leichter, weil er gemäß seiner Stellung im Justizsystem der USA (vgl. → 4/6–18) anders als das Bundesverfassungsgericht nach einem Verfassung und Gesetz integrierenden Maßstab verfahren kann.

9 Treffend *Scharpf*, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 36: „Das typische amerikanische Grundsatzurteil behandelt darum Verfassungsfragen als Fragen der Gesetzesinterpretation".

10 *Scharpf*, ebd., 38.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

USA behandelt werden. (2. Abschnitt). Ausführungen zum Verwaltungsrecht als Sonderrecht und zur Grenzziehung zum privaten Sektor schließen den Grundlagenteil ab (3. Abschnitt).

Erster Abschnitt Vorgaben der Verfassung für die Bundesverwaltung

Die beiden wichtigsten Orientierungspunkte heißen „separation of powers" (A) und „fundamental rights" (B).[11] Die durch sie bewirkte Prägung des Verwaltungsrechts wird der Verwaltungspraxis durch das Gesetzesrecht und seine Anwendungsregeln vermittelt (C). 4

A. Gewaltenteilung („separation of powers")

Die amerikanische Verfassung ist in diesem Punkte nicht nur klarer als das Grundgesetz, indem sie die drei Funktionen in Art. I-III ganz bestimmten Organen zuordnet. Sie hat auch die Machtgewichte in der Substanz anders verteilt. Neben dem Kongress steht der Präsident als zweites direkt demokratisch legitimiertes Machtzentrum. Der deutschen parlamentszentrierten Legitimationslehre tritt so ein von vorneherein dualistisch angelegtes Konzept gegenüber: Kongress *und* Präsident (→ 1/5). Das Verhältnis beider zueinander wird in den verwaltungsrechtlichen Lehrbüchern weniger als ein Zusammenspiel, sondern eher als ein „power struggle" beschrieben, der die Erläuterungen in einer für deutsche Lehrbuchdarstellungen ungewohnten Weise dynamisiert.[12] 5

Im Einzelnen legt die Verfassung der USA so wenig wie das Grundgesetz genauer fest, welche Arten von Aufgaben und Kompetenzen die vollziehende Gewalt ausmachen sollen.[13] Art. II sagt zwar unmissverständlich, 6

---

11 Vgl. nur *Strauss*, Justice, 28 ff. und 57 ff.

12 *Mashaw/Merrill/Shane*, Preface: „The institutional and legal instruments through which Congress and the President compete to direct administrative action and the shape of administrative law have become an essential part of the study of administrative law itself". Der Begriff „power struggle" dort 184; vgl. auch *Tushnet*, The Constitution of the United States of America, bes. 100 ff: „The struggle between the President and Congress over Administrative Agencies".

13 Dazu die rechtsvergleichende Analyse von *Möllers*, Gewaltengliederung, 70 ff.; *Lorz*, Interorganrespekt, 21 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass die Exekutivgewalt bei einem Präsidenten liegen soll, beschäftigt sich dann aber ausführlicher mit seiner Wahl und seiner Absetzung (sect. 1 und 4) als mit seinen Aufgaben (sect. 2 und 3). Der verfassungsrechtliche Gehalt der einzelnen Kompetenztitel ist schwer und nur unvollständig zu erschließen. Die eigentliche Exekutivfunktion und ihre Organisation bleiben undeutlich:[14] „a hole in the Constitution".[15] Die offenen Bereiche mit Substanz auszufüllen soll vor allem eine Aufgabe des Kongresses sein.[16]

7 Wenn aber die verfassungsrechtliche Verankerung der Gewaltenteilung als solche irgendeinen eigenständigen Sinn haben soll, dann muss trotz dieser Unsicherheiten nach Vorgaben gefragt werden, die nicht zur Disposition des Kongresses stehen. Zur Konkretisierung dienen die Gedanken wechselseitiger Gewaltenkontrolle („*checks and balances*") und der Verhinderung organfremder Gewaltenusurpation („*encroachment*", „*aggrandizement*").[17] Das sind freilich erneut zunächst einmal sehr weitgefasste Tatbestände. Bei ihrer genaueren Fassung stellen sich Methodenfragen, die in der Literatur mit den Begriffen „formalism" und „functionalism" umschrieben werden:[18] Der *formale* Ansatz betont die Bedeutung des Normtextes; hier steht das Trennende im Vordergrund. Die *funktionale* Argumentation betrachtet die Verfassung als Rahmenordnung und bezieht die seit der Entstehungszeit erfolgten politischen und gesellschaftlichen Entwicklungen ein; sie betont das notwendige Zusammenspiel der Gewalten und sieht dieses nur dann als verletzt an, wenn die eine Gewalt die Möglichkeit erhält, in den Kernbereich einer anderen einzugreifen.[19] Beide Ansätze schließen sich ge-

---

14 *Mashaw/Merrill/Shane*, 182: „The US Constitution is more than usually delphic in describing the structure and the powers of the executive branch". Verfassungsgeschichte und politische Theorie bieten hier wenig Hilfe, *Tribe*, American Constitutional Law, § 2–3.

15 So eine beliebte Charakterisierung dieses Befundes; vgl. nur *Strauss*, Justice, 10.

16 *Strauss*, Justice, 28 ff.; ähnlich *J. F. Manning*, Separation of Powers as ordinary Interpretation, 124 Harv. L. Rev. 1939, 1945 (2011).

17 Vgl. nur 424 U.S. 1, 118 ff., 122 (1976) *Buckley v. Valeo*; 478 U.S. 714, 721 ff., 750 (1986) *Bowsher v. Synar*; *Möllers*, Gewaltengliederung, 73 ff., dort auch der deutsche Begriff der organfremden Gewaltenusurpation.

18 Ausf. *Gellhorn*, 562–580. Die folgende kurze Charakterisierung folgt dem dort zitierten Beitrag von *R. L. Brown*, Separated Powers and Ordered Liberty, in: 139 U. Pa. L. Rev. 1513 (1991). Vgl. auch *A. Z. Huq/J. D. Michaels*, The Cycles of Separation-of-Powers Jurisprudence, 126 Yale L. J. 346 (2016), die diese Einteilung zwar kritisieren, letztlich mit der Einteilung „hard-edged rules" und „open-textured standards" aber doch einen ähnlichen Ansatz verfolgen.

19 Vgl. *Brown* ebd., 575 „core function". Zur Parallele der Kernbereichslehre des BVerfG *Möllers*, Gewaltengliederung, 74.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

genseitig nicht notwendig aus.[20] Ohne ein wenigstens in Einzelpunkten funktionales Argumentieren ist beim Gewaltenteilungsprinzip, das selbst einen Funktionszusammenhang darstellt, nicht weiterzukommen.

Vergleicht man „formalism" und „functionalism" mit Interpretationsansätzen, die sich in der deutschen Gewaltenteilungslehre finden, so zeigt sich ein ähnlicher methodischer Zugang:[21] Betont wird zum einen das Ziel der Freiheitssicherung durch eine Aufteilung staatlicher Macht.[22] Außerdem soll die Gewaltenteilung aber auch darauf abzielen, „dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen".[23] In beiden Ländern hat die funktionale Interpretation mit der Schwierigkeit zu ringen, juristisch die Wirksamkeit organisatorischer Arrangements zu beurteilen. „Functionalist analysis is criticized, therefore, for its indeterminacy and the inevitability of ad hoc decisionmaking under its influence".[24] Schon deshalb können funktionale Argumente nur mit Vorsicht eingesetzt werden. 8

Harte Entscheidungen lassen sich unter Rückgriff auf „das" Gewaltenteilungsprinzip insoweit allenfalls dann treffen, wenn der Kernbereich einer Gewalt betroffen ist. Selbst in diesen Fällen ist aber nicht ganz ohne eine Abwägung der gegensätzlichen Interessen auszukommen. Das zeigt sich etwa bei der Behandlung des Rechts der Exekutive, gegenüber den Gerichten oder dem Parlament vertrauliche Informationen zurückzuhalten. Der Supreme Court anerkennt zwar, dass die Kommunikation innerhalb der Regierung besonders geschützt sein muss, und bezeichnet das „*Executive privilege*" als „inextricably rooted in the separation of powers under the Constitution".[25] Einen absoluten Rang versagt er ihm aber trotzdem. In

20 Zur Begründungspraxis des Supreme Court *Gellhorn*, 562: „Some of the Justices consistently use one or the other; the other members of the Court appear to be uncommitted". Ähnlich die Beobachtung einer Wellenbewegung in der Judikatur bei *Huq/Michaels* (Fn. 18), 126 Yale L. J. 346, 377 f. (2016).

21 Zu den deutschen Ansätzen *E. Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: HStR II, § 26 Rn. 49 f.; *Jarass/Pieroth*, GG Art. 20 Rn. 32.

22 Vgl. BVerfGE 3, 225, 247; 22, 106, 111; diese ältere Ansicht aus den Jahren 1953 und 1967 findet sich aber auch in neueren Entscheidungen, vgl. aus 2009 BVerfGE 124, 78, 120 f.

23 Erstmals 1984 in BVerfGE 68, 1, 86, und sodann 1996 und 1998 in BVerfGE 95, 1, 15; 98, 218, 252.

24 So *Brown*, 139 U. Pa. L. Rev. 1513 (1991).

25 So die Leitentscheidung 418 U.S. 683, 708 (1974) *United States v. Nixon* (708).

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einem der „praktischen Konkordanz" ähnlichen Argumentationsmuster wird das Privileg vielmehr einer möglichst schonenden Abwägung mit anderen verfassungsrechtlichen Rechtsgütern, z.B. der geordneten Strafrechtspflege („rule of law"), unterstellt.[26] Das Bundesverfassungsgericht rechnet in seiner Judikatur zu den Beweiserhebungsbefugnissen parlamentarischer Untersuchungsausschüsse die Willensbildung innerhalb der Regierung zum „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung", an dem diese Befugnisse ihre Grenzen finden können. Mindestens für abgeschlossene Vorgänge geht es jedoch ähnlich wie der Supreme Court davon aus, dass die Berechtigung des Zugriffs in einer Abwägung zu ermitteln ist.[27] Private Papiere des Präsidenten unterfallen nicht dem „executive privilege". Sie sind aber gleichwohl gegen Zugriffe des Kongresses nicht gänzlich ungeschützt. Es geht auch hier um einen verfassungsrechtlich relevanten „interbranch conflict", der eine politische Dimension hat. Das hat der Supreme Court jüngst in *Trump v. Mazars, USA, LLP, et. al.* herausgearbeitet. Auch hier spielen Gesichtspunkte der Gewaltenteilung eine Rolle, die sich im Interesse des Kongresses, für seine Gesetzgebungsarbeit wichtige Informationen zu erhalten, einerseits und andererseits der herausragenden Position („unique position"), die die Verfassung dem Präsidenten einräumt, zur Geltung bringen. Die Lösung wird in einem „balanced approach" gesucht, der eine Reihe plausibler funktionaler Überlegungen umgreift und verhältnismäßig offen gehalten ist.[28]

---

26 Ebd. 707: „Since we conclude that the legitimate needs of the judicial process may outweigh Presidential privilege, it is necessary to resolve those competing interests in a manner that preserves the essential functions of each branch". Militärischen sowie in außen- und sicherheitspolitischen Belangen wird ein besonderes Gewicht beigemessen; hier müssen sich die Gerichte besonders deutlich in der Kontrolle zurücknehmen (710). Im Übrigen wird auf die Möglichkeit eines in camera Verfahrens hingewiesen (685).

27 BVerfGE 124, 78, 120 ff.; 143, 101 Rn. 117 ff.; 147, 50 Rn. 231. Auf noch laufende Regierungsvorgänge soll sich das Zugriffsrecht „in der Regel" nicht erstrecken (a.a.O. Rn. 229). Eine darüber hinausreichende Berufung auf das „Staatswohl" soll der Regierung gegenüber dem Parlament dagegen versagt sein, sofern dieses seinerseits den von der Regierung für notwendig gehaltenen Schutz der Dienstgeheimnisse sicherstellt (a.a.O. Rn. 246 ff,). Auf jeden Fall ist eine Weigerung der Regierung ausführlich zu begründen; „pauschales Berufen" auf einen verfassungsrechtlichen Gegengrund genügt keinesfalls (a.a.O. Rn. 253 ff.).

28 So Chief Justice Roberts in seinem 7:2 Mehrheitsvotum 591 U.S.__(2020) (slip op. 18–20): zu fragen ist u.a., ob dem Kongress eventuell andere Informationsquellen zur Verfügung stehen; auch die Belastung, die ein Herausgabebegehren für die tägliche Arbeit des Präsidenten bedeutet, sollen in Rechnung gestellt wer-

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

In den meisten Fällen spielt die Gewaltenteilung als solche in beiden Rechtsordnungen vor allem als Hilfe bei der Auslegung konkreterer Vorschriften des Verfassungsrechts und bei der Lückenfüllung eine Rolle.[29] Insoweit aber erweist sie sich von ungebrochener Aktualität.[30] Die speziell für das Verwaltungsrecht wichtigen Sachthemen der Gewaltenteilung sind die Befugnis des Kongresses und des Präsidenten, auf die Administration einzuwirken (I) und die Frage, inwieweit der Verwaltung Aufgaben der Rechtsetzung übertragen werden dürfen (II).

I. Gestaltungsbefugnisse des Kongresses und des Präsidenten

Die Verfassung selbst steckt den Rahmen ab, der durch folgende Eckpunkte bestimmt ist:[31] *9*

- Art. I sect. 8 cl. 18 ermächtigt den Kongress, „to make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by the constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof" („*necessary and proper clause*").
- Art. II sect. 1 weist die Exekutivgewalt dem Präsidenten zu („*vesting clause*") und verpflichtet diesen in sect. 3, to „take care that the laws be faithfully executed" („*take care clause*").

Zwischen diesen beiden Eckpunkten bewegt sich das Spiel der Kräfte, das durch eine Reihe punktueller Vorschriften unterschiedlicher Regelungsdichte zwar dirigiert, nicht aber fixiert ist.[32] Systematisch lassen sich drei Steuerungsansätze unterscheiden, die in der Praxis kombiniert werden können:[33]

---

den; jedenfalls darf der Kongress das Begehren nicht benutzen, um sich im Kräftespiel mit dem Präsidenten „institutional advantages" zu verschaffen.

29 *Jarass/Pieroth*, GG Art. 20 Rn. 32 unter Bezugnahme auf *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 Rn. 70.

30 Von „continued vitality for separation of powers ideas" spricht *Strauss*, Justice, 32. Zu einzelnen Themenbereichen, in denen die Judikatur auf die Gewaltenteilung zurückgreift, vgl. *Huq/Michaels* (Fn. 18), 126 Yale L. J. 346, 358 ff. (2016): legislative delegations, removal power, deference to agency interpretations, adjudication by non-Article III judges, foreign affairs and national security.

31 *Gellhorn*, 549 ff.; *Cane*, Controlling, 64 ff.; *Loewenstein*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, 292 ff.

32 Zur Organisationspraxis vgl. *Breyer/Stewart*, 101 ff.

33 Zum Folgenden *Gellhorn*, 651 ff.; *Hickman/Pierce*, 121 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

- *Fachrechtliche Aufgabenzuweisungen*: Sie erfolgen durch Gesetze, die der Exekutive einzelne Fachaufgaben, vor allem solche der Wirtschaftsregulierung, des Umweltschutzes und der Sozialverwaltung, vorgeben und regelmäßig auch etwas dazu sagen, welche Behörde mit welchen Instrumenten und in welchen Verfahren diese Aufgaben erfüllen soll. Die bei ihrem Vollzug zu beachtenden allgemeinen Lehren, d.h. vor allem Delegations-, Ermessens- und Rechtsschutzfragen, bilden den Kern dessen, was die Lehrbücher als „administrative law" abhandeln, das dadurch deutlich stärker als in Deutschland organisations- und verfahrensrechtlichen Charakter hat.
- *Abgaben- und haushaltsrechtliche Vorgaben*: Die Erhebung von Abgaben und die Tätigung von Ausgaben bedürfen gesetzlicher Grundlagen. Die erforderlichen Finanzmittel dazu müssen zudem konkret bewilligt werden.[34] Die jährlichen „appropriations" ermöglichen dem Kongress bzw. den Ausschüssen beider Häuser eine sehr gezielte Nachsteuerung des Verwaltungsvollzuges.[35] Der Präsident kann die abgaben- und haushaltsrechtlichen Entscheidungen des Kongresses seinerseits wiederum durch seine Veto-Macht zu beeinflussen versuchen.[36]
- *Organisations- und personalrechtliche Steuerungsansätze*: Dass Organisationsregelungen wichtige Steuerungstechniken der Politik sind, ist im amerikanischen Verwaltungsrecht eine immer wieder belegte Einsicht.[37] Das beste Beispiel bilden die unabhängigen Regulierungsbehörden, die „independent regulatory commissions". Entsprechend umstritten sind die Kompetenzen. Eine besonders wichtige Vorschrift ist die „*appointments clause*" (Art. II sect. 2 cl. 2), die den Präsidenten bei der Besetzung der Spitzenpositionen in der Verwaltung von der Zustimmung des Senats abhängig macht, während die Ernennung von „Beamten geringeren Ranges" der Kongress durch Gesetz dem Präsidenten allein oder den Leitern der einzelnen Verwaltungszweige übertragen kann (→ 2/15–20). Die verschachtelten Vorschriften waren und sind immer wieder Anlass zu gerichtlicher Auseinandersetzung: Wer ist überhaupt „officer of the United States" und nicht bloß ein „em-

34 Art. I sect. 9 cl. 7 U.S.-Verf.: „No money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law...".

35 *Gellhorn*, 677 ff.; *Breyer/Stewart*, 97 ff.; *Strauss*, Justice, 111 ff.

36 Dazu *Fisher*, Executive Branch, 168 ff.

37 *Steinberg*, Verwaltungsorganisation, 189 ff. und historisch 31 ff.; *Roßbach*, Personalverfassungsrecht, pass.; *Ruffert*, Law of Administrative Organization, 105 ff. und 166 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ployee"?[38] Welche Beamtengruppen gehören zu den „principal officers", welche zu den Beamten niedrigeren Ranges („inferior officers")?[39] Gilt das Zustimmungserfordernis des Senats für Ernennungen auch bei Entlassungen?[40]

Die Streitfälle zeigen die Vielfalt politischer Einflussmöglichkeiten der Legislative – sei es beider Häuser, sei es nur des Senats. Vor allem aber sind sie deshalb interessant, weil sie erkennen lassen, dass die Exekutivaufgaben mit der „vesting clause" und der „take care clause" zwar dem Präsidenten zugewiesen sind, die Exekutive jedoch nicht als ein hierarchisch geordneter einheitlicher Funktionsbereich verstanden wird. Stärker als in parlamentarischen Regierungssystemen muss bei dem, was Exekutive in den USA ausmacht, zwischen dem Präsidenten und der Bürokratie getrennt werden.[41] Besonders deutlich wird das bei den Fragen der Organisationsgewalt (1), der Personalgewalt (2), eines präsidialen Weisungsrechts (3) und bei den „Executive orders" (4). 10

1. Die Verteilung der Organisationsgewalt

Die USA konnten bei ihrer Gründung nicht auf ein schon existierendes Verwaltungsorganisationsgefüge zurückgreifen, sondern mussten es sich erst schaffen. Die zu treffenden Entscheidungen waren nicht „Hausgut" eines Monarchen,[42] sondern demokratisch zu legitimieren.[43] Das ist bereits 1803 in *Marbury v. Madison* treffend formuliert:[44] „That the people have an original right to establish for their future government such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness is the basis on which the whole American fabric has been erected". „This 11

38 Dazu aus jüngster Zeit 585 U.S. __ (2018) (slip op. at 5–13) *Lucia v. Securities and Exchange Commission*; ausf. (auch aus historischer Sicht) *J. L. Mascott*, Who are „Officers of the United States"?, 70 Stan. L. Rev. 443 (2018); *Roßbach*, Personalverfassungsrecht, 382 ff.

39 520 U.S. 651, 662–663 (1997) *Edmond v. United States*; dazu *Breyer/Stewart*, 108 ff.

40 Verneinend 272 U.S. 52 (1926) *Myers v. United States;* dazu → 2/18.

41 Vgl. nur *Cane*, Controlling, 78 ff.; vgl. auch → 1/5.

42 Zur deutschen Entwicklung vgl. *E. W. Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 21 f.

43 *Roßbach*, Personalverfassungsrecht, 17 ff.

44 5 U.S. (1 Cranch) 137, 176 (1803) *Marbury v. Madison*; *Strauss*, Justice, 125: „Creating a government has been understood from the beginning to be a matter of statutes, not executive decree". *Roßbach*, Personalverfassungsrecht, 147 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

original and supreme will organizes the government and assigns to different departments their respective powers". Entsprechend weit werden die auf Art. I sect. 8 cl. 18 der U.S.-Verf. gestützten Befugnisse des Kongresses ausgelegt.[45] „The entire machinery of the executive arm of the United States government below the level of the President is the result of congressional action".[46]

12 Gesetzlich geregelt werden können demgemäß nicht nur die Errichtung, der Status und die Zuständigkeiten der einzelnen Verwaltungseinheiten, sondern auch deren innere Struktur, so z.B. die Funktion der leitenden Beamten und das Verhältnis der Dienststellen zueinander.[47] Entsprechend vielgestaltig ist die Organisationsgesetzgebung in der Praxis. Das jeweilige Fachgesetz ist *Aufgabengesetz* und *Organisationsstatut* zugleich. Es legt mit der Aufgabe auch die Struktur, die Handlungsmöglichkeiten und Verfahrensweisen der jeweiligen Behörde fest, die der Kongress für ein aufgabengerechtes behördliches Vorgehen für geboten hält. Auf diese Weise wird im „organic statute" ein spezifisches *Junktim* zwischen Fachgesetz und Fachbehörde hergestellt, das wiederum wichtig werden kann, wenn es in gerichtlichen Auseinandersetzungen um die Frage der Auslegungskompetenz geht.[48]

Die Politik, aufgabenbezogen neue Behörden zu schaffen und ihnen jeweils eigene Entscheidungsstrukturen zu verordnen, muss sich in der Literatur allerdings auch manche Kritik gefallen lassen.[49] Dem Vorzug „maßgeschneiderter" Lösungen steht der Verlust an Überschaubarkeit gegen-

---

45 Schon 1789 in seiner allerersten Sitzungsperiode errichtete der Kongress drei Departments (1 Stat. 28, 49 und 65): Department of Foreign Affairs, Department of War, Department of Treasury, jeweils mit Vorgaben auch für die Binnengliederung; vgl. *Schwartz*, § 1.13.

46 *Lawson*, 5.

47 *Steinberg*, Verwaltungsorganisation, 318 ff.

48 Dazu und zur „Chevron" Doktrin → 2/67–68, →4/124–127.

49 Vgl. *Breyer/Stewart*, 103 („fragmentation of the executive branch"); *Morstein Marx*, Amerikanische Verwaltung, 91 ff.; *Loewenstein*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, 358 ff.; *J. Masing*, Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts, AöR 128, 2003, 558, 587: statt einer allgemeinen geschlossenen Ministerialbürokratie „ein patchwork von mehr oder weniger verselbständigten Fachbehörden". Vgl. den Überblick bei *Brugger*, Einführung, 206 ff.; ferner *Albert*, Stellung, Funktion und verfassungsrechtliche Problematik der Independent Regulatory Commissions in den Vereinigten Staaten von Amerika.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

über. Es fehlt eine verlässliche Typenbildung. Eine gewisse Orientierung in der Behördenvielfalt kann aber immerhin eine dreigliedrige Einteilung bieten:[50] erstens die „cabinet departments" genannten Ministerien, die ihrerseits u.U. zahlreiche (Unter-)Behörden unter ihrem Dach vereinigen; zweitens die außerhalb der Ministerialorganisation stehenden „(independent) executive agencies" wie z.B. die Environmental Protection Agency (EPA) oder die Social Security Administration (SSA); und drittens die kollegial geführten „independent regulatory commissions" wie z. B. die Federal Trade Commission (FTC), die Securities and Exchange Commission (SEC) oder die Federal Communication Commission (FCC).

Mehr als ein erster Zugriff ist diese Einteilung allerdings nicht. Die amerikanische Bundesverwaltung kann vielmehr nur im Bild eines *Spektrums unterschiedlich weit verselbständigter* Einheiten gedeutet werden, innerhalb dessen jede Behörde ihr eigenes Profil entwickelt hat. „Agencies, we believe, range on a spectrum, with some having a higher degree of independence from political control and oversight than others by virtue of their statutory authority, structure, or culture".[51] Die Entwicklungsgeschichte der jeweiligen Behörde spielt eine nicht unwichtige Rolle.[52] Sie kann Schwankungen im Maß der Unabhängigkeit aufweisen. „Independent" markiert keinen ein für allemal festumrissenen Status, sondern hat auch eine dynamische Komponente. 13

Innerhalb der einzelnen Behörden herrschen demgegenüber hierarchische Entscheidungsstrukturen vor.[53] Es ist jedoch auch denkbar, dass einzelne Aufgaben durch Gesetz behördenintern ganz bestimmten Funktionsträgern zugewiesen und von den normalen Entscheidungszügen der Behörde 14

---

50 *Strauss*, Justice, 171 ff. Weiter dort genannt die innerhalb eines Ministeriums mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestatteten „departmental bureaus". Ein eigenes Organisationsgefüge bildet das Weiße Haus selbst mit seinen Büros, Beraterstäben und Ämtern wie dem einflussreichen Office of Management and Budget (OMB), vgl. *Strauss*, ebd., 151 ff. Außerhalb der Ministerial- und Behördenorganisation existieren in großer Zahl und vielfältig variierender Ausgestaltung öffentliche Unternehmen, berufsständische Einrichtungen und standardsetzende Gremien; zu diesen „mixed bodies" vgl. *Strauss*, ebd., 187 ff., vgl. auch die ähnliche Einteilung bei *Pierce*, Process, § 4.4; *Ruffert,* Law of Administrative Organization, 116 ff. Zu öffentlichen Unternehmen auch → unten 2/116–119.

51 *Breger/Edles*, Independent Agencies, 7; ähnlich *Lawson*, 7 f.

52 Vgl. die Angaben zu 30 Behörden bei *Breger/Edles*, ebd., 397 ff.; sowie die umfangreichen Appendices bei Breyer, J. diss., 561 U.S. 477, 549–592 (2010) *Free Enterprise Fund v. PCAOB.*

53 Vgl. *Mashaw/Merrill/Shane,* 17 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

abgekoppelt sind.[54] Entscheidend bleibt die Auslegung des jeweiligen Gründungsstatuts. Im vorgegebenen Gesetzesrahmen die notwendigen konkretisierenden Organisationsentscheidungen zu treffen, ist dann eine Angelegenheit des Präsidenten bzw. nach Maßgabe gesetzlich zuerkannter Unabhängigkeit des Leitungsorgans der betreffenden Behörde. Für weiterreichende Organisationsentscheidungen des Präsidenten ist eine Mitwirkung des Kongresses verlangt.[55]

2. Die Verteilung der Personalgewalt

15 „The most obvious tools by which the president might assert control over administrative agencies are hiring and firing officers".[56] *Appointment power* und *removal power* und die diese Befugnisse einschränkenden Mitwirkungsmöglichkeiten des Kongresses bzw. des Senats sind eine Konfliktzone von anhaltender Aktualität.[57] Art. 2 sect. 2 cl. 2 U.S.-Verf. trifft dazu zwei Festlegungen: Die leitenden Beamten („principal officers") werden vom Präsidenten mit Zustimmung des Senats ernannt; für Beamte geringeren Ranges („inferior officers") kann der Kongress durch Gesetz eine Ernennung nur durch den Präsidenten oder durch die Behördenleiter oder Gerichte vorsehen.

16 Um die politische Bedeutung der Vorschriften richtig einzuschätzen, muss man zunächst beachten, dass auch in den USA die Rechtsverhältnisse der allermeisten der etwa drei Millionen Bediensteten in der Bundesverwaltung durch das Recht des öffentlichen Dienstes an festen Eingangsvoraussetzungen und an Laufbahnen ausgerichtet sind.[58] Seit 1883 gibt es einen Civil Service Act *(Pendleton Act)*, der für das Gros der Beamten das Dienst-

---

54 *Steinberg*, Verwaltungsorganisation, 108 f.

55 So wurde die Environmental Protection Agency (EPA) von Präsident Nixon im Dezember 1970 errichtet; zugrunde lag ein von beiden Häusern des Kongresses zustimmend zur Kenntnis genommener „Reorganization Plan"; Aufnahme in Gesetze fand die EPA erst später. Weitere Nachw. bei *Breger/Edles*, Independent Agencies, 9 f.

56 *Breyer/Stewart*, 91; ähnlich *Strauss*, Justice, 133; *Ruffert,* Law of Administrative Organization, 170 ff.

57 Vgl. nur *Chemerinsky*, § 4.2.1 und 4.2.2; *Nowak/Rotunda*, § 7.11 – 7.14; *Hickman/Pierce*, 155 ff.; *Gellhorn*, 718 ff.; *Roßbach*, Personalverfassungsrecht, 382 ff. und 452 ff.

58 *Strauss*, Justice, 133 f., 181 ff.; *Mashaw/Merrill/Shane,* 196 ff., *Roßbach*, Personalverfassungsrecht, 327 ff. und 549 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

recht standardisiert und auf Dauer gestellt hat.[59] Für die meisten Beamten kommt daher auch eine Entlassung aus politischen Gründen nicht in Betracht.[60]

Die besonderen „appointment"- und „removal"-Probleme betreffen folglich nur Amtsträger in leitenden Funktionen. Zu diesen „*political appointees*" zählen neben den „principal officers" noch einige Gruppen von Beamten, die insoweit nicht von den normalen Karrierevorschriften erfasst werden. Ihre Aufgabe vor allem ist es, politische Vorgaben in den Behördenapparat hinein zu vermitteln. Dass jeder Präsident auf ihre Loyalität besonders angewiesen ist, liegt auf der Hand. Entsprechend wichtig sind ihre Ernennung und Entlassung. 17

Soweit es um die *Ernennung* der „principal officers" geht, ist der Präsident nach der „appointments clause" ausdrücklich an die Zustimmung des Senats gebunden; das Repräsentantenhaus und seine Ausschüsse haben hier keine Mitwirkungsbefugnisse. Zu *Entlassungen* sagt die Verfassung dagegen nichts. Der Supreme Court urteilte 1926, dass die Entscheidung darüber („removal power") dem Präsidenten allein zustehe, eine Mitwirkung des Senats verfassungsrechtlich nicht vorgesehen sei und auch gesetzlich nicht vorgesehen werden könnte.[61] Zur Begründung hob er die Verantwortung des Präsidenten für einen effektiven Vollzug der Gesetze und das besondere Steuerungspotential hervor, das gerade in Entlassungsentscheidungen liege.[62] 18

Der Entlassungsbefugnis können jedoch Grenzen gesetzt werden. Für Amtsträger, die nicht zum normalen Vollzugsapparat gehören, sondern „quasi-legislative" oder „quasi-judicial" Funktionen wahrnehmen, gestatte- 19

---

59 22 Stat. 402, und weiter den Civil Service Reform Act von 1978, Pub. L. No. 95–454, kodifiziert 5 U.S.C. §§ 1101–1105 und §§ 1201–1205. Zur Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher Entlassungsregeln 116 U.S. 483, 485 (1886) *United States v. Perkins*. Zur historischen Entwicklung des Rechts des öffentlichen Dienstes vgl. *Rosenbloom*, Federal Service and the Constitution.

60 Entlassungen nur „for cause". Die Stellung des Beamten stellt zudem ein „entitlement" im Sinne der Due Process Klausel dar, mit allen Konsequenzen für einen verfassungsrechtlich gebotenen Verfahrens- und Gerichtsschutz; vgl. *Strauss*, Justice, 181 f.

61 272 U.S. 52 (1926) *Myers v. United States*. Zur Entwicklung der Rechtsprechung *Roßbach*, Personalverfassungsrecht, 452 ff.

62 272 U.S. 52, 132 (1926) *Myers v. United States*: „Made responsible under the Constitution for the effective enforcement of the law, the President needs as an indispensable aid to meet it the disciplinary influence upon those who act under him of a reserve power of removal".

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

te es der Supreme Court einige Jahre später dem Kongress, durch Gesetz eine feste Amtsdauer vorzuschreiben und ihre Entlassung an das Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes („good cause") zu binden, statt sie dem Ermessen des Präsidenten („at will") zu überlassen.[63] Spätere Urteile haben das Kriterium der besonderen Funktion („not purely executive") in den Hintergrund treten lassen; sie fragen allgemeiner, ob die vom Kongress festgelegten Einschränkungen des Entlassungsrechts dem Präsidenten die Ausübung seiner verfassungsrechtlichen Aufgaben nach Art. II sect. 1 und 3 der U.S.-Verf. unmöglich machen.[64]

20 Die Kompetenz des Kongresses, auf diese Weise gewisse Auskoppelungen („insulations") aus der Behördenhierarchie vorzunehmen, ist heute ein typisches Bauelement im Recht der unabhängigen Regulierungsagenturen und ein Merkmal des amerikanischen „administrative state".[65] Die Eigenrationalität der betreffenden Behörde soll gesteigert werden. Die Vorstellung balancierender Machtausübung, die die gesamte Gewaltenteilungslehre durchzieht, ist hier ein Stück weit in die Exekutive hinein verlagert.

Die Anforderungen, die der Supreme Court in diesem Punkte stellt, haben allerdings geschwankt.[66] Nach Urteilen, in denen Eingrenzungen des präsidialen Ernennungs- und Entlassungsrecht bereitwillig akzeptiert wurden, deutet sich in jüngerer Zeit erneut eine restriktivere Linie an, die wie schon *Myers* die Gesamtverantwortung des Präsidenten für die Exekutive betont.[67] Dass die Rechtslage ungesichert ist, zeigen die jüngsten Auseinandersetzungen um das 2010 gegründete Consumer Financial Protection Bureau (CFPB).[68]

---

63 Grundlegend 295 U.S. 602, 629 (1935) *Humphrey's Executor v. United States.*

64 487 U.S. 654, 691 (1988) *Morrison v. Olson.*

65 Zur Entwicklung *Cushman*, The Independent Regulatory Commissions, 1941; *Lepsius*, Verwaltungsrecht, 189 ff.

66 Vgl. nur *Hickman/Pierce*, 217 ff.; *Breyer/Stewart*, 121 ff., 142 ff.

67 561 U.S. 477, 493–514 (2010) *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*; hier findet sich S. 498 („chain of command") auch die Ketten-Metapher, die ähnlich zum traditionellen Bestand der deutschen Legitimationslehre gehört (vgl. u.a. BVerfGE 47, 253, 275; 123, 39, 69), *Roßbach*, Personalverfassungsrecht, 215 und 405 ff. Vgl. aber auch für die Minderheit *Breyer*, J. dort 514–549; ferner *Strauss*, Justice, 133 ff.

68 Dazu die Entscheidung des Court of Appeals (D.C. Cir.) vom 31. 1. 2018, 881 F3d 75 *PHH Corporation v. CFPB* und und die Entscheidung des Supreme Court vom 29. 6. 2020, 591 U.S. __ (2020) *Seila Law LLC v. CFPB*; weiter → 6/31–33.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. „Directive authority" und „unitary executive"

Die Frage nach einem die gesamte Exekutive durchziehenden Weisungsrecht des Präsidenten ist zwar auch in der amerikanischen Diskussion präsent, wird aber in einen weiter ausgreifenden Kontext von Steuerungsmöglichkeiten eingebunden und ist daher nicht so prominent wie das ministerielle Weisungsrecht in Deutschland. Die Zurückhaltung hat mit der Größe der amerikanischen Bundesverwaltung und ihrer landesweit dekonzentrierten Auffächerung, aber auch damit zu tun, dass das Informationsproblem, mit dem jede Weisungshierarchie in Großorganisationen zu ringen hat, klarer gesehen wird und zu einer zurückhaltenden Einstellung veranlasst.[69] Das macht es erforderlich, nach Möglichkeiten Ausschau zu halten, durch die der Präsident auf *indirekte Weise* seine politischen Vorstellungen durchsetzen kann.[70] 21

a) Informationelle Steuerung

Neben den (unter 2) erörterten Instrumenten der Personalsteuerung sind das die informationellen Steuerungsmöglichkeiten, die ihre Grundlage in Art. II sect. 2 cl. 1 U.S.-Verf. haben. Diese Vorschrift ermächtigt den Präsidenten, von den obersten Amtsträgern der Departments schriftliche Meinungsäußerungen („opinion, in writing") über Angelegenheiten anzufordern, die zum Aufgabengebiet des jeweiligen Amtes gehören. Das kann zu einem Konsultationsprozess erweitert werden, der ein weiches, aber gleichwohl wirksames Steuerungsmittel darstellt.[71] 22

Das wichtigste Instrument dieser Art ist das *Regulatory Planning and Review-Verfahren*, das seine Grundlage in einer Kette von Executive Orders (E. O.) hat, die Präsidenten seit Reagan in ähnlicher Weise erlassen haben.[72] Das zweistufig aufgebaute Verfahren hält die Behörden der Bundesverwal- 23

69 *Schwartz*, § 1.9 (S. 19): „The department itself is a huge, conglomerate mass; the specific administrative task is a small part of its activities. The secretary cannot hope to have more than a superficial knowledge of these activities".

70 *Hickman/Pierce*, 255 ff.; *Ruffert,* Law of Administrative Organization, 174 ff,

71 Vgl. dazu *P. Strauss/C. Sunstein*, The Role of the President and OMB in Informal Rulemaking, 38 Admin. L. Rev. 181, 200 (1986); mit weit. Nachw. *Gellhorn*, 213–241.

72 Die von Präsident Clinton erlassene E. O. 12866, 58 F.R. 51735 (1993), ergänzt durch die von Präsident Obama erlassene E.O. 13563, 76 F.R. 3821; vgl. auch die von Präsident Biden zu seinem Amtsantritt erlassene E. O. 13992, 86 F.R. 7049.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tung dazu an, eine Liste ihrer beabsichtigten Rechtsetzungsvorhaben dem Office of Management and Budget (OMB) vorab zur Kenntnis zu geben und die als wichtig bezeichneten Projekte mit diesem im weiteren Verlauf abzustimmen.[73] Es lässt die gesetzlichen Verfahrensvorschriften, insbesondere den APA, unberührt und soll sicherstellen, dass die geplanten Vorhaben der Behörden nicht mit geltendem Recht, Prioritäten der Regierung oder den Aktivitäten anderer Behörden konfligieren.[74]

24 Der zentrale Kontrollmechanismus ist eine *Kosten-Nutzen-Analyse*, die für jedes Rechtsetzungsvorhaben beizubringen ist. Das Verfahren ist auf Kooperation angelegt: OIRA berät mit den Behörden und gibt ihnen Hinweise („provide meaningful guidance"). Es hat aber auch die Möglichkeit, einer Behörde einen Plan zu erneutem Durchdenken zurückzugeben. Für tiefergreifende Meinungsverschiedenheiten steht ein spezieller Mechanismus der Konfliktschlichtung zur Verfügung. In der Literatur werden gegen das Verfahren zahlreiche Einwände erhoben, insbesondere gegen seine Konzentration auf eine Kosten-Nutzen-Analyse.[75] Die Gerichte haben seine Legalität jedoch nicht in Zweifel gezogen. In der Praxis fungiert es als Instrument, in einer stark fragmentierten Bundesverwaltung ein gewisses Maß an Zentralität zu gewährleisten.[76]

b) Die Frage eines umfassenden Weisungsrechts

25 Die Frage, inwieweit die Verfassung dem Präsidenten darüber hinaus ein umfassendes allgemeines Weisungsrecht in Sachfragen („directive authority") zuerkennt, ist umstritten.[77] Die Verantwortung des Präsidenten für die ordnungsgemäße Ausführung der Gesetze (Art. II sect. 3 U.S.-Verf.) scheint

---

Independent regulatory commissions sind nur zur Vorlage, nicht aber zur Abstimmung verpflichtet.

73 Das OMB ist ein Amt innerhalb des Weißen Hauses. Innerhalb des OMB ist das Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA) zuständig.

74 Vgl. die Darstellung bei *Fisher*, Executive Branch, 106 ff.; *Pierce*, Process, § 9.5; *Strauss*, Justice, 141 ff.; *Lepsius*, Regulierungsrecht in den USA: Vorläufer und Modell, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 1 Rn. 97 ff.

75 Dazu *Breyer/Stewart*, 179 ff.; *Gellhorn*, 213 ff.

76 Zu seiner Nutzung in jüngerer Zeit vgl. *J. Mathews*, Presidential Administration in the Obama Era, in: Kaiser/Petersen/Saurer (eds.), The U.S. Supreme Court and Contemporary Constitutional Law, 67, 69 ff.

77 Zum Meinungsstand *Breyer/Stewart*, 148 ff.; *Gellhorn*, 685 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

es immerhin nahezulegen.[78] Verlangt die damit zuerkannte zentrale Position nicht Verwaltungseinheit, in der der Präsident letztlich dem einzelnen Amtsträger sagen kann, was er zu tun hat? Eine solche Vorstellung von „unitary executive" hat zwar gerade in jüngerer Zeit manche Befürworter gefunden.[79] Über ihre verfassungsrechtliche Verankerung und ihre rechtlichen Konsequenzen gehen die Ansichten jedoch auseinander.[80]

Schon die soeben behandelten besonderen (personellen und informationellen) Steuerungsinstrumente sprechen gegen die Idee der Verwaltungseinheit und ein entsprechend weitgespanntes Weisungsrecht.[81] Sie wären nicht veranlasst, wenn die Verfassung daneben von einer alles durchdringenden, umfassenden Leitungsbefugnis des Präsidenten ausginge. Eine solche Befugnis passt auch nicht zum überkommenen Bild der amerikanischen Verwaltung, die von Anfang an von gesetzlicher Gestaltung abhängig und gerade dadurch auch von Anfang an fragmentiert war. Der Präsident soll diesen komplexen Organismus überwachen, nicht aber alle Entscheidungen im Einzelnen schon vorab durch Weisung steuern.[82] Die Fra- 26

78 So etwa *Pierce*, Process, § 4.2.

79 Vgl. (referierend) *I. Wurman*, Constitutional Administration, 69 Stan. L. Rev. 359, 399 ff. (2017); *Hickman/Pierce*, 247 ff., 254. Aus der Judikatur 487 U.S. 654, 698–699 (1988) (Scalia, J. diss.) *Morrison v. Olson*: „But in addition to providing fortification, the founders conspicuously and very consciously declined to sap the Executive's strength in the same way they had weakened the Legislature: by dividing the executive power". Vgl. auch *Lorz*, Interorganrespekt, 244 f.

80 Vgl. *Breyer/Stewart*, 148 Fn. 15: In einer „harten" Variante vertreten von *S. Calabresi/K. Rhodes*, The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary, 105 Harv. L. Rev. 1155 (1992) (zwingende Ableitung aus Text und Geschichte der Verfassung). In einer „weichen" Variante vertreten von *L. Lessing/C. Sunstein*, The President and the Administration, 94 Colum. L. Rev. 1 (1994) (nicht historisch fundiert, aber durch neue Machtkonstellationen veranlasst) und in einer Variante dazu: *E. Kagan*, Presidential Administration, in: 114 Harv. L. Rev. 2246, 2327 ff. (2001) (Vermutung für ein Weisungsrecht, wenn der Kongress eine Aufgabe an eine Behörde delegiert hat, die keine „independent agency" ist).

81 Für besondere Bereiche wie die Verteidigungs-, die Sicherheits- und die Außenpolitik gilt anderes. Hier sind eigene Klauseln wie die Funktion des Präsidenten als „commander in chief" (Art. II sect. 2 cl. 1 U.S.-Verf.) zu beachten.

82 *Strauss*, Justice, 125: „And the Constitution's statement that ‚he shall take care that the laws are faithfully executed' (that is, be executed by *someone else* [kursiv im Orig.], those on whom Congress has placed ‚Duties') suggests that he is to exercise oversight, not decide". Ausf. *ders.*, Overseer or The Decider? The President in Administrative Law, 75 Geo. Wash. L. Rev. 696 ff. (2007); ferner *Fisher*, Executive Branch, 98 f.; vgl. auch *Loewenstein*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, 358 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen zentraler oder dezentraler Steuerung sind damit auf die Ebene des einfachen Gesetzes rückverlagert. Entscheidend sind die Formulierungen des jeweiligen Fachgesetzes. Sind diese nicht eindeutig, so kann der „vesting clause" des Art. II sect. 1 U.S.-Verf. allenfalls eine Vermutung zugunsten einer Direktionsbefugnis des Präsidenten entnommen werden.[83]

4. Executive Orders

27 Das Fehlen eines umfassenden Weisungsrechts hindert den Präsidenten nicht, mit executive orders auf die Verwaltung einzuwirken. Dieses Institut ist in der Verfassung zwar nicht erwähnt. Es ist aber von Anbeginn an von den Präsidenten benutzt worden – seit dem New Deal mit zunehmender Häufigkeit.[84] Executive orders zählen heute zusammen mit den „presidential proclamations", „memoranda", „signing statements" und den „executive agreements" zu den Standardinstrumenten der „*Direct Administration*" des Präsidenten.[85]. Ihr Inhalt kann sehr unterschiedlich sein: Häufig geht es um Fragen der Binnenorganisation und der behördlichen Abstimmungen.[86] Auch Verhaltenspflichten des Verwaltungspersonals können der Regelungsgegenstand sein.[87] Teilweise werden Einzelfragen geregelt, teilweise allgemeine Festlegungen getroffen. Die Vorgaben können sich auf rein verwaltungsinterne Themen beschränken. Sie können aber auch weitreichende Folgen für Individuen haben.[88] Die Breite des Feldes, auf dem executive

---

83 In diese Richtung *Kagan* (Fn. 80), 114 Harv. L. Rev. 2246, 2327 ff. (2001).

84 Angaben bei *Fisher*, Executive Branch, 102; vgl. auch *Lorz*, Interorganrespekt, 215 f. Die Abgrenzung insbesondere zu den memoranda ist nicht immer eindeutig.

85 Dazu systematisch *Cooper*, By Order of the President, 1 ff.; ferner *Hickman/Pierce*, 255 ff.

86 Von herausragender Bedeutung die Abfolge der Executive Orders über das Regulatory Planning and Review-Verfahren des OBM; dazu → 2/23.

87 So z. B. E. O. 13898 „Ethics Commitments by Executive Branch Personal", die Präsident Biden am Tage seines Amtsantritts erlassen hat (86 F. R. 7029).

88 So z. B. Präsident Georg W. Bush's E. O. 1344O vom 20. 7. 2007 (72 F. R. 40707) über Verhörmethoden und die Auslegung der Genfer Kriegsgefangenen-Konventionen; aufgehoben von Präsident Obama durch E. O. 13491 „Ensuring Lawful Interrogations" vom 22. 1. 2009 (74 F. R. 4893). Aus jüngerer Zeit etwa Präsident Trumps umstrittene E. O. 13769 vom 27. 1. 2017 (82 F. R. 8977) zu Beschränkungen der Einreise aus bestimmten muslimischen Ländern („travel ban"); dagegen gerichtete Klagen scheiterten vor dem Supreme Court, 585 U.S. __ (2018) *Trump v. Hawaii*; die Nachfolgeregelung E. O. 13780 wurde von Präsident Biden am Tag seiner Amtseinführung am 20. 1. 2021 durch Proclamation aufgehoben (86 F. R.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

orders eingesetzt werden, ist kaum zu überschätzen. „To carry out the laws, executive agencies issue rules and regulations and Presidents rely on executive orders and proclamations".[89] Betrachtet man die Handlungsformen der Exekutive insgesamt, so müssen *neben* den im APA normierten Formen *behördlichen* Handelns („rules" und „orders") auch die Formen des *präsidentiellen* Handelns in den Blick genommen werden. Umso weniger ist es verständlich, dass letztere in der verwaltungsrechtlichen Standardliteratur nur am Rand Beachtung finden.[90]

28 Executive orders sind, jedenfalls soweit sie generellen Charakter besitzen, im Federal Register zu veröffentlichen. Im Übrigen aber gibt es nur wenige rechtliche Rahmenvorgaben für ihren Erlass. Dieser Befund steht in auffälligem Gegensatz zu den detaillierten gesetzlichen Vorschriften, die für die Rechtsetzung der Behörden gelten (→ 3/65–84). Insbesondere ist die Einhaltung des sonst breit praktizierten notice-and-comment Verfahrens keine Voraussetzung für den Erlass von executive orders.[91]

29 Für die materiellen Probleme ist *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* noch immer die Leitentscheidung.[92] Der Fall betraf eine executive order, mit der Präsident Truman Betriebe der Stahlproduktion während des Koreakrieges vorübergehend unter Zwangsverwaltung stellen wollte, um Streikfolgen abzuwenden. Der Supreme Court bewertete dieses Vorhaben mehrheitlich als verfassungswidrig. Dabei spielten Fragen der Rechtsform als solche keine Rolle. Entscheidend war vielmehr die materielle Frage, ob die Anordnung auf einen Kompetenztitel gestützt werden konnte, der ausdrücklich oder wenigstens implizit entweder aus der Verfassung oder aus dem Gesetzesrecht abzuleiten war. Ohne eine solche Basis können executive orders keine bindende Wirkung („legal effect") entfalten.[93]

7005).Vgl. *M. T. Oliverio*, The Role of Executive Rulemaking: An Exploration of Executive Action in US Immigration Law, 70 Admin. L. Rev. 715 (2018).

89 *Fisher*, Executive Branch, 101.

90 Vgl. die Angaben bei *Cane*, Controlling, 82 f. Eine kurz gefasste, präzise Darstellung bietet die 2010 für den Wissenschaftlichen Dienst des Kongresses verfasste Studie von *V. K. Burrows*, Executive Orders: Issuance, Modification and Revocation 2011, Congressional Research Service 7–5700, www.crs.gov: RS 20846; kurz *Hickman/Pierce*, 253 f. und 258 f.

91 Seine Nutzung wird empfohlen z. B. von *M. T. Oliverio* 70 Admin. L. Rev. 715, 738 f. (2018).

92 343 U.S. 579 (1952) Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer; *Currie*, Verfassung 30 ff.; *Brugger*, Einführung, 72 ff.

93 *Lorz*, Interorganrespekt, 216 f. mit weit. Nachw.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Über diese Grundaussage hinaus vermittelt *Youngstown Sheet & Tube* allerdings kaum Vorgaben, die sich verallgemeinern lassen, weil die die Mehrheit bildenden Richter dem Mehrheitsvotum konkurrierende eigene Voten beifügten, die unterschiedlichen Begründungsansätzen folgen. Als weiterführend gilt die von Justice Jackson vorgeschlagene dreigliedrige Typenbildung, die deutlich macht, wie verschränkt die gesetzlichen und verfassungsunmittelbaren Kompetenzen in der Praxis sind:[94] Am stärksten ist die Stellung des Präsidenten, wenn er seine Anordnung auf eine Ermächtigung des Kongresses gestützt hat; denn hier verfügt er neben dem, was ihm das Gesetz zuerkennt, auch noch über seine eigenen verfassungsrechtlichen Handlungskompetenzen. Auf der anderen Seite sind diejenigen Fälle angesiedelt, in denen eine Anordnung mit den Vorstellungen des Kongresses inkompatibel ist; denn hier bleibt dem Präsidenten nur die Berufung auf eigene exklusive Kompetenzen. Zwischen diesen beiden Extremen liegt die Mittelgruppe, Fälle, in denen der Kongress dem Präsidenten eine Handlungsbefugnis weder zuerkannt noch aberkannt hat. In dieser „zone of twilight" können konkurrierende Zugriffsrechte des Präsidenten und des Kongresses bestehen.

30 Executive orders sind keine Handlungsform nur für interne Verwaltungsanweisungen. Lassen sie sich auf einen Rechtstitel stützen, können sie rechtliche Wirkungen entfalten und so auch die Gerichte binden. Aus einer „Gesamtschau" aller verfassungsrechtlichen Kompetenzen des Präsidenten lässt sich die erforderliche Grundlage allerdings nicht gewinnen. Sie muss konkreter dargelegt werden. Dabei ist das Zusammenspiel mit den Zuständigkeiten und Zugriffen des Kongresses zu beachten. In dieser Grauzone bewegt sich auch die Praxis des Kongresses, executive orders seinerseits aufzuheben oder zu verändern.[95]

II. Delegation of power

31 In gewisser Weise spiegelbildlich zu den Gestaltungs- und Einwirkungsbefugnissen des Kongresses verhält sich die Frage, inwieweit der Exekutive vom Kongress Rechtsetzungsmacht übertragen werden kann. Die Bedeu-

---

94 343 U.S. 579, 634–636 (1952) Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer; dazu aus jüngerer Zeit *S. Issacharoff*, Die Defizite der Demokratie, in: Der Staat 56, 2017, 329, 340 f.

95 Zu dieser Praxis Beispiele bei *V. K. Burrows*, Congressional Research Service 7–5700, www.crs.gov, RS 20846, 4 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tung, die Demokratie und Gewaltenteilung im amerikanischen Recht besitzen, sollte eine restriktive Linie erwarten lassen; denn Art. I sect. 1 U.S.-Verf. formuliert mit Nachdruck „All legislative powers herein granted shall be vested in a Congress". Treffend heißt es dazu:[96] „This provision is both a grant of power to the Congress and limitation upon its use". „It prohibits Congress from delegating its legislative powers to any other institution". Allein, die Erwartung einer engen Delegationstheorie wird enttäuscht. Die Bestimmtheitsanforderungen an gesetzliche Ermächtigungen sind gering.

Bei der Einschätzung dieses Befundes muss man sich allerdings vor der Fehlvorstellung hüten, Gesetzestexte spielten in den USA ganz allgemein nur eine untergeordnete Rolle, weil man der Bindungswirkung abstrakter Tatbestandsmerkmale ohnehin nicht viel zutraue (→ 2/53). Demgegenüber ist deutlich herauszustellen, dass das amerikanische Verwaltungsrecht durchaus auf Gesetzesbestimmtheit („clarity") achtet und die Unbestimmtheit eines Gesetzes mit der Nichtigkeitsfolge belegt. Die „*void-for-vagueness doctrine*" wird zum einem auf die Due Process Klausel des V. Amendment gestützt: Der Bürger muss vorhersehen können, was von ihm verlangt wird.[97] Das gilt insbesondere, wenn es um Strafsanktionen oder um andere gravierende Eingriffe wie Abschiebungen geht. Zugleich soll die gebotene Gesetzesbestimmtheit eine willkürliche Amtsausübung der zuständigen Vollzugsbehörden verhindern.[98] Eine zweite Begründung der Doktrin verweist auf die Gewaltenteilung: Unbestimmtheiten des Gesetzes überließen Verwaltung und Justiz Entscheidungen, die an sich in einem deliberativen und offenen Verfahren getroffen werden müssten.[99] Mit dieser Begründung greifen die Bestimmtheitsanforderungen an Gesetze über den Bereich des Sanktions- und Eingriffsrechts hinaus und können Bedeutung auch für andere Verwaltungsaufgaben erlangen. In der Judikatur finden sich gelegentlich Hinweise auf einen solchen Zusammenhang.[100] 32

96 *Pierce*, Process, § 3.3.

97 584 U.S. ___ (2018) *Sessions v. Dimaya* (slip op. at 4): „‚fair notice' of the conduct a statute proscribes".

98 Ebd.: „And the doctrine guards against arbitrary and discriminatory law enforcement by insisting that a statute provide standards to govern the actions of police officers, prosecutors, juries, and judges".

99 Ebd. Gorsuch, J. conc. (slip op. at 8–9).

100 Ebd. Thomas, J. diss. (slip op. at 12) unter Hinweis auf 408 U.S. 104, 108–109 (1972) *Grayned v. City of Rockford*, allerdings auch mit dem weiteren Hinweis, die Judikatur sei in diesem Punkte nicht konsistent.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Geminderter Bindungsgehalt materieller Delegationsgrenzen

33 Was speziell die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen betrifft, so arbeitet die Gesetzgebungspraxis allerdings oft mit weit gefassten Ermächtigungstatbeständen. Das gilt jedenfalls, wenn man nach *materiellen* Vorgaben sucht. In *prozeduraler* Hinsicht lassen sich dagegen durchaus genaue rechtliche Direktiven ausmachen, die sich in speziellen Organisations- und Verfahrensregelungen des jeweiligen Fachgesetzes und im allgemeinen Verfahrensrecht des Administrative Procedure Act niedergeschlagen haben.

34 Die kompensatorischen Wirkungen des Verfahrensrechts variieren in den unterschiedlichen Bereichen des besonderen Verwaltungsrechts, dürfen insgesamt aber nicht überschätzt werden. Anders ist die Kritik an zu geringen materiellen Bestimmtheitsanforderungen nicht zu erklären, die Teile der Literatur gerade bei der Behandlung der Delegationsproblematik äußern. Die Diskussionen werden üblicherweise vor dem Konfliktszenario des „*administrative state*" geführt.[101] Das überkommene Narrativ schildert das unaufhaltsame Wachstum, das das Agenturwesen insbesondere seit dem New Deal genommen hat, und hebt dabei die Machtfülle moderner Agenturen hervor, die neben Aufgaben der Gesetzesanwendung auch Aufgaben der Rechtsetzung und der verbindlichen Streitentscheidung umfasse. Agenturen erscheinen in diesem Lichte als eigenständige Machtzentren, die die Trennlinien der gewaltenteilenden Verfassungsordnung hinter sich gelassen und sich als „headless fourth branch of government" eingerichtet haben.[102]

35 Wenn dieses als eine Gefahr für die Gewaltenteilung angesehen wird, läge es nahe, mit einer „*nondelegation doctrine*" gegenzusteuern.[103] Ansätze zu einer solchen Lehre hatte es als erste Reaktionen des Supreme Court auf die Gesetzgebung des New Deal durchaus gegeben.[104] Sie haben sich aber

---

101 Dazu → 1/39–47 und → 6/19–24.

102 Dazu nur *Gellhorn*, 548 ff.; *Breyer/Stewart*, 45 ff.; *Hickman/Pierce*, 12 ff.; *Cane*, Controlling, 91 f. Aufgenommen ist der Begriff von Richter *Scalia* 556 U.S. 502, 525–526 (2009) *FCC v. Fox Television Stations, Inc*.; weiter → 6/16 ff.

103 Zum Folgenden *Gellhorn*, 606 ff.; *Pierce*, Process, § 3.4; *Schwartz*, § 2; vergleichend *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 481 ff.; *Pünder*, Exekutive Normsetzung, 39 ff.; *Lepsius*, Verwaltungsrecht, 184 ff.; *Möllers*, Gewaltengliederung, 178 ff.; *Iancu*, Legislative Delegation, 72 ff. und 258 ff.

104 293 U.S. 388 (1935) *Panama Refining Co. v. Ryan* und 295 U.S. 495 (1935) *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*. Beide Fälle betrafen zentrale Vorschriften des National Industrial Recovery Act (NIRA) von 1933.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht zu einer Rechtsprechungslinie verdichtet. Vielmehr sind seither alle Gesetze, deren Verfassungsmäßigkeit wegen Delegationsmängeln angezweifelt worden war, von der Rechtsprechung bestätigt worden.[105]

Aus diesem Befund darf allerdings nicht geschlossen werden, das Problem zu unbestimmter Rechtsetzungsermächtigungen spiele für den Supreme Court überhaupt keine Rolle. Die einschlägigen Urteile beschäftigen sich schon mit den Texten der Delegationsnormen. Der Ansatz ist der „*intelligible principle*" Test. Er veranlasst die Gerichte dazu, sich mit den Tatbestandsmerkmalen und dem Regelungsziel der entsprechenden Vorschrift auseinanderzusetzen.[106] Unübersehbar ist allerdings die Bereitschaft, sich mit weit gefassten Formulierungen zu begnügen. „The standards for that principle are not demanding".[107] Das gilt insbesondere dort, wo technische oder ökonomisch komplexe Sachverhalte zu regeln sind.[108] Hier liegt es nahe, auf die Erkenntnisgrenzen der Legislative und die besondere Sachkunde der gesetzlich betrauten und verantwortlichen Behörden zu verweisen. Dabei spielt auch die Befürchtung der Richter eine Rolle, sie würden, wenn sie strengere Anforderungen stellten, in Details eines unübersichtlichen Regelungsfeldes hineingezogen.[109] Die herrschende Meinung in der Literatur ist bereit, dieser Linie der Rechtsprechung zu folgen.[110] Geringe Bestimmtheitsanforderungen („broad delegation") gelten geradezu als eine Funktionsbedingung des amerikanischen „administrative state".[111] 36

105 *Pierce*, Process, § 3.4.3: „Since the New Deal, the Court has approved all the legislation it has reviewed under the nondelegation clause". Das gilt jedenfalls für das *Bundes*-Verfassungsrecht. Die meisten *Gliedstaaten* verfolgen dagegen eine strengere Linie; dazu *J. Rossi*, Institutional Design and the Lingering Legacy of Antifederalist Separation of Powers Ideals in the States, 52 Vanderbilt L. Rev. 1167, 1187 ff. (1999).

106 488 U.S. 361, 375 (1989) *Mistretta v. United States*; jüngst das Mehrheitsvotum in 588 U.S.__ (2019) (slip op. at 15–18) *Gundy v. United States.*

107 588 U.S.__ (2019) (slip op. at 3, 16) *Gundy v. United States*.

108 448 U.S. 607 (1980) *Industrial Union Department v. American Petroleum Institute*.

109 Vgl. *Breyer/Stewart*, 74 unter Bezugnahme auf *R. Stewart*, Beyond Delegation Doctrine, 36 Am. U. L. Rev. 323 (1987); ferner *Strauss*, Justice, 41 ff.

110 Vgl. nur *J. L. Mashaw*, Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions, 1 J. L. Econ. & Org. 81 (1985); vgl. auch die Übersicht bei *Gellhorn*, 619–624. Die „nondelegation doctrine" kann allerdings die Behörden dazu veranlassen, gesetzliche Ermächtigungen restriktiv zu interpretieren, um einen Verfassungsverstoß zu vermeiden; die Doktrin ist hier keine Verbotsregel, sondern ein Auslegungstopos, *Breyer/Stewart*, 84, unter Bezugnahme auf *C. Sunstein*, Nondelegation Canons, 67 U. Chi. L. Rev. 315 (2000).

111 Vgl. *G. E. Metzger*, 1930s Redux: The Administrative State under Siege, 131 Harv. L. Rev. 1, 91 (2017).

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

37 Es gibt allerdings auch kritische Stimmen und gerade im Augenblick Anzeichen dafür, dass der Supreme Court die Akzente künftig anders setzen könnte.[112] In diesem Zusammenhang finden sich auch Hinweise auf die deutsche Wesentlichkeitslehre und auf Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, dessen Bestimmtheitsanforderungen sich gerade Hinweisen der amerikanischen Militärberater verdanken.[113] Empfehlen die mit dieser Regelung gesammelten Erfahrungen einen „Reimport" in die USA? Anknüpfungspunkte gäbe es durchaus.[114] Das Bundesverfassungsgericht ist bemüht, der „Inhalt, Zweck und Ausmaß"-Formel ein handhabbares Maßstabkonzept zuzuordnen. Doch erweist sich die Umsetzung des Konzepts in der parlamentarischen Praxis als schwierig.[115] Die von der Rechtsprechung verwendeten konkretisierenden Formeln („Selbstentscheidung", „Programm" und „Vorhersehbarkeit") setzen jeweils unterschiedliche Schwerpunkte. Als Kriterien werden – ähnlich wie in den USA – die Regelungsbesonderheiten des jeweiligen Sachbereichs und die Intensität des Regelungszugriffs genannt. Auch in Deutschland müssen sich Aussagen zu Inhalt, Ausmaß und Zweck aber nicht an ganz bestimmten Tatbestandsmerkmalen der Ermächtigungsnorm festmachen lassen. Sie sind vielmehr durch Auslegung des Gesetzes insgesamt zu ermitteln.[116] Ein Höchstmaß an Bestimmtheit wird nicht verlangt; „hinreichende" Bestimmtheit genügt.[117] Doch gibt es durchaus auch Fälle, in denen eine Ermächtigungsnorm mangels Bestimmtheit verfas-

112 Vgl. *Schwartz*, § 2.16; *K. C. Davis*, A New Approach to Delegation, 36 U. Chi. L. Rev. 713 (1969); darstellend *Hickman/Pierce*, 23 ff.; *R. A. Cass*, Delegation Reconsidered: A Delegation Doctrine for the Modern Administrative State, 40 Harv. J. L. & Pub. Policy 147 (2017). Dazu → 6/19–24.

113 *P. Lindseth*, The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s – 1950s, 113 Yale L. J. 1341, 1392–96 (2004); *W. Mößle*, Inhalt, Zweck und Ausmaß – Zur Verfassungsgeschichte der Verordnungsermächtigung, 1990, 39 ff., 48 ff. und 55 f.; *Iancu*, Legislative Delegation, 258 ff.

114 Zu theorie-historischen Gemeinsamkeiten *P. Lindseth* (Fn. 113), 113 Yale L. J. 1341, 1393 (2004): „In some sense, the provisions of Art. 80 (1) can be understood as an effort to fuse the positions articulated by Triepel and Poetzsch in the 1920s with the American nondelegation doctrine from the mid-1930s".

115 Ähnlich *H. Bauer*, in: Dreier, GG, Art. 80 Rn. 27 ff.

116 BVerfGE 26, 16, 27; std. Rspr. BVerfGE 150, 1 Rn. 198–205.

117 BVerfGE 55, 207, 226 f.; 113, 167, 268 f.; 123, 39, 78; 153, 310 Rn. 101. Das „Ausmaß" einer Ermächtigung zwingt nicht zur Normierung fester Obergrenzen, vgl. BVerfGE 101, 1, 33.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sungsgerichtlich gescheitert ist.[118] Auf die Situation in den USA lassen sich diese Anforderungen freilich allenfalls mit großer Vorsicht übertragen.[119]

2. Andere Steuerungs- und Kontrollmechanismen

In der amerikanischen verwaltungsrechtlichen Theorie wird nach Wegen gesucht, die Schwächen der materiellen Delegationsermächtigungen durch *andere Steuerungsmöglichkeiten* des Kongresses zu kompensieren. Gefragt wird dabei ganz allgemein danach, welche Instrumente dem Kongress zur Verfügung stehen, um auf die Rechtsetzung der Exekutive einzuwirken: „ tools of congressional control".[120] In der Praxis spielten längere Zeit gesetzliche Klauseln eine Rolle, in denen es sich der Kongress bei der Delegation vorbehielt, das Inkrafttreten der entsprechenden Exekutivmaßnahmen während einer bestimmten Zeitspanne durch eine Veto-Resolution zu verhindern.[121] Dieses *legislative veto* fand jedoch nicht die Billigung des Supreme Court.[122] Die Mehrheit der Richter sah darin eine Beeinträchtigung der gemeinsamen Rechtsetzungsverantwortung *beider* Häuser des Kongresses („bicameral requirement") und eine Verletzung der Veto-Kompetenz des Präsidenten. 38

Die als formalistisch kritisierte Entscheidung des Supreme Court hat den Gesetzgeber nicht davon abgehalten, 1996 den *Congressional Review Act* (CRA) zu erlassen.[123] Die Behörden müssen danach ihre Rechtsetzungsakte, bevor sie inkrafttreten sollen, beiden Häusern des Kongresses vorlegen. Diese erhalten die Möglichkeit, unter Wahrung der Rechte des Präsidenten durch eine gemeinsame Missbilligungsresolution das Inkrafttreten zu un- 39

118 BVerfGE 143, 38 Rn. 60 ff.; weitere Nachw. bei *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 80 Rn. 18.

119 Die in diesem Zusammenhang einschlägigen unterschiedlichen Regulierungsvorstellungen des deutschen und des amerikanischen Rechts sind herausgearbeitet bei *U. Kischel*, Delegation of Legislative Power to Agencies: A comparative Analysis of United States and German Law, 46 Admin. L. Rev. 213 (1994); ferner *Lorz*, Interorganrespekt, 211 ff.; *Ruffert,* Law of Administrative Organization, 178 ff. Zu weiteren Überlegungen → 6/19–24 und 63–67.

120 *Breyer/Stewart*, 87 ff.; *Gellhorn*, 651 ff.; *Hickman/Pierce*, 135 ff.; *C. Sunstein* (Fn. 110), 67 U. Chi. L. Rev. 315 (2000); auch *Lorz*, Interorganrespekt, 229 ff.

121 *Schwartz*, § 4.19: 1983 gab es gut 200 Vorschriften dieser Art.

122 462 U.S. 919 (1983) *Immigration & Naturalization Service v. Chadha*. Das Urteil betraf nicht die Rechtsetzung, sondern eine Einzelfallentscheidung; sein Verdikt wird jedoch auf erstere erstreckt, vgl. *Pierce,* Process, § 3.5.

123 Publ. L. 104–121; kodifiziert 5 U.S.C. §§ 801–808.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

terbinden. Das komplizierte Verfahren vermeidet zwar die von der Rechtsprechung herausgestellten verfassungsrechtlichen Implikationen. Es gilt aber als schwerfällig und wurde lange Zeit kaum genutzt.[124] Die Einflussmöglichkeiten der Legislative über das Haushaltsrecht und vielfältige informelle Kontakte zwischen Kongressmitgliedern und Agencies erscheinen als wirksamere Kontrollen.[125]

B. *Grundrechte („fundamental rights")*

40 Der zweite große Bereich, in dem sich die Verfassung im Verwaltungsrecht zur Geltung bringt, sind die Grundrechte. „Fundamental rights" können wichtige Teilaspekte verwaltungsrechtlicher Fallgestaltungen sein.[126]

I. Strukturen des Schutzes

41 Der historische Hintergrund muss hier nicht behandelt werden.[127] Die amerikanische Verfassung war zunächst ohne einen Grundrechtsteil verabschiedet, aber schon 1791 um eine *Bill of Rights* ergänzt worden, deren wichtigste Gewährleistungen die Religions-, Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit (Amendment I), der Schutz gegen Durchsuchungen und Festnahmen (Amendment IV) sowie eine Due Process Garantie bei

---

124 Dazu die Angaben bei *Breyer/Stewart*, 95 f. Aktiviert aber von Präsident Trump gegenüber Rechtsakten seines Amtsvorgängers, vgl. *P. J. Larkin Jr.*, Reawakening the Congressional Review Act, 41 Harv. J. L. & Pub. Policy 187 (2018). Zu einzelnen Problemen der Praxis vgl. *M. J. Cole*, Interpreting the Congressional Review Act, 70 Admin. L. Rev. 53 (2018).

125 *Breyer/Stewart*, 97 ff.; *Hickman/Pierce*, 122 ff. Detailliert zu den Zusammenhängen zwischen der jeweiligen Entscheidungsstruktur der Agency und den Möglichkeiten der Einflussnahme des Kongresses *B. D. Feinstein*, Designing Executive Agencies for Congressional Control, 69 Admin. L. Rev. 259 (2017).

126 Vgl. nur *Strauss*, Justice, 57 ff.; *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 197 ff. mit der zutreffenden Warnung vor einer zu einfachen Übertragung der mit dem Begriff „Grundrechte" verbundenen deutschen Vorstellungen. *Cane*, Controlling, 69 f.: „Read together, the first ten amendments are much more concerned with protecting the people as a whole against an over-powerful (federal) government than with protecting individuals and minorities against an overbearing majority".

127 Dazu *Loewenstein*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, 473 ff.; *D. Robertson*, in: Tushnet/Graber/Levinson, U.S. Constitution, 19, 32 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eingriffen in Leben, Freiheit und Eigentum (Amendment V) darstellen. Zu diesen Vorschriften, die sich zunächst nur gegen den Bund richteten und damit auch dem Kompetenzschutz der Gliedstaaten dienen sollten, trat 1868 nach dem Bürgerkrieg das Amendment XIV, das die Staaten zur Beachtung der Due Process Garantie und zur Gleichbehandlung aller Bürger („equal protection of the laws") verpflichtet. Beide Garantieebenen haben sich in der Folgezeit immer mehr einander angeglichen, so dass heute die in der Verfassung und den Zusatzartikeln normierten Gewährleistungen dem Bund und den Gliedstaaten weitgehend dieselben Verpflichtungen auferlegen.[128]

Die Grundrechte der amerikanischen Verfassung sind prinzipiell (nur) *Abwehrrechte* gegen die staatlichen Funktionsträger: ausgehend von einer Bindung der Gesetzgebung, auch Exekutive und Gerichte erfassend. Als solche haben sie einen unverbrüchlichen normativen Rang.[129] Eine *schutzrechtliche* Dimension besitzen sie dagegen allenfalls in Ansätzen, keineswegs aber in der breit ausgreifenden Form, in der das deutsche Recht sie kennt und etwa mit dem Recht auf polizeiliches Einschreiten in verwaltungsrechtlichen Sachverhalten zur Geltung bringt.[130] 42

Auch in ihrer abwehrrechtlichen Ausrichtung variieren die Tatbestände der Gewährleistungsnormen erheblich. Einige sind klar als subjektive Rechte ausgewiesen.[131] Andere legen Verbote für staatliche Interventionen fest.[132] Wieder andere ermächtigen, ohne zwischen Eingriff und Ausgestal-

128 Zur Anwendung der Bill of Rights auf dem Weg über die Due Process Klausel des XIV. Amendment vgl. 561 U.S. 742, 759–766 (2010) *McDonald v. City of Chicago*; *Chemerinsky*, 536 ff.; *Nowak/Rotunda*, § 10.2.

129 *F. Lange*, Grundrechtsbindung, 13 ff.

130 *Chemerinsky*, 576 (578 zur Auslegung der Due Process Klausel): „The government generally has no duty to provide protection from private inflicted harms. ... State and local government may create duties and remedies under their law, but they do not exist under the Constitution". *M. Gerbig*, Grundrecht auf staatlichen Schutz. Ein Vergleich von Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, 109 ff.; ferner *Lange*, Grundrechtsbindung, 416 ff.

131 Vgl. z. B. VI. Amendment: „the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial".

132 Vgl. z. B. I. Amendment: „Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof".

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tung zu trennen, den Kongress, „to enforce this article by appropriate legislation".[133] Eine feste Schrankendogmatik ist nicht ihr Ziel.[134]

43 Unrichtig wäre es allerdings, daraus auf eine reine Einzelfall- oder Einzelnorm-Judikatur zu schließen. Gerade angesichts der Breite der grundrechtlichen Schutzbereiche erscheint die Frage nach Grundlinien für die Rechtspraxis unvermeidbar. „Can the doctrine structure judicial choice in a manner both defensible in principle and predictable in practice?"[135] Mit gebotener Vorsicht lassen sich jedenfalls gewisse Orientierungslinien erkennen, denen es ähnlich wie in Deutschland um den Schutzbereich, den Eingriff und die Eingriffsrechtfertigung geht.[136] In diesen Grundlinien bewegt sich die Judikatur zu den Tatbestandsmerkmalen der einzelnen Garantienormen:[137] z.B. zum Begriff „freedom of speech" (I. Amendment) bei behördlichem Vorgehen gegen irreführende Werbung, zu den Begriffen „unreasonable searches and seizures" (IV. Amendment) bei polizeilichen Durchsuchungen und gewerberechtlichen Inspektionen, oder zum Begriff des „taking" (V. Amendment), der bei der Wirtschaftsregulierung eine Rolle spielen kann.[138] Zur Konkretisierung dienen dann einzelne schutzbereichsspezifische „tests", mit deren Hilfe der Fall in den Bestand der vorhandenen Rechtsprechung eingepasst wird.

II. Die übergreifende Rolle der *Due Process* Klausel

44 Ein in der Verfassung selbst vorfindlicher Ansatzpunkt, um typisch grundrechtliche Schutzstandards *allgemein* zu thematisieren, ist die Due Process

133 So XIV. Amendment sect. 5.
134 So *Brugger*, Einführung, 131.
135 So *Gellhorn*, 826 im Blick auf die Due Process Klausel.
136 Anhand der Due Process Klausel *Chemerinsky*, 946 ff.
137 Vgl. nur *Strauss*, Justice, 63 ff.
138 Anschaulich 576 U.S. __ (2015) *Horne v. Department of Agriculture*. Die Entscheidung betraf die Ablieferungspflichten für Getreide im Rahmen einer Marktordnung. Sie zeigt die Schwierigkeiten, über die „direct appropriation" hinaus auch bestimmte Nutzungsbeschränkungen („regulatory taking") in den Eigentumsschutz einzubeziehen und letztere von den normalen Nutzungsbeschränkungen abzugrenzen, die keine Entschädigung verlangen. Die Parallele zu den Abgrenzungsschwierigkeiten, wie sie in Deutschland früher zwischen „klassischer Enteignung" und „Aufopferungsenteignung" bestanden, bzw. heute zwischen entschädigungspflichtiger und entschädigungsloser Inhaltsbestimmung bestehen, liegt auf der Hand. Ausführlich zur „Taking" Klausel *Massey*, Constitutional Law, 601 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Klausel (V. und XIV. Amendment). Für die Disziplinierung der Exekutive und für die Herausbildung des Verwaltungsrechts kommt ihr eine herausragende Bedeutung zu.[139] Von ihr geht eine vereinheitlichende Wirkung aus, insofern sie Schutzanforderungen, die sich für einzelne Rechte oder Freiheiten stellen, auf sich konzentriert. „While the text of the Due Process clauses is extremely general, the fact that this text is (uniquely) twice in the Constitution strongly suggests an understanding that its words state a central proposition about the requirements of American legal order".[140]

Das Verständnis der Due Process Klausel wird allerdings dadurch erschwert, dass die Klausel neben ihrer naheliegenden prozeduralen Bedeutung auch noch einen *substantiellen* Bedeutungsgehalt haben soll.[141] Er wird an der Frage festgemacht, ob neben den im Verfassungstext ausdrücklich genannten Freiheiten noch andere Positionen anzuerkennen sind, die vor hoheitlichen Eingriffen geschützt werden sollten. Diskutiert wurde das zunächst an ökonomischen Freiheiten wie der Vertragsfreiheit.[142] Heute stehen die rights of privacy im Vordergrund.[143] 45

Für das Verwaltungsrecht hat vor allem der *prozedurale* Gehalt der Klausel Bedeutung – und zwar nicht nur für das administrative, sondern auch das gerichtliche Verfahren.[144] Ihre Anwendung verlangt zwei Untersuchungsschritte:[145] Auch hier muss zunächst der mit den Begriffen „life", „liberty" und „property" bezeichnete Schutzbereich definiert werden. In einem 46

139 *Pierce*, Process, § 3.3 a. E.: „Among the Bill of Rights protections, the due process clause is the most important for most types of administrative matters". Selbst wenn auf die Klausel zur Lösung konkreter Fälle direct selten zurückgegriffen wird, gilt: „Due process greatly influences agency procedures in several indirect ways", so *Hickman/Pierce*, 277 f.

140 *Strauss*, Justice, 74; ähnlich *Schwartz*, § 5.1 a. E.

141 *Nowak/Rotunda*, § 10.6, speziell zu Schwierigkeiten, „substantial" und „procedural" Due Process in verwaltungsrechtlichen Fällen voneinander abzugrenzen, dort § 10.6(d); ferner *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 269 ff.

142 Vgl. *Nowak/Rotunda*, § 11.2. Zu den „economic rights" vgl. die „*Slaughterhouse*" Fälle 83 U.S. 36 (1872) und den „*Lochner*" Fall 198 U.S. 45 (1905) *Lochner v. New York*.

143 Vgl. *Nowak/Rotunda*, § 11.7; *Massey*, Constitutional Law, 501 ff. und 514 ff. (u.a. Abtreibung, Familienplanung, assistierter Suizid).

144 *Gellhorn*, 763. Der Gesetzgeber verletzt die Due Process Klausel, wenn er eine Regelung trifft, deren Anwendung notwendig zu einer Verkürzung von Rechten im administrativen oder gerichtlichen Verfahren führt.

145 Vgl. *Pierce*, Process, § 6.3; *Hickman/Pierce*, 277 ff.; *Breyer/Stewart*, 626 mit dem Hinweis, dass die erste Stufe kategorisierend und die zweite Stufe balancierend angelegt ist. Im Einzelnen → 3/18–27.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zweiten Schritt ist dann zu untersuchen, welche konkreten verfahrensrechtlichen Garantien zu beachten sind, wenn in den Schutzbereich eingegriffen wird („which process is due?").[146]

1. „Due Process explosion" (Goldberg v. Kelly)

47 Die Entwicklung der Judikatur zu beiden Schritten spiegelt die Ausdehnung der Verwaltungsaufgaben und die dadurch bedingten Veränderungen der Verfahrensanforderungen eindrücklich wieder.[147] Das gilt insbesondere für den Ausbau der Leistungsverwaltung. Wurden staatlich gewährte Vergünstigungen ursprünglich nicht als Rechtspositionen anerkannt, deren Entzug den Due Process Schutz auslöste, so vollzog der Supreme Court 1970 in *Goldberg v. Kelly* die entscheidende Wende, indem er auch sozialrechtlichen Positionen den Schutz der Klausel zuerkannte.[148] Die Argumente sind etwas nüchterner formuliert, im Ansatz aber ganz ähnlich den Überlegungen, mit denen das Bundesverwaltungsgericht 1954 eine sozialstaatliche Wende einleitete, als es die überkommene behördliche Verpflichtung zu Fürsorgeleistungen zu einem Rechtsanspruch aufwertete.[149]

48 Ist der Schutzbereich der Klausel eröffnet, so bietet der um ein „Hearing" zentrierte Garantiegehalt nach angelsächsischer Rechtstradition ein breites Spektrum von Verfahrensgestaltungen.[150] Diese galt es in *Goldberg v. Kelly* auf die Situation sozialrechtlicher Massenverwaltung („mass justice") einzustellen. Die das Urteil tragende Richtermehrheit verlangte zwar nicht, die Maßstäbe des „judicial or quasi-judicial trial" einzuhalten, sah aber doch eine vorherige mündliche Anhörung des Sozialhilfeempfängers für notwendig an, zu der auch das Recht gehöre, „to confront and cross-exami-

146 Zum Folgenden *Strauss*, Justice, 74 ff.
147 Zur Entwicklung ausf. *Schwartz*, § 5.14 („privileges to rights").
148 397 U.S. 254 (1970) *Goldberg v. Kelly*.
149 Ebd., 265: „Welfare, by meeting the basic demands of subsistence, can help bring within the reach of the poor the same opportunities that are available to others to participate meaningfully in the life of the community". BVerwGE 1, 159, 161: Der Einzelne ist nicht mehr „Untertan, sondern Bürger"; er wird „als selbständige sittlich verantwortliche Persönlichkeit und deshalb als Träger von Rechten anerkannt".
150 Ein festliegender Bestand an Vorkehrungen ist das freilich nicht; *Breyer/Stewart*, 642: „Note at the outset that ‚due process' is not a fixed set of procedures".

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ne the witnesses".[151] Dass damit die Möglichkeiten, nach Millionen zählende Verwaltungsvorgänge zu bewältigen, überschätzt wurden, hatte schon der dissentierende Richter Black kritisch eingewandt[152] und damit in der Literatur vielfach Gefolgschaft gefunden.[153] In der Folgezeit hat der Supreme Court auf diese Kritik reagiert. In der Leitentscheidung *Mathews v. Eldridge* aus dem Jahre 1976 hat er die Verfahrensanforderungen für eine Reihe ähnlicher Fallgestaltungen zurückgefahren. Die Grundlinie wurde zwar beibehalten, aber bei der Ausbalancierung der erforderlichen Verfahrensstandards auch die Effizienz der Verwaltung in Rechnung gestellt.[154]

2. Die Anpassungsfunktion der Klausel

Goldberg v. Kelly gilt als Markstein auf dem Weg zur Modernisierung des 49
Verwaltungsrechts.[155] Die traditionelle Interpretation der Klausel wurde den Aufgaben des Sozial- und Leistungsstaates nicht mehr gerecht. Dieses zu thematisieren bot die Due Process Idee eine geeignete Plattform. In der Auseinandersetzung mit den Tatbestandsmerkmalen der Klausel hat sich das amerikanische Recht einen Zugang geschaffen, um auf veränderte Handlungsweisen der Verwaltung und auf veränderte gesellschaftliche Einschätzungen zu reagieren. „The 'due process explosion' has also carried over into administrative and custodial 'enclaves', such as hospitals, prisons, and the military, which traditionally were largely immune from judicial control".[156] Hier sind Entwicklungen verarbeitet worden, die sich in der deutschen Grundrechtsdogmatik als Fragen nach dem Eingriffscharakter von Verwaltungsmaßnahmen darstellen – zunächst in den Diskussionen um den Abbau der sog. besonderen Gewaltverhältnisse und in jüngerer Zeit im Umgang mit administrativen Informationstätigkeiten.[157]

---

151 397 U.S. 254, 269 f. (1970) *Goldberg v. Kelly*.
152 Ebd., 282 f.; auch Chief Justice Burger 284.
153 Vgl. *Schwartz*, § 5.27: „In all these areas, undue judicialization may frustrate effective administration in the interest of those intended as the law's beneficiaries". Ferner *Gellhorn*, 793 ff.
154 424 U.S. 319 (1976) *Mathews v. Eldridge*. Dazu → 3/22–24.
155 *Schwartz*, § 5.16: „Goldberg v. Kelly marks a watershed in the law of administrative procedure".
156 *Breyer/Stewart*, 608.
157 Vgl. nur BVerfGE 33, 1 (Strafgefangenenverhältnis); BVerfGE 58, 257 (Schulverhältnis); BVerwGE 71, 183, aber auch BVerfGE 105, 252 (Verbraucherinformationen). *D. Ehlers*, in: Ehlers/Pünder, Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 47.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

C. Zu den Aufgaben des Gesetzes

50 Haben sich Gewaltenteilung und Grundrechte als die beiden wichtigsten verfassungsrechtlichen Eckpfeiler des Verwaltungsrechts erwiesen, so liegt es nicht fern, die vorausgehenden Beobachtungen noch einmal an einem Rechtsinstitut zu bedenken, das in beiden Kontexten eine Rolle spielt: am *Gesetz*.

I. Unterschiedliche Zugänge der beiden Verwaltungsrechtsordnungen?

51 Deutsche Lehrbücher zum (allgemeinen) Verwaltungsrecht widmen eines ihrer wichtigsten Kapitel üblicherweise dem Thema „Gesetz und Verwaltung". Die Darstellung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Gesetzesvorrang und Gesetzesvorbehalt) ist häufig *der* Angelpunkt, um das Verwaltungsrecht auf die Verfassung zu beziehen. Dabei dominieren die Konnotationen rechtsstaatlicher Verwaltung.[158] Neben der Bindung an die Vorgaben der Legislative steht die Kontrolle durch die Judikative, die die Einhaltung der gesetzlichen Regelungen überprüft. Das ist gute Mayersche Tradition.[159] Die weiteren Aufgaben des Gesetzes als Mittler demokratischer Legitimation und als Instrument politischer Gestaltung blieben lange Zeit im Hintergrund, gehören heute aber ebenfalls zum Repertoire der verwaltungsrechtlichen Lehrbuchliteratur.[160]

52 In den Lehrbüchern zum amerikanischen Verwaltungsrecht ist das Gesetz selbst als eigenständiger Untersuchungsgegenstand kaum präsent.[161] Speziell zum Gesetzesvorbehalt heißt es, er sei „eine bis heute in den Vereinigten Staaten ungebräuchliche und nicht übersetzbare juristische Kategorie".[162] Dafür lassen sich mehrere Gründe anführen: Zum einen sind es die

---

158 *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 1; *D. Ehlers*, in: Ehlers/Pünder, Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 40 ff. i. V. § 6 Rn. 19 ff.

159 *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 1, 62 und 58: „Wir können also kurz sagen: der Rechtsstaat ist die tunlichste Justizförmigkeit der Verwaltung". „Die Verfassung bietet dazu das Mittel des Rechtssätze liefernden Gesetzes".

160 Vgl. *F. Reimer*, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: GVwR I, § 9 Rn. 1; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 20 Rn. 17 ff.; auch *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 6.

161 Ein eigenständiges Thema ist aber die Gesetzesauslegung durch die Verwaltung; → 2/66–68.

162 So *Lepsius*, Verwaltungsrecht, 206; anders *Currie*, Verfassung, 30 ff., der aus *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* neben dem Vorrang auch einen allgemei-

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verfassungsunmittelbaren Kompetenzen des Präsidenten, die die für parlamentarischen Regierungssysteme zwingende Konzentration auf das Gesetz zurückdrängen. Zum andern können die traditionell unterschiedlichen Konzepte von „Rule of Law" und „Rechtsstaat" eine Rolle spielen.[163]

Daraus darf jedoch nicht auf eine nur geringe Rolle des Gesetzes im 53
amerikanischen Verwaltungsrecht geschlossen werden. Das Sozial- und Leistungsverwaltungsrecht hat die Koordinaten verändert.[164] Das Umweltrecht als ein weiteres Referenzgebiet des modernen Verwaltungsrechts bestätigt diese Erkenntnis.[165] Es sind die Gebiete des Besonderen Verwaltungsrechts, die die Defizite der klassischen common law Ansätze („torts" und „contracts") gezeigt haben.[166] Der „administrative state" musste sich nach anderen Instrumenten umsehen und griff dazu in großem Umfang auf das *Gesetz* als Mittel der Politikgestaltung zu.[167] In der Phase des New Deal geschah das unter Nutzung extrem weitgefasster Rechtsbegriffe („in the public interest", „reasonable"). In den 1960er und 1970er Jahren, den Zeiten der großen Gesetzgebungsaktivitäten auf den Gebieten des Umwelt- und des Verbraucherschutzrechts, wurde es jedoch durchaus üblich, die Tatbestände der Fachgesetze genauer zu

---

nen Vorbehalt des Gesetzes ableitet. Das gilt jedoch nur, soweit nicht verfassungsunmittelbare Ermächtigungen existieren.

163 *Lepsius*, Verwaltungsrecht, 211: „Während unter dem Rechtsstaat das Gesetz zur verbindenden Zentralkategorie wird, ist es bei der Rule of Law der Richter". Vgl. aber auch →1/7–9.

164 Zur Social Security Administration (SSA) vgl. nur die Angaben bei *Gellhorn*, 317 ff. Konzeptionelle Überlegungen dazu bei *Mashaw*, Bureaucratic Justice; *Breyer/Stewart*, 608: „The conceptual model, keyed to the protection of personal interest at common law, perhaps worked tolerably well until the New Deal". „However the traditional model has serious limitations in the context of the modern welfare and service state".

165 *Nash*, Environmental Law, 9 ff., 13: „The form of modern environmental law is responsive to the shortcomings of the common law. … modern environmental law generally takes an ex ante approach and favors administrative agencies over judicial adjudication".

166 *Bressman/Rubin/Stack*, The Regulatory State, 59 ff. führen die folgenden allgemeinen „limitations of common law adjudication" auf: retrospektiv, reaktiv verbleibende Rechtsunsicherheiten, Grenzen der institutionellen Leistungsfähigkeit gerichtlicher Verfahren, Abkoppelung der Richter von der Politik und fehlende „political accountability", mangelnde Erfassung aller interessierten Personen, Abhängigkeit gerichtlicher Verfahren von privater Klageerhebung.

167 Dazu die Aufstellungen bei *Sunstein*, Rights Revolution, 24 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fassen.[168] „As a result, lawyers who operate in the regulatory state (which is to say nearly all lawyers) need to have an understanding of legislation".[169]

II. Ausgewählte Tatbestände verwaltungsrechtlicher Gesetze

54 Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, sich mit den Gesetzen des Fachverwaltungsrechts und ihren Tatbestandsstrukturen zu beschäftigen. Ausgewählt werden Beispiele aus dem Umweltrecht (1) und dem Migrationsrecht (2). Sie zeigen: Das Erscheinungsbild und der innere Aufbau amerikanischer Verwaltungsgesetze sind anders als ihre deutschen Entsprechungen.[170] Sie folgen einer außerordentlich detaillierten Regelungstechnik, für die Definitionen und Zuständigkeitsvorschriften eine wichtige Rolle spielen. Doch ist nicht alles Verfahren und Organisation. Die Aufgaben und Befugnisse der Behörden werden auch durch materielle Tatbestandsmerkmale umschrieben, deren Präzisionsgrad – nicht anders als in Deutschland – natürlich von den Eigenheiten des geregelten Sachbereichs abhängt. Weniger ausgeprägt ist allerdings die Vorstellung, dass sich über allgemein gefasste Tatbestandsmerkmale wirklich eine weitgehende Rechtsanwendungsgleichheit erzielen lasse. Empirisch z. B. im Asyl- und im Sozialverwaltungsrecht feststellbare Entscheidungsdivergenzen zwischen Amtsträgern, die denselben Tatbestand anwenden („interdecisional inconsistency"), lassen nach zusätzlichen (bürokratischen) Steuerungsmechanismen suchen.[171]

---

168 *Sunstein*, ebd., 29 f. (auch zum Hintergrund der veränderten Gesetzgebungstechniken: „Congress largely abandoned the New Deal faith in administrative autonomy. Bureaucracy was the problem rather than the solution").

169 *Bressman/Rubin/Stack,* The Regulatory State, 89.

170 *Lepsius*, Verwaltungsrecht, 128 ff.; ders., Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV Beiheft 7 (2007), 319, 325 f.

171 Vgl. *Hickman/Pierce*, 366 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Umweltrecht: Clean Air Act (CAA)

In etwa 200 oft mehrseitigen Vorschriften enthält der Clean Air Act die wesentlichen Regelungen des föderalen Immissionsschutzrechts.[172] In seinem Zentrum steht die Festlegung von Umweltqualitätsstandards.[173] Mit der administrativen Durchführung des Gesetzes ist die Environmental Protection Agency (EPA) betraut. Zwar werden auch die Gliedstaaten in mehrfacher Hinsicht in den Vollzug einbezogen.[174] Aber die Schlüsselrolle spielen die EPA und ihr Direktor („Administrator").[175] Zu letzterem heißt es in 42 U.S.C. § 7601 (a)(1): „The Administrator is authorized to prescribe such regulations as are necessary to carry out his functions under this Chapter". Das ist eine weit gefasste Kompetenzvorschrift, der über ihren zuständigkeitsbegründenden Gehalt hinaus kaum inhaltliche Aussagen zu entnehmen sind.[176] *55*

Es wäre jedoch verfehlt, aus dem Text dieser Vorschrift ganz generell auf eine nur geringe Steuerungskraft des Clean Air Act zu schließen. Das Gesetz kennt vielmehr zahlreiche Vorschriften, die die Regelungsbefugnisse des Administrators detaillierter fassen. Das gilt schon für die allgemeine Klausel, Luftqualitätsstandards festzulegen. 42 U.S.C. § 7409 (b)(1) gibt dafür das Ziel vor, die Standards müssten erforderlich sein, „to protect the *56*

---

172 Kodifiziert 42 U.S.C. §§ 7401 seq.; ergänzend das Verordnungsrecht in CFR Title 40. Im Einzelnen *Vanderver*, Clean Air Law and Regulation; *Percival/Schroeder/Miller/Leape*, Environmental Regulation, 499 ff.; knappe präzise Darstellung auch bei *Elshorst*, Bürgervollzugsklagen, 99 ff.; *M. Schulte*, Umweltrecht, in: H. D. Assmann (Hrsg.), Handbuch das US-amerikanischen Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts, Bd. 1, 2001, 623 ff.

173 „National Ambient Air Quality Standards" (NAAQS); dazu *Percival/Schroeder/Miller/Leape*, Environmental Regulation, 551 ff. Zu weiteren Instrumenten vgl. den Überblick bei *Mezger*, Umweltverträglichkeitsprüfung, Umweltschutz und räumliche Planung in den USA, 23 ff.

174 42 U.S.C. § 7410; vgl. *Nash*, Environmental Law, 55: „It also relies on considerable input from, and action by, individual states". Zur Einbeziehung Privater in die Rechtsdurchsetzung („private law enforcement") → 2/128 ff.

175 Die EPA ist als „independent executive agency" aus der üblichen Departmentsstruktur herausgenommen. Sie wird anders als die „independent regulatory commissions" nicht von einem Kollegialgremium, sondern von einem Direktor geleitet, der vom Präsidenten mit Zustimmung des Senats nach Art. II sect. 2 der U.S.Verf. ernannt wird und vom Präsidenten nach seinen politischen Vorstellungen („at will") auch wieder entlassen werden kann; dazu *Strauss*, Justice, 175 f. Die EPA hat ca. 17.000 Bedienstete. Ihr Sitz ist Washington; sie verfügt über 10 Außenstellen im ganzen Lande. Vgl. *Kubasek/Silverman*, 100 ff.

176 Zu den einzelnen Aufgaben der EPA vgl. *Kubasek/Silverman*, 156 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

public health" „and allowing an adequate margin of safety". Noch genauer sind die gesetzlichen Vorgaben des CAA dort, wo es darum geht, Emissionsstandards für besonders gefährliche Stoffe zu schaffen.[177] Die einschlägige Bestimmung (42 U.S.C. § 7412) ist mit einem Umfang von 50 Seiten ein eigenes Gesetz im Gesetz. Sie listet die Schadstoffe, für die Standards vorgeschrieben werden sollen, selbst auf (b)(1) und gibt vor, an welchen Kriterien sich die EPA bei der Festsetzung ausrichten soll (d)(2).[178] Die Vorgaben stehen in ihrem Genauigkeitsgrad den Verordnungsermächtigungen des deutschen Immissionsschutzrechts (§§ 7, 34 BImSchG) nicht nach.

57 Der Clean Air Act lässt es auch nicht dabei bewenden, in seinen wesentlichen Bestimmungen nur Verfahrensrecht festzulegen. Die prozedurale Umhegung der Entscheidungskompetenzen spielt zwar eine wichtige Rolle. Aber daneben stehen materielle Vorgaben, zu deren Konkretisierung auf die in 42 U.S.C. § 7401 dargestellten Ausgangsüberlegungen des Gesetzgebers („findings and purposes") zurückgegriffen werden kann. Hinzu kommen die zahlreichen und detaillierten gesetzlichen Definitionen. Solche Definitionen werden in der Literatur gelegentlich als Ausdruck typischen common law Denkens genommen. Das mag in historischer Perspektive zutreffen, ist im Umweltrecht aber auch der technisch komplizierten Materie geschuldet und findet sich ähnlich im deutschen Recht. Definitionen sind nützliche Elemente auch, wenn es darum geht, den materiellen Steuerungsgehalt von Normen herauszuarbeiten.

2. Migrationsrecht: Immigration and Nationality Act (INA)

58 Ging es im Umweltrecht des CAA vorrangig um den Vollzug von Gesetzen mittels Festlegung allgemeiner Regelungen, so steht beim Vollzug des Immigration and Nationality Act (INA)[179] der Erlass von Einzelentscheidungen im Vordergrund: die Erteilung von Visa, die Gewährung von Asyl, die Entscheidung über Einbürgerungsanträge oder auch über Rückführungen. Die materiellen Voraussetzungen dieser Entscheidungen sind im INA de-

177 Dazu *Nash*, Environmental Law, 63 f.; *Breyer/Stewart*, 83.

178 Beispielhaft: „maximum degree of reduction", „taking into consideration the cost and any non-air-quality health and environment impact". Vgl. § 3 Abs. 6 BImSchG: „allgemein hohes Schutzniveau".

179 In der kodifizierten Fassung 8 U.S.C. §§ 1101 seq.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tailliert geregelt.[180] Die Systematik des Gesetzes und die Übersichtlichkeit der Vorschriften mögen – nicht zuletzt durch vielfache Novellierungen – defizitär sein.[181] Das Bemühen um Genauigkeit der Gesetzestatbestände ähnelt der Situation im deutschen Asyl- und Aufenthaltsrecht; eher werden noch mehr Einzelheiten geregelt.[182] „Over the twentieth century, Congress developed a detailed, rule-bound immigration code".[183] Jedenfalls bestätigt der Detaillierungsgrad des INA weder die Unfähigkeit noch den Unwillen des Kongresses, komplizierte und umstrittene Fragen selbst zu entscheiden. In diese Beurteilung müssen auch hier die ausgreifenden und äußerst genauen Definitionsvorschriften einbezogen werden. Sie enthalten zwar unmittelbar keine Ermächtigungsbestimmungen. Aber sie unterstreichen die gesetzgeberische Durchdringung des Regelungsbereichs; denn Definitionen, Einbeziehungen und Ausgrenzungen, lassen sich nicht festlegen, ohne genaue Kenntnisse der Sache selbst zu besitzen.

Das Migrationsrecht ist im Kern ein Gebiet der Vollzugsverwaltung. Der 59
praktische Vollzug liegt weitgehend bei den US Citizenship and Immigration Services (USCIS).[184] Die Statusentscheidungen werden verbindlich von „immigration judges" getroffen, die von dem Justizministerium ernannt werden und in ihren Entscheidungen unabhängig sind.[185] Die Entscheider haben die Tatbestandsmerkmale der einschlägigen Gesetzesvorschriften Punkt für Punkt auszulegen und anzuwenden. Bekanntgemachte Präzedenzentscheidungen sind dabei zu beachten. Dass diese Vorgänge gleichwohl nicht als Subsumtionsmechanismen missverstanden werden

---

180 Es finden sich sogar Bestimmungen, die z.B. Höchstzahlen für die jährliche Zuwanderung festlegen (8 U.S.C. §§ 1151–1153).

181 Vgl. die Kritik von *S. H. Legomsky*, Restructuring Immigration Adjudication, in: 59 Duke L. J. 1635, 1638 (2010): „The labyrinth known as the Immigration and Nationality Act".

182 Vgl. z. B. die Gründe für die Versagung eines Aufenthaltstitels in 8 U.S.C. § 1182 mit §§ 5–11 AufenthG. Speziell für die Gewährung von Asyl 8 U.S.C. § 1158; hier dürften die Regelungen, die das AsylG selbst trifft, etwas ausführlicher sein.

183 *A. Cox/C. Rodrígues*, The President and Immigration Law, in: 119 Yale L. J. 458, 463 (2009).

184 USCIS ist eine Bundesbehörde im Geschäftsbereich des Homeland Security Departments mit 19.000 Bediensteten, die ihren Sitz in Washington hat und über etwa 250 Außenstellen verfügt. Grundlage ist der Homeland Security Act von 2002 (Pub. L. No. 107–296).

185 Die „immigration courts" sind nicht Teil der rechtsprechenden Gewalt i. S. Art. III der U.S.-Verf., sondern gehören zur Exekutive. Eingebunden sind sie in das Executive Office for Immigration Review (EIOR) und das dortige Office of the Chief Immigration Judge.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dürfen, sondern etwa von der Variationsbreite prognostischen Entscheidens und auch von den Vorverständnissen des zuständigen Beamten geprägt sind, ist empirisch wiederholt dargetan worden.[186]

60 Die zuständigen Stellen suchen, den Gefahren von „interdecisional inconsistency" dadurch vorzubeugen, dass sie die Entscheider vor Ort durch Interpretationsleitlinien und Handbücher und andere „guidance documents" auf eine einheitlichere Vollzugspraxis festlegen. Gerade von den USCIS heißt es, sie nutzten diese Instrumente in ausufernder Weise und machten nicht deutlich, welche normative Bedeutung solche Vorgaben haben.[187] Die Praxis der norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften ist auch in Deutschland gängig und begegnet vergleichbaren Einwänden. Unterschiedlich sind aber die Reaktionen: Während man in Deutschland darauf setzt, dass die Gerichte im Streitfall der „richtigen" Gesetzesauslegung zum Siege verhelfen werden, sucht man in den USA die Lösung auf der Ebene der Verwaltung und verlangt, dass der Erlass solcher Vorschriften nach dem Maß ihrer faktischen Bindungswirkung an bestimmte prozedurale Standards geknüpft wird.[188]

III. Methoden der Gesetzesanwendung

61 Allgemeine Ausführungen zur Auslegung und Anwendung von Rechtstexten finden sich in den amerikanischen Verwaltungsrechtslehrbüchern nicht eben häufig.[189] Die systematische Behandlung dieser Themen bleibt der Rechtstheorie und der Methodenliteratur überlassen (1). Wohl aber stellt die Frage, wie sich speziell die Gesetzesanwendung durch die Exekutive vollzieht, einen wichtigen Behandlungsgegenstand der verwaltungsrechtlichen Standardwerke dar. Die Erörterungen stehen regelmäßig im Zusammenhang mit der Frage, wieweit die Verwaltung auf diesem Felde von den Gerichten kontrolliert werden kann; dazu wird insbesondere die *Chevron*-Entscheidung des Supreme Court breit diskutiert (2).

62 Spätestens an dieser Stelle wird deutlich, dass die Gleichsetzung der administrativen mit der richterlichen Gesetzesanwendung, wie sie die

186 Vgl. nur *Miller/Keith/Holmes*, Immigration Judges and U.S. Asylum Policy 53 ff.
187 Ausführlich *J. Family*, Administrative Law through the Lens of Immigration Law, in: 64 Admin. L. Rev. 565, 586 (2012).
188 *Family*, ebd., 610 ff.; vgl. → 3/106.
189 Ausführlich etwa *Bressman/Rubin/Stack*, The Regulatory State, 175 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

deutsche Lehre vornimmt,[190] in Amerika kaum auf Verständnis rechnen kann. Das amerikanische Rechtsdenken betont die unterschiedlichen Aufgaben und Entscheidungssituationen der beiden Gewalten bei der Gesetzesanwendung. „What decision-procedures should particular institutions, with their particular capacities, use to interpret this text?"[191]

1. Allgemein zu Methodenfragen

Umfassendere Darstellungen der Rechtsanwendung, auf die für verwaltungsrechtliche Fragen zurückgegriffen werden kann, finden sich in rechtstheoretischen, methodologisch ausgerichteten Werken.[192] „Statutory Law" und „Common Law" werden heute gleichermaßen intensiv behandelt. Der *Syllogismus* der Rechtsanwendung spielt allerdings keine zentrale Rolle.[193] Doch werden die wichtigsten der in Deutschland in diesem Zusammenhang behandelten Auslegungskriterien auch in der amerikanischen Lehre diskutiert. In welchem Rang sie zueinander stehen, ist ähnlich ungewiss wie in Deutschland.[194] 63

190 Vgl. etwa *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 5; *Schoch*, Verwaltungskontrollen, GVwR III, § 50 Rn. 255: „Identität von Handlungsanweisung und Kontrollnorm".

191 So *Vermeule*, Judging, 1. Im Ergebnis ebenso *O. Lepsius* (Fn. 170), in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV 2007 Beiheft 7, 319, 320 ff.

192 *Greenawalt*, Interpretation; *Strauss*, Legal Methods; *Eskridge/Frickey/Garrett*, Legislation and Statutory Interpretation; *Brugger*, Einführung, 194 ff.; vergleichend *Melin*, Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland, mit zusammenfassenden Feststellungen 50 ff. und 304 ff.

193 Zum *deutschen* Recht: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 190 ff. und 677 ff (Syllogismus), Rn. 731 ff. (Auslegungskriterien: Wortlaut, systematische Auslegung, historische Auslegung), ferner *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 78. Zum *amerikanischen* Recht: Auch hier wird der Begriff „canon" in diesem Zusammenhang benutzt, ist aber nicht auf die klassischen Kriterien festgelegt; vgl. *Strauss*, Legal Methods, 267 ff. (in Abgrenzung zu „maxims of interpretation"); *Greenawalt*, Interpretation, 117 ff. (canons als „principles of interpretation", mit der Unterscheidung von „linguistic" und „substantive canons").

194 Dazu *Greenawalt*, Interpretation, 140: „In examining text, intent, canons, precedents, coherence with other laws, subsequent legislative action, and other variables, we have seen how powerful is the position that multiple considerations are relevant for statutory interpretation and that no neat categorization of these consistently produce simple answers when the force of statutory language is not evident". Speziell zur Bedeutung der Entstehungsgeschichte vergleichende Bemerkungen bei *A. Milstein*, Urteilsanmerkung NVwZ 2015, 984 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

64 Die Grundpositionen sind durch die Begriffe „text" und „intent" ausgedrückt.[195] Eine gewisse Orientierung kann ein Gruppierungsvorschlag geben, der zwischen „Textualists", „Intentionalists" und „Purpositivists" unterscheidet.[196] Textualisten beharren auf einer eng am Wortlaut des Gesetzestextes ausgerichteten Auslegung. Intentionalists und Purpositivists wollen entscheidend auch auf den vom Kongress verfolgten Regelungszweck abstellen, erstere mehr auf den Zweck der konkreten Norm, letztere stärker auf den weitergesteckten politischen Zweck.[197] Der Textualismus hat in jüngerer Zeit zwar an Boden gewonnen, aber eine einheitliche oder dominante Auslegungslehre lässt sich in der Judikatur nach wie vor nicht nachweisen.[198] Die Rechtsprechung vermeidet eindeutige Festlegungen,[199] so prononciert auch einzelne Richter für die eine oder andere Methode votieren mögen.[200]

65 Gemeinsam ist allen Ansätzen das Bemühen, an erster Stelle aus dem Wortlaut des Gesetzes Erkenntnis zu gewinnen.[201] Dabei ist es üblich, umfangreich auf Wörterbücher zuzugreifen, um den allgemeinen Sprachge-

---

195 Dazu *Greenawalt*, ebd., 43 ff.; *Bressman/Rubin/Stack*, The Regulatory State, 330 ff.

196 *Bressman/Rubin/Stack*, ebd., 1056 ff.; *Eskridge/Frickey/Garrett*, Legislation and Statutory Interpretation, 219 ff. Das gilt für die Interpretation von Verfassungsrecht und von einfachem Gesetzesrecht. Auf erstere ist der politische Diskurs zur Zeit besonders ausgerichtet; vgl. *Brugger*, Einführung, § 16; *J. Reich*, „Originalism" als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution, in: JöR 65, 2017, 713 ff.; *O. Lepsius*, The Second Amendment and the Debate on Originalism, in: Kaiser/Petersen/Saurer (eds.), The U.S. Supreme Court and Contemporary Constitutional Law, 149 ff.

197 Ausführlich zur Rolle der Gesetzesgeschichte *Greenawalt*, Interpretation, 77 ff.

198 *Gellhorn*, 1057. In der Sache ausführlich begründet bei *Vermeule*, Judging, pass.: als „formalism", der durch ein „institutional argument" gestützt ist.

199 Dazu die Interviews von 42 Richtern an Bundesgerichten, *A. R. Gluck/R. A. Posner*, Statutory Interpretation on the Bench: A Survey of forty-two Judges on the Federal Courts of Appeals, 131 Harv. L. Rev. 1298 (2018).

200 Beispiele bei *Gellhorn*, 1047; etwa 512 U.S. 218 (1994) *MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone and Telegraph Co.*: Scalia, J. für die Mehrheit 225, dagegen Steven, J., Blackmun, J. und Souter, J. diss. 235: „The Court today abandons that approach in favor of a rigid literalism that deprives the FCC of the flexibility Congress meant it to have in order to implement the core policies of the Act in rapidly changing conditions."

201 Vgl. z. B. 482 F. 2d 672 (D.C. Cir. 1973) *National Petroleum Refiners Ass'n v. FTC* (abgedr. bei *Breyer/Stewart*, 479): „As always, we must begin with the words of the statute creating the Commission and delineating its powers".

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

brauch und seine Varianten auszuloten.[202] Die Judikatur besteht an dieser Stelle zunächst einmal aus harter Begriffsarbeit. Dass die Verpflichtung auf den Gesetzestext für einen aus der common law Tradition kommenden Juristen ungewohnt sein mag, wird in der Literatur herausgestellt; ebenso wird aber auch die Unverzichtbarkeit einer solchen Arbeit betont, wenn es um das Verwaltungsrecht und das dort besonders wichtige „statutory law" geht.[203]

2. Speziell zur administrativen Gesetzesauslegung

Die Gesetzesauslegung speziell durch die Verwaltung bildet einen eigenen Untersuchungsgegenstand.[204] Gerade in diesem Kontext wird auch die verfassungsrechtliche Basis der Methodenlehren diskutiert. Zum klassischen Thema, dem Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber als „faithful agent or independent actor", tritt hier die Stellung der Exekutive als einer eigenständig legitimierten Gewalt.[205] Die amerikanische Literatur ist in diesem Punkte differenzierter als die meisten deutschen Methodenlehren, die ihre Beispiele regelmäßig aus dem Privatrecht beziehen und – mehr oder weniger unausgesprochen – die Perspektive des Zivilrichters einnehmen. 66

202 Statistische Nachweise dazu bei *Gellhorn*, 1058. Dass dabei allerdings nicht notwendig der allgemeine Sprachgebrauch den Ausschlag gibt, sondern das Gesetz mit seinem eigenen, durch das Regelungsziel bestimmten Begriffsverständnis zu erfassen ist, zeigt das von Richter Gorsuch verfasste Mehrheitsvotum (Roberts, Ginsburg, Breyer, Sotomayor, Kagan) in *Bockstock v. Clayton County* 590 U.S.__(2020)(slip op. at 4–9). Scharfe Kritik daran von Richter Alito, der eine Veränderung des traditionellen Verständnisses befürchtet (dort slip op. at 3: „The Court's opinion is like a pirate ship").

203 *Strauss*, Legal Methods, 61 (von den Denkgewohnheiten der aus dem common law Denken kommenden amerikanischen Studenten ausgehend): „They are tempted to handle statutes with the freedom of paraphrase that they are encouraged to use in stating case law principles. Of course statutes may leave issues in doubt. … Yet one must begin with the authoritative text." Zu verbleibenden Unterschieden zwischen common law und civil law Juristen im Umgang mit den Gesetzestexten → 1/9.

204 Vgl. nur die bei *Cane*, Controlling, 237 Fn. 114 nachgewiesenen jüngeren Stellungnahmen.

205 *Strauss*, Justice, 484 ff.; *Vermeule*, Judging, 183 ff.; *Greenawalt*, Interpretation, 141 ff. (mit Hinweis auf die andere Ausgangslage in parlamentarischen Regierungssystemen).

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

67 Die unterschiedlichen Zugänge beider Rechtsordnungen lassen sich an der *Chevron*-Entscheidung des Supreme Court aus dem Jahre 1984 verdeutlichen.[206] Die Entscheidung betrifft den administrativen Umgang mit dem Gesetz zwar nicht in ganzer Breite, sondern nur die Fälle, in denen eine Fachbehörde das für sie einschlägige Fachrecht auslegt („agency-administered statutes"). Weil das in der amerikanischen Verwaltung aber eine Standardsituation ist, hat *Chevron* hohe Signifikanz und wird in der verwaltungsrechtlichen Literatur nach wie vor als Leitentscheidung für die vorliegende Problematik behandelt.[207] In der Sache geht das Urteil von einer zweigeteilten Interpretationskompetenz aus („Chevron two-step test"): Auf der ersten Stufe ist zu fragen, ob das Gesetz selbst eine eindeutige Entscheidung getroffen hat; inwieweit das der Fall ist, haben letztverbindlich die Gerichte festzustellen. Erst wenn sich zeigt, dass der Kongress die Sache offen gelassen hat, geht die Kompetenz zur verbindlichen Auslegung an die Verwaltung über. Es sei – wie klar gesagt wird – in einer solchen Situation nicht Sache der Gerichte, sondern der fachlich zuständigen Behörde, über Fragen der politischen Gewichtung und eines vernünftigen Interessenausgleichs zu entscheiden.[208] Fachbehörden sind regelmäßig auch intensiv in die parlamentarischen Vorbereitungen der sie betreffenden Gesetze eingebunden und haben damit einen besonderen Zugang zu den Erwägungen, die den Kongress zu den umstrittenen gesetzlichen Formulierungen bestimmt haben. Expertise und demokratische Verantwortung der jeweiligen Fachbehörde für die Konkretisierung des von ihr zu vollziehenden Fachgesetzes bilden die Grundannahmen, die die Zurückhaltung der Gerichte („deference") indizieren.

68 Die USA weichen damit nicht nur von der deutschen, sondern auch von der englischen Rechtsauffassung ab, die die letztverbindliche *Auslegung* der Gesetze durchgängig den Gerichten vorbehalten.[209] Die *Chevron*-Doktrin gilt als ein Eckpfeiler im Konzept des „administrative state" amerikanischer Prägung, für das die besondere Sachkunde der Verwaltung von Anfang an

---

206 467 U.S. 837 (1984) *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defence Council (NRDC).* Dazu im Einzelnen → 4/124–135.

207 Vgl. nur *Aman*, 776 ff.; *Bressman/Rubin/Stack*, The Regulatory State, 679 ff.; *Eskridge/Frickey/Garrett*, Legislation and Statutory Interpretation, 322 ff.; *Gellhorn*, 1056 ff.; *Gifford*, Administrative Law, 66 ff.

208 467 U.S. 837, 865 (1984) *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*: „Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government".

209 *E. Schmidt-Aßmann*, Die Chevron-Doktrin auf dem Rückzug?, EurUP 2019, 395, 398 f. Zum engl. Recht *Cane*, Controlling, 211 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ein zentraler Baustein war.[210] Ihre Verabschiedung oder erhebliche Einschränkung, für die es in jüngster Zeit deutliche Anzeichen gibt, wäre weit mehr als die Korrektur einer überkommenen, gefestigten Rechtsansicht (→ 6/37–40).

Zweiter Abschnitt Die Bundesstaaten und die Gemeinden im Verwaltungssystem der USA

A. *Vergleichende Ausgangsüberlegungen*

Die engen Beziehungen zwischen Verwaltungsrecht und föderalem Staatsaufbau liegen auf der Hand. Die Rechtsetzungs- und Vollzugsbedingungen einer bundesstaatlichen Verfassung sind daher notwendig ein prägendes Element des Verwaltungsrechts. Bundesstaatlichkeit und Gewaltenteilung verfolgen beide die Ziele eines die bürgerlichen Freiheiten schützenden Verwaltungsrechts.[211] So selbstverständlich sind die Beziehungen, dass sie in den Lehrbüchern des Verwaltungsrechts beider Länder kaum eine eigene geschlossene Behandlung erfahren.[212] Sie bilden zwar die Folie, vor der die verwaltungsrechtlichen Standardthemen (Handlungsformen, Verfah- 69

210 Dazu nur *Landis*, The Administrative Process, 23 f.; referierend *Waldo*, The Administrative State, 89 ff.; krit. *Freedmann,* Crisis and Legitimacy, 44 ff. Speziell zu „legal profession" vgl. *Ernst*, Tocqueville's Nightmare, 28 ff.

211 Zu diesen Zusammenhängen *Tribe*, American Constitutional Law, § 2–4; *Morstein Marx*, Amerikanische Verwaltung, 41 ff.; *W. Heun*, Der Föderalismus in den USA, in: Härtel, Handbuch Föderalismus IV, § 96; *Hestermeyer*, Eigenständigkeit und Homogenität in föderalen Systemen, 152 ff. Vgl. auch *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: HStR VI, § 126 Rn. 257 ff. (auch mit Hinweis auf die ältere verfassungsstaatlich-föderale Tradition der USA).

212 Unter den *amerikanischen* Lehrbüchern sind es am ehesten diejenigen, die sich mit dem Verwaltungsrecht der Bundesstaaten und Kommunen beschäftigen, so *Mandelker/Wegner/Griffith/Bond/Tyson*, State and Local Government in a Federal System, Chap. 7. Die auf das Verwaltungsrecht der Bundesebene konzentrierten Lehrbücher greifen die bundesstaatliche Dimension des Verwaltungsrechts allenfalls kurz auf, so *Strauss*, Justice, 19 ff. und 192 ff.; meistens werden nur einzelne Aspekte angesprochen, wenn in anderen Zusammenhängen auch föderale Fragen eine Rolle spielen.
In der *deutschen* Lehrbuchliteratur finden sich bundesstaatliche Erörterungen meistens bei der Darstellung der Verwaltungsorganisation, vgl. *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht, § 22; *T. Groß*, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: GVwR I, § 13 Rn. 39 ff. und *H. Wißmann*, Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation, in: GVwR I, § 15 Rn. 65 ff. Systema-

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ren, Rechtsschutz) abgehandelt zu werden pflegen. Ihre Darstellung aber bleibt dem Verfassungsrecht überlassen. Dabei mangelt es eigentlich nicht an Fällen typisch *föderal-verwaltungsrechtlichen* Gehalts: Immer wieder streitig sind Konstellationen, in denen es um den Ausschluss einzelstaatlicher Regelungsbefugnisse durch Bundesrecht geht („preemption").[213] Aber auch die Zulässigkeit von Dotationsauflagen oder die Formen intensiver Zusammenarbeit zwischen Bundes- und Landesbehörden (bis hin zu einem „executive federalism") haben Relevanz für das Verwaltungsrecht.[214]

70 Doch soll über den richtigen Standort dieser Themen in der verwaltungs- oder in der verfassungsrechtlichen Literatur hier nicht weiter gerechtet werden.[215] Unbestreitbar sind die bundesstaatlichen Komponenten des Verwaltungsrechts intensiv durch die jeweilige Verfassung geprägt und damit in besonderer Weise traditionsbestimmt. „Discerning the proper division of authority between the Federal Government and the States [is] perhaps our oldest question of constitutional law" – so eine gern zitierte Feststellung von Justice O'Connor in der Entscheidung *New York v. United States* aus dem Jahre 1992.[216] Sie gilt ähnlich für die deutsche Verfassung.

---

tisch aufteilend Ehlers/Pünder, Verwaltungsrecht: allgemein zur Bedeutung des Bundesstaatsprinzips für das Verwaltungsrecht *Ehlers,* § 6 Rn. 10 ff., und sodann speziell zur Verwaltungsorganisation *Burgi*, § 7 Rn. 21 ff.; ähnlich auch *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 18 Rn. 6 und Verwaltungsrecht II, § 80 Rn. 73 ff.

213 Zur „preemption" nach der Supremacy Clause des Art. VI cl. 2 US Verf. vgl. nur 496 U.S. 72, 78–79 (1990) *English v. General Electric Co.*: Drei Tatbestände von preemption: (1.) wenn der Kongress es ausdrücklich angeordnet hat, (2.) wenn er ein Rechtsgebiet erschöpfend geregelt hat, so dass kein Raum für Staatenrecht bleibt, und (3.) wenn die Anwendung des Bundes- und des Staatenrechts nebeneinander dazu führen würde, dass Private nicht wissen, wie sie sich verhalten sollen. Daran anknüpfend 587 U.S. __ (2019) *Virginia Uranium, Inc. v. Warren*, Ginsburg J. conc. (slip op. at 5–6). Zu Einzelfragen *Tribe*, American Constitutional Law, § 6–28 bis § 6–32.

214 Aus der Aufsatzliteratur dazu vgl. nur *G. Metzger*, Federalism and Federal Agency Reform, 111 Colum. L. Rev. 1 (2011); *J. Bulman-Pozen*, Executive Federalism Comes to America, 102 Va. L. Rev. 953 (2016).

215 Die Frage, inwieweit die aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht bekannten Schutzmechanismen, z.B. das notice-and-comment Verfahren, genutzt werden können, um einzelstaatlichen Interessen besser gerecht zu werden, und das Verwaltungsrecht insofern in die Rolle eines föderalen Schutzrechts hineinwachsen kann, untersucht *G. Metzger*, Administrative Law as the New Federalism, 57 Duke L. J. 2023 (2008).

216 505 U.S. 144, 149 (1992) *New York v. United States.* Zu diesem Topos vgl. *M. Greve*, in: Tushnet/Graber/Levinson, U.S. Constitution, 431 ff., 431.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Allerdings weichen beide Verfassungen in den Regelungsstrukturen und der Regelungsdichte erheblich voneinander ab: Das *Grundgesetz* statuiert in Art. 30 in einer Generalklausel ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Länderkompetenzen und Bundeskompetenzen und dekliniert diese Grenzziehung sodann für die Gesetzgebung, die Verwaltung und die Justiz in eigenen Abschnitten im Einzelnen durch. Gerade die administrativen Beziehungen sind dabei in den Abschnitten über den Vollzug der Bundesgesetze (Abschnitt VIII), über Gemeinschaftsaufgaben und Verwaltungszusammenarbeit (Abschnitt VIIIa) und über das Finanzwesen (Abschnitt X) außerordentlich detailliert geregelt. Neu auftretende Regelungsbedürfnisse sind durch zahlreiche Verfassungsänderungen immer wieder eingearbeitet worden.[217] 71

Auch die *amerikanische Verfassung* widmet zahlreiche ihrer Bestimmungen bundesstaatlichen Problemen.[218] Für die Legislative und die Judikative des Bundes ergeben sich die wichtigsten Kompetenzen bereits aus Art. I und III. Dazu tritt das X. Amendment, das (jedenfalls auf den ersten Blick) eine dem Art. 30 GG ähnliche Grundlinie formuliert. Einige Zusatzartikel erweitern die Zuständigkeiten des Bundes, so vor allem das nach dem Bürgerkrieg eingefügte XIV. Amendment. Andere schränken sie ein.[219] Die Fragen des administrativen Gesetzesvollzuges sind nicht eigenständig thematisiert. Art. VI sect. 2 U.S.-Verf. trifft nur eine dem Art. 31 GG vergleichbare Vorrangregelung und hebt die Bindung der Richter der Gliedstaaten an das Bundesrecht gesondert hervor. Die föderalen Finanzbeziehungen sind in mehreren verstreuten Vorschriften geregelt, speziell die Frage von Finanzhilfen des Bundes an die Staaten in der „spending clause" des Art. I sect. 8 cl. 1 U.S.-Verf., die immer wieder zu Streitigkeiten Anlass gegeben hat.[220] 72

Trotz hoher Regelungsdichte in Details wirken die bundesstaatlichen Vorschriften der amerikanischen Verfassung unvollständig und schwer zu handhaben. Das kann auch gar nicht anders sein, denn die erschwerte Ab- 73

217 Ausgreifend die Finanzreform von 1969, die Föderalismusreformen I (2006) und II (2009) sowie das Gesetz vom 13. 7. 2017 (BGBl I. S. 2347).

218 *W. Heun* (Fn. 211), in: Härtel, Handbuch Föderalismus IV, § 96 Rn. 4 ff.

219 So das 1798 in Kraft getretene XI. Amendment, das Klagen vor Bundesgerichten, die ein Bürger *eines* Bundesstaates gegen einen *anderen* Bundesstaat erhebt, einschränkt; dazu *Nowak/Rotunda*, § 2.11.

220 Dazu *Th. Kingreen*, Vereinigte Staaten: Die Europäische Union im Lichte der Zäsuren des Föderalismus in den USA, in: AöR 141, 2016, 485 ff.; ferner → 2/87–88.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

änderbarkeit der Verfassung zwang und zwingt immer wieder dazu, neu entstehende Regelungsnotwendigkeiten in einen alten Text einzupassen. Alles das, was in Deutschland durch Verfassungsänderung aufgefangen werden konnte, muss im Rahmen der amerikanischen Verfassung interpretativ bewältigt werden. „Der alte Text und die neuen Probleme" ist daher ein oft anzutreffendes Argumentationsmuster, wenn es um Fragen des Bundesstaates geht. „The debate over the extent to which the Constitution itself protects the integrity and autonomy of the states in our federal system can perhaps never be fully resolved because there were so many conflicting forces at work at the time of the founding and because so much happened politically and technologically since the adoption of the Constitution".[221] Diese Beobachtung legt drei Folgeüberlegungen nahe, die – unbeschadet aller sogleich zu erörternden Texte und Judikate – die Grundeinstellung zu den Rechtsproblemen des amerikanischen Föderalismus prägen:

- das Bemühen, die Definitionen der einschlägigen Verfassungsbegriffe offen zu halten, weil jede Fixierung und Verrechtlichung doch immer nur zeitgebunden sein kann;
- die Bereitschaft, in Zweifelsfällen einer politischen Lösung vor einer gerichtlichen Entscheidung den Vorzug zu geben;
- die Neigung, angesichts neuer Herausforderungen letztlich doch eine nationale Lösung zu bevorzugen.

74 Die rechtliche Bedeutung föderaler Argumente haben in der mehr als 200-jährigen Geschichte der Verfassung zwar mehrfach geschwankt:[222] der staatenfreundlichen Judikatur der Jahrzehnte um die Wende des 19. zum 20. Jahrhunderts folgte mit dem New Deal eine Periode, in der weitreichende Gestaltungsbefugnisse des Kongresses akzeptiert wurden und die erst ab 1995 durch eine erneut staatenfreundliche Rechtsprechung abgelöst worden ist. *Politisch* verfügen die Bundesstaaten der USA über ein hohes Maß an Eigenständigkeit. Der *normative Gehalt* des föderalen Prinzips aber ist im Vergleich zu Deutschland um einige Grade zurückgenommen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Position der Länder in zahlreichen rich-

221 So *Shapiro*, Federalism, 107 f.

222 Vgl. nur *M. Greve*, in: Tushnet/Graber/Levinson, U.S. Constitution, 431, 437 ff.; *H.-H. Trute*, Zur Entwicklung des Föderalismus in den Vereinigten Staaten von Amerika, in: ZaöRV 49, 1989, 191, 204 ff.; *Th. Kingreen* (Fn. 220), AöR 141, 2016, 485, 494 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tungweisenden Entscheidungen immer wieder zu stärken gesucht.[223] Seine ursprünglich zurückhaltende Handhabung der Bedürfnisklausel (Art. 72 Abs. 2 GG a.F.) ist 1994 im Wege einer Verfassungsänderung korrigiert worden.[224] Der verfassungsändernde Gesetzgeber setzte damit bewusst auf eine intensivere verfassungsgerichtliche Kontrolle und damit auf eine stärkere Juridifizierung bundesstaatlicher Konflikte.[225] Diese im Vergleich zu den USA unterschiedliche Akzentsetzung muss bei der Behandlung bundesstaatlicher Einzelprobleme im Auge behalten werden.

B. „Government of enumerated powers" und die Stellung der Gliedstaaten

„A basic principle of American Government is that Congress may act if there is express or implied authority to act in the Constitution; states however, may act unless the Constitution prohibits the action". „Yet this classical formulation of governmental powers does not fully reflect the reality of the federal government's authority". Mit diesen Sätzen kennzeichnet eines der führenden Lehrbücher des Verfassungsrechts die ambivalente Stellung des Prinzips begrenzter Ermächtigung.[226] *75*

I. Frühe Prägung und wechselnde Praxis

Die Entwicklung ist bereits in der ersten grundlegenden Entscheidung vorgezeichnet, die der Supreme Court zu Fragen des Föderalismus 1819 in der Rechtssache *McCulloch v. Maryland* traf.[227] Es ging um das Problem, ob die Bank of America der Besteuerung durch einen der Bundesstaaten unterliege. Im vorliegenden Zusammenhang interessieren zwei Argumente, die der Supreme Court bei der Frage behandelt, ob der Bund eine Bank überhaupt habe schaffen dürfen, obwohl in der Verfassung von einer solchen *76*

223 BVerfGE 12, 205 (Fernsehurteil), 61, 149 (Staatshaftungsgesetz), 119, 331 (gemeinsame sozialrechtliche Aufgabenwahrnehmung).

224 Von der Bedürfnis- zur Erforderlichkeitsklausel vgl. BVerfGE 106, 62, 135 ff. und 128, 1, 34.

225 Die Schaffung eines besonderen Verfahrens in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG unterstreicht diesen Befund.

226 *Chemerinsky*, § 3.1; vgl. ferner *W. Heun* (Fn. 211), in: Härtel, Handbuch Föderalismus IV, § 96 Rn. 7 ff.

227 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819); zum Folgenden *Tribe*, American Constitutional Law, § 5–3.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einrichtung nicht die Rede war. So eng wollte das Gericht die Verfassung jedoch nicht interpretiert wissen:[228] „In considering this question, then, we must never forget that it is a constitution we are expounding". Dieser Satz ist zu einer oft genutzten Formel geworden, wenn es darum geht, die Kompetenzbestimmungen des Bundes, insbesondere den Katalog des Art. I sect. 8 der U.S.-Verf. auf neue gesellschaftliche Bedürfnisse einzustellen. Mit derselben Zielrichtung interpretierte der Supreme Court auch die Schlusspassage des Katalogs, die den Kongress ermächtigt, „to make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the forgoing powers". Diese Klausel – so statuiert das Gericht – sei nicht als Begrenzung der Kompetenzausübung zu verstehen; „necessary" meine hier nicht unverzichtbar, sondern sinnvoll oder wünschbar. Das war die verfassungsgerichtliche Geburtsstunde der implied powers Doktrin.[229]

77 In der Folgezeit orientierte sich die Judikatur aber stärker an der Idee eines „*dual federalism*" und akzentuierte die einzelstaatlichen Rechte („state rights").[230] Bund und Gliedstaaten übten nach dieser Vorstellung ihre Kompetenzen nebeneinander in getrennten Sphären aus. Dieser theoretische Rahmen wurde mit unterschiedlichen Akzentsetzungen das ganze 19. Jahrhundert auch in der Zeit des Bürgerkrieges und der Reconstruction Amendments beibehalten. Erst mit dem New Deal änderten sich die Präferenzen des Supreme Court erneut. Jetzt erwies sich vor allem die „interstate commerce clause" (Art. I sect. 8 cl. 3 der U.S.-Verf.) als Hebel, um dem Bund eine weitreichende Sozialgestaltung zu ermöglichen.[231] Dem „*cooperative federalism*" genügte es, wenn der zwischenstaatliche Handel nur mittelbar Gegenstand der getroffenen Regelung war.[232] Einwände, den Staaten könnten so wesentliche Aufgaben entzogen werden, begegnete der Supreme Court mit dem Hinweis, es gebe keine festen Bereiche, die der

228 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 407 (1819).

229 So *Th. Kingreen* (Fn. 220), AöR 141, 2016, 485, 498.

230 *Greve*, in: Tushnet/Graber/Levinson, U.S. Constitution, 431, 437 ff.: „side by side in different spheres"; *Trute* (Fn. 222), ZaöRV 49, 1989, 191, 220 ff.

231 Die Klausel gibt dem Kongress die Kompetenz, "to regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes". Dazu *Nowak/Rotunda*, § 4.1 und 4.10; *R. A. Shapiro/W. W. Buzbee*, Unidimensional Federalism: Power and Perspective in Commerce Clause Adjudication, 88 Cornell L. Rev. 1199 (2003).

232 *Chemerinsky*, § 3.4.4; *M. Greve*, in: Tushnet/Graber/Levinson, U.S. Constitution, 446 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Souveränität der Gliedstaaten überlassen seien. „The political process ensures that laws that unduly burden the States will not be promulgated".[233]

78 Die 1995 einsetzende jüngere Rechtsprechung verfolgt zwar (wieder) eine restriktivere Linie und verlangt seit den Entscheidungen *United States v. Lopez* und *United States v. Morrison* einen „substantial effect" auf den zwischenstaatlichen Handel.[234] Doch bleibt, der Breite der Tatbestandsmerkmale „commerce" und „interstate" entsprechend, der Kompetenzbereich des Bundes weit. Ähnliches gilt für die Kompetenzen nach der „taxing and spending clause" (Art. I sect. 8 cl. 1 U.S.-Verf.) und für die Befugnisse des Kongresses, die Rechtsgleichheit in den Staaten zu sichern (XIV. Amendment sect. 5).[235] Dieser Auftrag spiegelt die Erfahrung wieder, dass es in der Geschichte der USA immer wieder einzelne Staaten waren, die die Rechte von Bürgern zu beschneiden und diskriminierende Regelungen durchzusetzen versuchten. Es dürften diese Erfahrungen sein, die den Interventionen des Bundes eine besondere Legitimität verschafft und der Tendenz Vorschub geleistet haben, im Zweifelsfalle für eine weite Fassung der Bundeszuständigkeiten zu optieren.[236] Ob sich mit der Entscheidung vom 28. Juni 2012 zum Affordable Care Act Präsident Obamas ein grundlegender Wandel andeutet, ist angesichts der sehr differenzierten Voten der einzelnen Mitglieder des Supreme Court unsicher.[237]

II. Speziell zur Bedeutung des X. Amendment

79 Das schon 1791 in Kraft getretene X. *Amendment* wirkt zentralisierenden Tendenzen nur teilweise entgegen, obwohl der Text einen kräftigeren Schutz der Gliedstaaten erwarten lassen sollte: „The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people". Mit diesem Verweis

---

233 So Justice Blackmun für die Mehrheit des Gerichts, in: 469 U.S. 528, 556 (1985) *Garcia v. San Antonio (Metropolitan) Transit Authority*.

234 514 U.S. 549, 563, 565 (1995) und 529 U.S. 598, 610 (2000).

235 Das 1868 nach dem Bürgerkrieg in Kraft getretene Amendment trifft u. a. Regelungen zur Staatsbürgerschaft und verwehrt den Staaten Eingriffe in Rechte, die Staatsbürgern nach der Verfassung zustehen; Sec. 5 bestimmt sodann: „The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article". Dazu *Chemerinsky*, § 3.7.

236 Zu diesen Zusammenhängen vgl. *M. Greve*, in: Tushnet/Graber/Levinson, U.S. Constitution, 442 ff.

237 567 U.S. 519 (2012) *National Federation of Independent Business (NFIB) v. Sebelius*.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf andere Bestimmungen der Verfassung ist zunächst einmal für den Bund das Prinzip der „enumerated powers“ fixiert. Inwieweit die Klausel darüber hinaus einen eigenständigen Schutzgehalt zugunsten der Staaten besitzt und inwieweit dieser Schutz mit Hilfe der Gerichte durchgesetzt werden kann, ist umstritten.[238]

80 Hier liegt ein Vergleich mit Art. 30 GG nahe. Auch diese Vorschrift verweist auf andere Bestimmungen der Verfassung, die die Zuständigkeiten des Bundes näher regeln; sie wirkt aber darüber hinaus in der Art einer Generalklausel zugunsten der Länder dort, wo die Kompetenzlage unklar ist.[239] Dem X. Amendment soll diese Wirkung dagegen nicht zukommen. Die Bestimmung gilt – wie Justice O'Connor es für das Gericht ausdrückt – als „essentially a tautology“, die zur Frage der Kompetenzverteilung nichts sage, was nicht in anderen Verfassungsbestimmungen normiert worden sei.[240] Immerhin deutet der Supreme Court in derselben Entscheidung aber eine Art Kompetenzausübungsschranke an, die es dem Bund verwehrt, die Staaten beliebig in den Vollzug der Bundesgesetze einzuspannen.[241] Die Fortführung dieses Gedankens in *Printz v. United States* zeigt, dass dem X. Amendment mindestens die Bedeutung zukommt, den Wert des föderalen Prinzips zu akzentuieren. Es steht für die „residual state sovereignty“, die ihren guten Grund hat: „The Framers' experience under the Articles of the Confederation had persuaded them that using the States as the instruments of federal governance was both ineffectual and provocative of federal-state conflict“.[242]

III. Das föderale Vollzugskonzept

81 Gerade in dieser Aussage, die Staaten seien nicht „the instruments of federal governance“, sind die Urteile *New York v. United States* und *Printz v.*

---

238 Zu Folgenden *Chemerinsky*, § 3.10.

239 Im Einzelnen schwanken die Formulierungen in Judikatur Schrifttum („Regel-Ausnahme-Verhältnis“, „Kompetenzvermutung“); gänzlich abgesprochen wird ein eigener normativer Gehalt dem Art. 30 GG selten; vgl. die Nachweise bei *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 30 Rn. 1.

240 So 505 U.S. 144, 156 (1992) *New York v. United States*.

241 Vgl. *Nowak/Rotunda*, § 4.10 (d): „These decisions do not prevent the federal government from regulating interstate commerce, but they do prohibit the federal government from regulating the states' regulation of interstate commerce“.

242 521 U.S. 898, 919 (1997) *Printz v. United States* (Justice Scalia für die Mehrheit des Gerichts).

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

United States für das Verständnis des amerikanischen Verwaltungsrechts und seiner Vollzugsstrukturen wichtig. Anders als das Grundgesetz enthält die US-Verfassung nämlich keine genaueren Regelungen darüber, wie die Bundesgesetze vollzogen werden. Die allgemeine Betrauung des Präsidenten mit der exekutiven Gewalt (Art. II sect. 1) und die „take care clause" des Art. II sect. 3 U.S.-Verf. zeigen aber immerhin eine Grundlinie: Bundesgesetze werden durch eine eigene Exekutive des Bundes vollzogen. Entsprechend groß und vielgestaltig ist die Bundesverwaltung, in der regelmäßig Zentralbehörden, meistens umgeben von einem Kreis von Außenstellen, die gewaltigen Dimensionen des Verwaltungsraumes der USA abzudecken suchen. Das ist das Gegenteil von dem, was Art. 83 GG vorschreibt. Der Vollzug der Bundesgesetze ist in den USA gerade *nicht* Angelegenheit der Länder/Staaten, und schon gar nicht ihre *eigene* Angelegenheit. Im verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt verfolgen die USA und Deutschland klar getrennte Vollzugsmodelle.[243]

82 Mit der grundsätzlichen Option für den Vollzug des Bundesrechts durch eigene Behörden ist allerdings noch nicht entschieden, ob der Bund die Staaten zum Vollzug heranziehen darf (1). Ein Vergleich der Regelungstechniken zeigt, dass das amerikanische Recht dabei eher an individuellen Lösungen, das deutsche Recht dagegen an Vollzugsgleichheit und an festen Vollzugstypen ausgerichtet ist (2).

1. Vollzug von Bundesrecht durch die Staaten als Ausnahme

83 Anerkannt ist, dass die Staaten und die lokalen Behörden in gleicher Weise wie Private an Bundesrecht gebunden sind und ihnen *insoweit* auch Vollzugspflichten auferlegt werden können. Durch Regelungen dieser Art sind

243 Vgl. *M. Bothe*, Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht, 224 ff.; *D. Halberstam*, Comparative Federalism and the Issue of Commandeering, in: Nicolaidis/Howse (eds.), The Federal Vision, 213 ff. (Vergleich USA, EU, Deutschland). Vgl. aber auch *Ruffert,* Law of Administrative Organization, 203 ff., der auf Tendenzen eines „cooperative federalism" und eines „executive federalism" aufmerksam macht.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Staaten nicht in ihrer Hoheitsfunktion betroffen.[244] Insoweit sind sie auch nicht vor finanziellen Folgelasten geschützt.[245]

84 Wie aber sieht es dort aus, wo der Vollzug von Bundesgesetzen die Staaten „in their sovereign capacity" betrifft, also im eigentlichen Sinne Verwaltungsvollzug ist? In *Printz* untersucht Justice Scalia diese Frage in einem ersten Schritt seiner Argumentation historisch. Wenn sich nämlich nachweisen ließe, dass die Staaten auch früher schon zum Vollzug von Bundesgesetzen herangezogen wurden, so wäre das mindestens ein wichtiges Indiz für die Verfassungsmäßigkeit solcher Vorgänge.[246] Das Ergebnis ist jedoch negativ; die Verfassungsgeschichte spricht eher für das Gegenteil.

Die weiteren Argumente in *Printz* sind verfassungsstruktureller Art: Sie setzen beim Gedanken der Machtverteilung an, der eine horizontale und eine vertikale Dimension besitzt: Zum einen zeigt er sich in der „dual sovereignty", die den Staaten die in der Verfassung nicht übertragenen Kompetenzen erhalten hat.[247] Die Aufteilung der Kompetenzen soll sicherstellen, dass die Funktionsträger der jeweiligen Ebene ihrer Wählerschaft verantwortlich bleiben. Dürfte der Kongress beim Vollzug seiner Gesetze auf die Beamten der Staaten zurückgreifen, würde das diese Machtverteilung in erheblicher Weise verschieben und die Verantwortlichkeiten verwischen. Zum anderen hat die Verfassung die Aufgaben zwischen dem Kongress und dem Präsidenten in einer Weise verteilt, die letzterem den Gesetzesvollzug zuweist. Die Heranziehung von Beamten der Staaten würde dazu führen, dass ein Aktionsraum entstünde, der vom Präsidenten nicht kontrolliert werden könnte. Mit diesen Argumenten bestätigt die Mehrheit des Gerichts die schon in *New York v. United States* getroffene Feststellung: „The Federal Government may not compel the States to enact or administer a federal regulatory program".[248]

---

244 528 U.S. 141, 151 (2000) *Reno v. Condon*: they „not require the States in their sovereign capacity to regulate their own citizens". Das Urteil betrifft den behördlichen Umgang mit Informationen nach Regeln, die auch für Private gelten.

245 *Nowak/Rotunda*, § 4.10 (d)(i) (S. 208): „And, Congress may use the Commerce power to impose burdens on the states if the states are subject to ‚generally applicable' laws".

246 521 U.S. 898, 905 (1997) *Printz v. United States*.

247 Ebd., 921.

248 Ebd., 900, 929 („not commandeer state government"); ausf. erneut 567 U.S. 519, 575–585 (2012) *NFIB v. Sebelius*. Die Abgrenzung zwischen einem „regulatory program" und den Tatbeständen der allgemeinen Vollzugspflichten kann freilich schwierig sein.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

In dieser Ausrichtung auf das Ziel, konkrete Verantwortungszusammenhänge transparent zu erhalten, weichen die föderalen Vollzugsvorstellungen des amerikanischen Rechts grundlegend von denen des deutschen Rechts ab. Art. 83 GG geht wie selbstverständlich davon aus, dass die Länder Gesetze vollziehen, für die sie ihrer Wählerschaft gegenüber nur eine reduzierte, auf ihre Mitwirkung im Bundesrat begrenzte politische Verantwortung tragen. Diese Mitwirkung ist es aber auch, die die Länder anders als in den USA in ihren Interessen absichert.[249] Der Vorrang der Länder beim Vollzug von Bundesgesetzen gilt als ein bewährtes Element deutscher Bundesstaatlichkeit, an das bei Schaffung des Grundgesetzes angeknüpft werden konnte.[250] 85

Das Verbot, die Staaten in den Vollzug des Bundesrechts einzuspannen, gilt allerdings auch in den USA nicht absolut, sondern nur dort, wo Staaten gegen ihren Willen herangezogen werden sollen. Nicht untersagt ist es dem Kongress, die Staaten auf andere Weise dazu zu bringen, sich im Vollzug von Bundesrecht zu engagieren.[251] Dazu stehen mehrere Mittel zur Verfügung: Denkbar ist es etwa, dass Staaten, die sich zum Vollzug von Bundesrecht durch ihre eigenen Behörden entschließen, ein eigener Gestaltungsspielraum eingeräumt wird, der nicht besteht, wenn die entsprechenden Regelungen von Bundesbehörden durchgesetzt werden. Durch solche prozeduralen Vorkehrungen können Staaten z. B. in die Lage versetzt werden, im Rahmen bundesgesetzlicher Vorgaben durch die Wahl eigener Regelungsstrategien eine in Grenzen variable Umweltpolitik zu betreiben. Wichtig ist nur, dass jedem Staat die Option verbleibt, ob er sich beteiligt oder nicht. In dieser Entscheidung muss jeder Staat frei sein, und sie muss er vor seiner Wählerschaft verantworten. 86

Das praktisch wichtigste Mittel, Staaten und Lokalverwaltungen in den Vollzug von Bundesgesetzen einzubinden, sind finanzielle Zuwendungen. Die „*spending clause*“ des Art. I sect. 8 cl. 1 U.S.-Verf. wird als ein weit gefasster Kompetenztitel verstanden, der den Einsatz von Geldmitteln „for the common defence and general welfare of the United States“ gestattet.[252] 87

---

249 Dazu *Halberstam* (Fn. 243), in: Nicolaidis/Howse, The Federal Vision, 213, 235 ff.

250 *S. Oeter*, Integration und Subsidiarität, 126 f.

251 Auch lokale Verwaltungsträger können auf diese Weise für den Vollzug gewonnen werden.

252 Zum Folgenden *Chemerinsky*, 288 ff.; *Th. Kingreen* (Fn. 220), AöR 141, 2016, 485, 505 ff.; *Hestermeyer*, Eigenständigkeit und Homogenität in föderalen Systemen, 155 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Mittelvergabe darf dabei an bestimmte Bedingungen geknüpft werden. Auf diese Weise kann der Kongress auch Regelungsinteressen verfolgen, für die er keine Gesetzgebungskompetenz besitzt.[253] Unzulässig ist es nur, Dinge zusammenzuspannen, die in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem zugrundeliegenden Bundesinteresse stehen. Hier scheint der Gedanke eines Koppelungsverbots auf, das einer kollusiven Verwaltungspraxis vorbeugen soll.[254]

88 Die Gefahren, die von einer solchen Politik des „goldenen Zügels" ausgehen, werden natürlich auch in den USA gesehen.[255] Man versucht aber weniger, ihnen mit allgemein gehaltenen Schranken für Finanzhilfen (vgl. Art. 104a – 104d GG),[256] sondern durch die konkrete Fassung der Bewilligungsbedingungen zu begegnen.[257] Eine Mittelvergabe unter Auflagen ist danach zulässig, „so long as the conditions are expressly stated, have some relation to the purpose of the spending program, and are not unduly coercive".[258] Die Ausformung solcher Konditionen wird als eine besondere Aufgabe gerade des Verwaltungsrechts angesehen, das so die Funktion eines *subkonstitutionellen föderalen Schutzregimes* erhält.[259]

Auch hier geht es darum, konkrete Verantwortlichkeiten zu erhalten. „Where Congress encourages state regulation rather than compelling it, state governments remain responsive to the local electorate's preferences; state officials remain accountable to the people".[260] Ganz überzeugend wirken die Begründungen zum „encouraging" freilich nicht; denn wenn (wie in *Printz* ausgeführt) das Verbot, die Staaten in den Vollzug der Bundesgesetze einzubeziehen, Machtzusammenballungen verhindern soll, dann stellt die Bedingung, dass die Einbeziehung mit dem Willen der Staaten erfolgen muss, noch nicht notwendig ein geeignetes Gegenmittel dar. Immerhin erleichtert es die Freiwilligkeit aber, die Fragen der Aufsicht über die im Vollzug tätigen Verwaltungsstellen zwischen der Bundesregierung

253 Vgl. (die Judikatur zusammenfassend) 483 U.S. 203 (1987) *South Dakota v. Dole*.
254 *Mandelker/Wegner/Griffith/Bond/Tyson*, State and Local Government in a Federal System, 634 f. („federal interest and relatedness").
255 *Thürer*, Bund und Gemeinden, 148 ff.; *Th. Kingreen* (Fn. 220), AöR 141, 2016, 485, 515.
256 Vgl. *H. H. v. Arnim*, Finanzzuständigkeit, in: HStR VI, § 138 Rn. 43 ff.
257 Zu einzelnen Ansätzen einer stärker strukturgestützten Eingrenzung des Subventionswesens des Bundes *Thürer*, Bund und Gemeinden, 155 f. (Federal Grant and Cooperative Agreement Act von 1977).
258 So *Chemerinsky*, § 3.5 (S. 288): Zusammenfassung der Judikatur.
259 *G. Metzger* (Fn. 215), 57 Duke L. J. 2023, 2047 ff., 2109 (2008).
260 So 505 U.S. 144, 168 (1992) *New York v. United States*.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und den Staaten einvernehmlich zu regeln und dadurch der Gefahr kontrollfreier Räume entgegen zu wirken.

2. Regelungstechniken im Vergleich

Vergleicht man die Regelungstechniken der beiden Vollzugsmodelle, so erscheint das deutsche Modell exakter durchkonstruiert, aber in höherem Maße statisch:[261] Es ist an Vollzugstypen orientiert und fixiert in deren Rahmen Rechtspositionen: Positionen *der* Länder, *der* Gemeinden, *des* Bundes. Der damit festgelegte Rahmen erleichtert die Orientierung und die standardmäßige Beantwortung von Rechtsfragen. Es besteht ein *einheitliches Vollzugsprofil*, das an feste Organisations- und Rechtsformen anknüpft. 89

Das amerikanische Modell ist weit weniger durchgeformt und damit offener. Hier werden nicht Rechtspositionen gegeneinandergesetzt, sondern interessengeleitete Funktionsweisen der Beteiligten situationsabhängig bewertet. Von den einschlägigen Entscheidungen des Supreme Court, die die Elemente des Vollzugskonzepts bilden, heißt es, sie seien „modest countermeasures", „less like impassable roadblocks placed in Congress pathway", sondern „traffic bumps" „that merely slow down legislative traffic".[262] Welche Regelungen des Bundes als „commandeering" angesehen werden und welche dieses Maß an Vollzugszwang („coercion") noch nicht erreichen, bleibt der Einzelbeurteilung zugänglich. Diese Flexibilität des Modells wird noch dadurch gesteigert, dass es den einzelnen Staaten (und gegebenenfalls auch den einzelnen kommunalen Verwaltungsträgern) überlassen bleibt, ob sie sich auf das Angebot des Bundes einlassen. Die Verfassung legt folglich keine einheitliche Vollzugsstruktur fest, sondern gestattet ein Netz variabler Zuständigkeiten. 90

Die Vielfalt und Dichte der Verwaltungsbeziehungen, die zwischen dem Bund und den Gliedstaaten etwa im Gesundheitswesen und beim Umweltschutz bestehen, werden als Zeichen dafür genommen, dass die Vorstellung eines „dual federalism" mehr und mehr durch die Praxis eines 91

261 Ähnlich *Thürer*, Bund und Gemeinden, 295: „Das deutsche Grundgesetz hat in dem ihm eigenen Hang zur perfekten Durchnormierung des staatlichen Lebens auch die Ausgestaltung des Bundesstaates im einzelnen kodifiziert".

262 *Nowak/Rotunda*, § 4.10 (d)(i) (S. 206), unter Bezugnahme auf Formulierungen von W. van Alstyne.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„cooperative federalism" abgelöst worden ist, die allerdings mit besonderen Schutzmechanismen für die Staaten ausgestattet werden muss.[263] Dass die „anti-commandeer" Formel des Supreme Court dazu ausreicht, wird bezweifelt; vorgeschlagen wird ein förmliches Recht des einzelnen Staates, die Kooperation aufzukündigen („exit right").[264] Die amerikanische Schutzperspektive ist staatenbezogen *individuell*, die deutsche *institutionell* ausgerichtet.

C. *Verfassungsfragen kommunaler Verwaltung*

92 Die Erörterung von Verfassungsfragen speziell der kommunalen Verwaltung gehört nicht zu den Standardthemen der verwaltungsrechtlichen Lehrbücher. Auch in den Zeitschriften der führenden Law Schools findet man selten einschlägige Beiträge. Die Behandlung bleibt wie in Deutschland einem besonderen Literatursegment überlassen, dem *Local Government Law*. Es verfügt über eigene Lehrbücher und über große handbuchartige Darstellungen, die sich vor allem an die in den kommunalen Verwaltungen tätigen Juristen wenden.[265] Die Untersuchungen sind nicht so sehr an theoretischen als an praktischen Fragen orientiert, insoweit aber nicht weniger gehaltvoll als die Lehrbuchliteratur zum (allgemeinen) Verwaltungsrecht.

93 Local Government Law wird dabei weit verstanden. Erörtert werden nicht nur die Standardthemen (Status, Territorium, Binnenorganisation, Handlungsformen, Finanzen und Personal der Gemeinden), sondern auch die wichtigsten Aufgabenfelder kommunaler Verwaltung: u. a. „Zoning", „Planning", „Public Housing", „ Regulation of Trade and Business" und „Local Controls on Criminal Activity". Wenn das amerikanische Administrative Law wesentlich enger gefasst ist als das deutsche Verwaltungsrecht, so verhält es sich beim Local Government Law gerade umgekehrt. Hier

---

263 *P. J. Weiser*, Towards a Constitutional Architecture for Cooperative Federalism, 79 North Carolina L. Rev. 663 (2001).

264 *P. J. Weiser*, ebd., 704 ff.

265 *O. M. Reynolds, Jr.*, Local Government Law; *ders.*, Handbook of Local Government Law; *L. A. Baker/C. P. Gillette*, Local Government Law. Cases and Materials; *R. Briffault/L. Reynolds*, State and Local Government Law. Cases and Materials; *G. E. Frug/R. T. Ford/D. J. Barron*, Local Government Law. Cases and Materials; *S. M. Stevenson*, Antieau on Local Government Law; *J. Martinez*, Local Government Law; *E. McQuillin*, The Law of Municipal Corporations.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sind auch die Materien des Fachverwaltungsrechts einbezogen. Dadurch wird anschaulich, wie sich Verwaltung auf der untersten Ebene vollzieht[266] — einer Ebene, auf der in den USA mehr als 85.000 Verwaltungsträger („units of local government") tätig sind.[267]

Die Verfassungsfragen der lokalen Verwaltungsebene werden meistens in den einleitenden Abschnitten behandelt. Die beiden großen Themen sind der Schutz der lokalen Verwaltungen vor Eingriffen seitens der Staaten bzw. des Bundes einerseits und ihre Bindung an das Recht der beiden höheren Ebenen andererseits. Dabei müssen vielfache Verschränkungen der Schutz- und Bindungsprobleme in Rechnung gestellt werden.[268] Um sie besser zu verstehen, löst man sich am besten ein Stück weit von der deutschen Diskussion, die im Wesentlichen im Lichte der zentralen bundesverfassungsrechtlichen Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG geführt wird.[269] Eine solche umfassende Garantie gibt es in der *U.S.-Verfassung* nicht; nur einzelne Klauseln lassen sich u.U. auch für die lokalen Verwaltungseinheiten aktivieren (I). Umso mehr besteht Veranlassung, sich mit dem Schutz der lokalen Verwaltungsebene durch die *einzelstaatlichen Verfassungen* zu beschäftigen (II). 94

I. Geringer Schutz durch die U.S.-Verfassung

Das Fehlen einer umfassenden Garantie kommunaler Verwaltung wird üblicherweise mit der besonderen Interessenlage erklärt, die die Entstehungs- 95

266 Hierzu auch das mehrbändige Erläuterungswerk von *T. A. Matthews/B. S. Matthews*, Municipal Ordinances, das Textvorschläge und Erläuterungen für die lokale Rechtsetzung bietet.

267 Vgl. *Reynolds*, Law, § 2.3 – 2.8: Einteilung in *Municipalities* (cities, towns, villages), *Quasi-Corporations* (counties, townships) und *Special Function Districts* (Zweckverbände, zu denen vor allem die school districts gehören). Zum Überblick vgl. auch *B. Hoppenstedt*, Kommunale Selbstverwaltung, 28 ff.

268 Ausdifferenziert bei *Reynolds*, Handbook: Limits of State Control of Municipalities (Chap. 4–6), Relationship of Municipalities to Federal Government (Chap. 7), Powers of Municipalities (Chap. 8); *Briffault/Reynolds*, Local Government in the American Constitutional Order (Chap. 2), State-Local Relation (Chap. 4), State and Local Finance (Chap. 6). Zusammengefasst bei *Frug/Ford/Barron*, The Relationship between Cities and States and Between Cities and the Federal Government.

269 Rechtsvergleichend *Thürer*, Bund und Gemeinden, 10 ff. (Deutschland), 101 ff. (USA), 194 ff. (Schweiz), 290 ff. (zusammenfassend).

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zeit der Verfassung prägte:[270] Eine seinerzeit einflussreiche politische Theorie wollte die Ausübung öffentlicher Verwaltung im lokalen Raum als ein natürliches Recht der örtlichen Gemeinschaft verstanden wissen. Dem Verfassungsgeber dagegen musste es darum gehen, zunächst einmal ein handlungsfähiges Gemeinwesen zu schaffen und eine zu starke Zersplitterung der politischen Kräfte zu vermeiden. Eine verfassungsrechtliche Garantie lokaler Selbstverwaltung erschien in diesem Lichte nicht angezeigt, denn sie hätte sich in den Gliedstaaten als ein Instrument einer überzogenen Dezentralisierung auswirken können.

1. „Hegemony of states legislation"

96 Die Idee einer „inherent home rule" ist im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts immer wieder einmal aufgegriffen worden, konnte sich aber nicht durchsetzen.[271] Vielmehr galt es, die „hegemony of states legislation" zu stärken. Dieses Ziel beherrschte in der Folgezeit Judikatur und Lehre. 1907 stellt der Supreme Court in der Entscheidung *Hunter v. City of Pittsburgh* bündig fest: „Municipal corporations are political subdivisions of the state, created as convenient agencies for exercising such of the governmental powers conferred upon these corporations and the territory over which they shall be exercised rests in the absolute discretion of the state".[272] Eingriffe in den Aufgabenbestand, in die Art und Weise der Aufgabenerfüllung und in den territorialen Zuschnitt der „local units" sind den Staaten und, sofern er über entsprechende Regelungskompetenzen verfügt, auch dem Bund daher ohne größere Umstände möglich.[273]

97 Die Abhängigkeit kommunaler Verwaltung von externer normativer Zuerkennung hatte *John Dillon* schon 1872 auf eine Formel gebracht:[274] „It is a general and undisputed proposition of law that the municipal corporation possesses and can exercise the following powers, and no others: First,

---

270 *Martinez*, § 3.8: „In this historical context, it is significant that the framers of state and federal Constitutions included no provisions protecting local government units against assertions of majoritarian power".

271 *Reynolds*, Handbook, § 25; *Hoppenstedt*, Kommunale Selbstverwaltung, 59 ff.

272 207 U.S. 161, 176 (1907).

273 Typische Felder, auf denen der Bund mehr und mehr Einfluss auf die kommunale Verwaltung gewonnen hat, bei *Reynolds*, Law, Chap. 7: u.a. police, taxation and revenues, federal aids.

274 *J. Dillon*, Municipal Corporations, § 55.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

those granted in express words; second, those necessarily or fairly implied in or incident to the powers expressly granted; third, those essential to the accomplishment of the declared objects and purposes of the corporation, – not simply convenient, but indispensable". Selbst wenn der Supreme Court in späteren Entscheidungen weniger restriktiv formulierte und sich in der Literatur auch immer wieder gemeindefreundliche Stimmen fanden,[275] die „*Dillon's Rule*" erwies sich als außerordentlich einflussreich.[276]

Eine eigene *umfassende* Schutzposition, wie sie Art. 28 Abs. 2 GG einräumt 98
und als ein verteidigungsfähiges Recht ausweist, besitzen die kommunalen Verwaltungsträger in der US-Verfassung nicht.[277] Schon der Ansatz der Fragestellung ist anders: während im deutschen Recht der Schutz der Gemeinden vor staatlicher Intervention ins Zentrum gerückt wird, fragt das amerikanische Recht zunächst einmal danach, woraus sich die Regelungsgewalt der „municipalities" eigentlich herleitet.[278] Nicht ein geschichtlich überkommener Verwaltungsträger, dessen Legitimität schon durch seine Tradition bewährt ist, sondern sich nach und nach konstituierende lokale Einheiten, die ihre Hoheitsgewalt erst einmal darlegen müssen, sind Gegenstand der Erörterungen.[279] Dabei wird der Dillon's Rule eine restriktive Auslegung kommunaler Ermächtigungen entnommen.[280] Traditionen schlagen sich nicht in einer generell gemeindefreundlichen Handhabung dieser Regeln nieder. Sie zeigen sich nur in gewissen *regional* unterschiedlichen Akzentsetzungen. In den weiter westlich gelegenen Bundesstaaten, in

---

275 Darstellung bei *Briffault/Reynolds*, 107 ff.: „Local Government as autonomous, democratic Polity" wird vor allem in Entscheidungen deutlich, die das kommunale Wahlrecht betreffen. Insgesamt ist das jedoch nur ein kleinerer Ausschnitt; es dominiert das Konzept des „Local Government as Agent of the State".

276 *Frug/Ford/Barron*, 138: „Dillon's Rule is a very important aspect of local government law; it has been cited in hundreds and hundreds of cases".

277 Dazu die Nachweise bei *Martinez*, § 3.1; vgl. auch *McQuillin*, Chap. 4 § 4.3: „However, it should be noted that the United States Supreme Court has held that there is no place in the federal system for sovereign cities, largely on federalism grounds". *Hoppenstedt*, Kommunale Selbstverwaltung, 84 ff.

278 *Reynolds*, Law, § 8.1: „Quite aside from any problems of conflicts and relationship between municipalities, on the one hand, and state and federal government, on the other hand, the question must be asked: What powers does a municipality possess, and what is the source of these powers".

279 Die Grundbedingungen „Local Government Foundation and Boundary Change" spielen im amerikanischen Kommunalrecht auch heute noch eine ungleich größere Rolle als im deutschen; vgl. *Briffault/Reynolds*, 187 ff; vgl. auch *Reynolds*, Law, Chap. 12: „Territorial Composition of Municipalities".

280 *Reynolds*, Handbook, Sec. 49; *Frug/Ford/Barron*, 139.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

denen lokale Gemeinschaften oft lange auf sich gestellt waren, finden Vorstellungen eines eigenständigen Kommunalwesens eher Befürworter als in den Staaten der Ostküste.

2. Einzelne Ansätze inzidenten Schutzes

99 Trotzdem sind die Gemeinden der Hoheitsgewalt der Staaten und des Bundes nicht gänzlich schutzlos ausgeliefert.[281] Die als Grenzen staatlicher Eingriffe in Betracht kommenden Bestimmungen der U.S.-Verfassung haben allerdings unterschiedliche Strukturen, unterschiedliche Bindungsadressaten und unterschiedliche Bindungsberechtigte; thematisch betreffen sie zudem weit auseinander liegende Regelungsgegenstände.[282]

100 Auf die „privileges and immunities", die der XI. Zusatzartikel den Staaten zuerkennt, können sich Gemeinden nicht berufen.[283] Immerhin kann der Bundesgesetzgeber Kommunalverwaltungen aber nicht gegen ihren Willen in den Vollzug von Bundesgesetzen einspannen. Weiter könnte man daran denken, die *Grundrechte* der Bill of Rights und (im Blick auf eine Bindung der Staaten) die Rechte des XIV. Amendment für den Schutz kommunaler Verwaltungen zu aktivieren. Das Ergebnis ist jedoch enttäuschend. Als verlängerter Arm der Staatsorganisation gelten lokale Verwaltungsträger grundsätzlich nicht als schutzberechtigt. Eine Ausnahme davon kann nur für solche Gegenstände angezeigt sein, die im privat genutzten Eigentum einer Gemeinde stehen.[284] Die Argumentation, mit der in diesen Fällen der Schutz versagt wird, bewegt sich in den Bahnen dessen, was in Deutschland zu Art. 19 Abs. 3 GG erörtert wird: wer als verlängerter Arm des Staates („political subdivision of the state") agiert, befindet sich diesem gegenüber eben nicht in einer „grundrechtstypischen Gefährdungslage". Nur mittelbar können Gemeinden von Grundrechten profitieren, wenn sie durch staatliche Vorgaben zu einem Verhalten veranlasst werden, das eine Verletzung individueller Grundrechtsträger darstellt. So darf eine lokale Verwaltung nicht zu einer Gestaltung ihrer Schulver-

---

281 364 U.S. 339, 344 (1960) *Gomillion v. Lightfoot* („...not that the State has plenary power to manipulate in every conceivable way, for every conceivable purpose, the affairs of its municipal corporations").

282 Zum Folgenden *Martinez*, § 3.7, § 3.8; *McQuillin*, § 4.18.

283 Vgl. im Einzelnen *Stevenson*, § 12.2 (3)(i).

284 *McQuillin*, § 4.21; vgl. auch *Reynolds*, Handbook, Sec. 27 mit Hinweisen auf einzelstaatliche Verfassungen.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hältnisse veranlasst werden, die sich rassendiskriminierend auswirkt.[285] Das sind einzelne Ansätze, aus denen sich ein Schutz der kommunalen Verwaltungen allenfalls *mosaikartig* gewinnen lässt. Insgesamt aber gilt: „The federal Constitution has seldom been held to protect municipal corporations from legislative interference".[286]

II. Schutz durch die Verfassungen der Bundesstaaten

Gerade weil der Schutz durch die Bundesverfassung schwach ausgeprägt ist, sind die Staaten immer wieder gedrängt worden, in ihrem eigenen Recht Vorschriften vorzusehen, die die Kommunen mit hinreichend breiten Kompetenzen ausstatten und sie gegen den Zugriff der Landesgewalt absichern, d.h. ihnen normativ verbindlich „*home rule*" zu garantieren.[287] Das ist in der Zwischenzeit geschehen — mindestens durch Regelungen des einfachen Rechts, meistens sogar durch entsprechende Vorschriften der einzelstaatlichen Verfassungen.[288] In diesen Bestimmungen hat sich die politisch-philosophische Selbstverwaltungsidee normativ verdichtet. Sie bilden heute die Basis der „*local autonomy*".[289] 101

Substantiell meint „*home rule*" eine Doppelgarantie:[290] zum einen das Recht des Zugriffs auf bestimmte Aufgaben („initiative") und zum andern ein Abwehrrecht gegen staatliche Beschränkungen („immunity"). Wieweit der Staatseinfluss damit zurückgedrängt ist, hängt wiederum von den unterschiedlichen Garantienormen ab. Von der Beachtung der allgemeinen staatlichen Gesetze sind die Kommunen generell nicht freigestellt. Einige Staaten nehmen außerdem bestimmte Materien ausdrücklich aus oder se- 102

285 458 U.S. 457, 475 (1982) *Washington v. Seattle School District No. 1.*

286 *McQuillin*, § 4.18.

287 Vgl. *M. E. Libonati*, Home Rule: An Essay on Pluralism, 64 Wash. L. Rev. 51 (1989); *D. J. Barron*, Reclaiming Home Rule, 116 Harv. L. Rev. 2255 (2003); *F. R. Guenthner*, Reconsidering Home Rule and City-State Preemption in Abandoned Fields of Law, 102 Minn. L. Rev. 427, 435–445 (2017).
Zum „Home Rule-Movement", das bereits um 1870 begann und bis heute einflussreich ist, vgl. *Reynolds*, Law, § 6.2 (S. 102).

288 Angaben dazu bei *Stevenson*, § 21.1.

289 Treffend *Martinez*, § 4.1: „Grants of home rule, whether of statutory or constitutional provenance, are the legal expression of powerful underlying historical, social, political, and psychological demands that those affected by public action ought to have a significant say in decisions which hit them where they live".

290 *Martinez*, § 4.9; vgl. auch *Hoppenstedt*, Kommunale Selbstverwaltung, 71 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hen bei ihnen einen abstrakten Vorrang staatlicher Regelungen vor. Im Übrigen aber können die Kommunen eigenständig Rechtsvorschriften erlassen.

103 Bei Konflikten zwischen kommunalen und staatlichen Regelungen ist zu fragen, inwieweit die Angelegenheit „of statewide concern" ist. Das wiederum soll davon abhängen, ob ein „need for uniformity and consistency" nachweisbar ist. Bei Aufgaben der Gefahrenabwehr und bei anderen typischen Hoheitsaufgaben wird das regelmäßig bejaht. Die Regelung der gemeindlichen Willensbildung, der Binnenorganisation und wirtschaftlicher Aktivitäten gelten dagegen als „of purely local concern".[291] Die Rechtsprechung der einzelstaatlichen Gerichte hat hier ein reiches, mit immer wieder neuen Themen aufwartendes Betätigungsfeld:[292] Dürfen Gemeinden durch Planungsrecht („zoning regulations") auf ihrem Gebiet das Fracking unterbinden, das wirtschaftsrechtlich erlaubt ist? Inwieweit können sie Alkoholverbote oder waffenrechtliche Kontrollvorschriften erlassen? Die Antworten hängen davon ab, inwieweit sich das staatliche Recht Ausschlusswirkung („preemption") beigelegt hat,[293] und wie die „home rule" gewährleistet ist. Ein „gemeindespezifisches Aufgabenverteilungsprinzip", wie es das Bundesverfassungsgericht für Art. 28 Abs. 2 GG annimmt,[294] ist schon angesichts der unterschiedlichen Fassungen der Garantienormen nicht auszumachen. Die Gerichte unterziehen die konfligierenden staatlichen Regelungsansprüche auch keiner strengen Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Die unvermeidbaren Wertungen und Abwägungen sind offen und weniger von Schutzüberlegungen zugunsten der kommunalen Ebene dominiert. Als Rechtsgebiet aber kann das Kommunalrecht wesentlich dazu beitragen, die Vielgestaltigkeit der Verwaltung vor Ort anschaulich zu machen. Es ist eine geradezu notwendige Ergänzung zu der im Wesentlichen auf die Bundesverwaltung konzentrierten Sicht des klassischen „administrative law".

291 So die Angaben bei *Reynolds*, Law, § 6.3.
292 Vgl. dazu nur *F. R. Guenthner* (Fn. 287), 102 Minn. L. Rev. 427, 429–430 (2017).
293 Zur jüngeren Praxis einzelner Staaten, ihre Ausschlussmöglichkeiten extensiv wahrzunehmen, vgl. *E. A. Scharff*, Hyper Preemption: A Reordering of the State-Local Relationship, 106 Georgetown L. J. 1469 (2018).
294 BVerfGE 79, 127, 147–150.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dritter Abschnitt „The Province of Administrative Law“

„Administrative Law“ und „Verwaltungsrecht“ sind in den USA wie in Deutschland Sammelbezeichnungen für eine Vielzahl von Vorschriften, Prinzipien und Instituten, die aus ganz unterschiedlichen Rechtsquellen und Rechtskreisen stammen und sich an unterschiedliche Adressaten richten: Im Kern geht es um ein Sonderrecht für *Behörden* (A). Der sachliche Regelungsbereich reicht jedoch darüber hinaus. „The Constitution constrains governmental action by whatever instruments or in whatever modes that action may be taken“.[295] Folglich sind auch die Rechtsstellung und die Bindungen der in der und für die Verwaltung tätigen *Privatpersonen und Unternehmen* einzubeziehen (B). Klar getrennt, aber doch funktional aufeinander bezogen sind die Tätigkeiten, die Behörden und Private speziell bei der Rechtsdurchsetzung wahrnehmen. So unterschiedlich sie rechtlich ausgestattet sind, *public* und *private law enforcement* lassen sich als auf ein gemeinsames Ziel gerichtete Regulierungsstrategien verstehen (C). „*The province of administrative law*“ besitzt also keine einheitlichen Außengrenzen, sondern ist ein nach dem Anwendungskontext variierendes Regelungsgefüge.[296] Das ist in Deutschland letztlich nicht anders; auch hier muss die Reichweite der Verwaltungsbindungen von Fall zu Fall nach Maßgabe der einschlägigen Anwendungsregeln bestimmt werden.[297] 104

A. Verwaltungsrecht als Sonderrecht

Diese Anwendungsregeln ergeben sich primär aus dem einfachen Recht (I). Sie können aber auch aus Erkenntnissen folgen, die die Judikatur unter Rückgriff auf die Verfassung entwickelt hat (II).[298] 105

295 So 513 U.S. 374, 392 (1995) *Lebron v. National Railroad Passenger Corp.* – „Amtrak“ – unter Bezugnahme auf 100 U.S. 339, 346 (1879) *Ex Parte Virginia*.

296 Zum Folgenden die Beiträge in: *M. Taggart (ed.)*, The Province of Administrative Law.

297 *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Kap. 1 Rn. 2 mit Verweis auf Art. 1 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4 und Art. 20 Abs. 2 und 3 GG.

298 Vgl. *J. Beermann*, in: Taggart, Province, 171 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Anwendungsregeln des einfachen Gesetzesrechts

106 Eine große Rolle spielen hier die *Legaldefinitionen*. Amerikanische Gesetze beginnen regelmäßig mit einem Katalog von Definitionen, der sich oft über mehrere Seiten des Gesetzblattes hinzieht und den Anwendungsbereich der folgenden Vorschriften detailliert festlegt. Auch innerhalb eines Gesetzes können immer wieder Definitionen auftauchen, die nur für einen einzelnen Unterabschnitt oder eine einzelne Bestimmung gelten. Das kann die Übersichtlichkeit erschweren, zeigt aber andererseits, wie genau der Regelungsbereich im Gesetzgebungsverfahren durchkonstruiert worden ist.

107 Soweit es dabei um das *Fachrecht*, d. h., um die einzelnen Gebiete des Besonderen Verwaltungsrechts, geht, ergibt sich der Anwendungsbereich regelmäßig aus den Vorschriften, die die betreffende Verwaltungsaufgabe umschreiben. Bei der Vorliebe des amerikanischen Kongresses, auf neue Anforderungen mit neuen Gesetzen und neuen Vollzugsbehörden zu reagieren, sind der gesetzliche Anwendungsbereich und der behördliche Zuständigkeitsbereich oft identisch. Eine Behörde hat „ihr" Gesetz, für dessen Interpretation sie als in besonderer Weise kompetent gilt (→ 2/12).

108 Auch die Gesetze, die als *allgemeine Verwaltungsgesetze* verstanden werden, der Administrative Procedure Act (APA) und der Freedom of Information Act (FOIA), haben ihre eigenen Anwendungsregeln. Sie erfassen nicht schlechthin alle Organisationen und Einrichtungen, die in dem einen oder anderen Sinne für die Regierung tätig werden, sondern nur solche Verwaltungseinheiten, die dem Begriff „agency" unterfallen. Beide Gesetze definieren diesen Schlüsselbegriff unterschiedlich:[299]

– § 551(1) APA zählt dazu „each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency". Die Rechtsprechung hat diese weite, erkennbar auf die organisatorische Zuordnung abstellende Begriffsbestimmung enger gefasst und rechnet zu den agencies nur solche Stellen, deren Entscheidungen Außenwirkung haben können; Beratungsgremien werden dagegen nicht als agencies i. S. von § 551 APA qualifiziert. Ebenfalls ausgenom-

299 Zum Folgenden *Hickman/Pierce*, 5 ff.; *Lawson*, 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

men sind die Handlungen des Präsidenten und seines Executive Office.[300]

– § 552(f) APA (= FOIA) knüpft an die Definition in § 551(1) APA an, erweitert diese aber, indem er „any executive department, military department, Government corporation, Government controlled corporation, or other establishment in the executive branch of the Government (including the Executive Office of the President), or any independent regulatory agency" in den Anwendungsbereich einbezieht. Dem Kongress kam es darauf an, den mit dem FOIA angestrebten Zugang zu Verwaltungsinformationen in möglichst weitem Umfange zu gewährleisten. Die Art der von einer Behörde oder sonstigen Stelle ausgeübten Tätigkeit ist dafür nicht entscheidend. Vielmehr geht es um Transparenz im gesamten Verwaltungsgefüge und darüber hinaus.[301] Das Executive Office ist hier ausdrücklich einbezogen. Nach der Rechtsprechung ausgenommen sind nur die persönlichen Mitarbeiter des Präsidenten („immediate personal staff“) und rein interne Beratungsstellen („units whose sole function is to advise or assist the President“).[302]

II. Verfassungsgebotene Erweiterungen

Mit den fachgesetzlichen Anwendungsregeln und den Schlüsselbegriffen der zentralen Gesetze des (allgemeinen) Verwaltungsrechts ist jedoch der Bereich des administrative law nicht vollständig erfasst. Der Kongress hat es zwar in der Hand, den Anwendungsbereich seiner Gesetze zu festzulegen. Er ist aber nicht dazu in der Lage, durch Definitionen und Formenveränderungen Bindungen abzustreifen, die sich aus der Verfassung ergeben.[303] Mit dieser Formulierung des Supreme Court in *Lebron v. Amtrak*, die sich nahezu gleichlautend in der *Fraport*-Entscheidung des Bundesver- 109

300 505 U.S. 788, 800–801 (1992) *Franklin v. Massachusetts*: Mit Rücksicht auf die Gewaltenteilung und seine herausgehobene Stellung hätte es einer ausdrücklichen Entscheidung des Gesetzgebers bedurft, um den Präsidenten den Regeln des APA zu unterwerfen.

301 Vgl. 425 U.S. 352, 361 (1976) *Department of Air Force v. Rose*.

302 445 U.S. 136, 156 (1980) *Kissinger v. Reporters Committee for Freedom of the Press*.

303 513 U.S. 374, 397 (1995) *Lebron v. National Railroad Passenger Corporation*: „It surely cannot be that government, state or federal, is able to evade the most solemn obligations imposed in the Constitution by simply resorting to the corporate form“.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fassungsgerichts von 2011 findet,[304] ist eine systematische und eine inhaltliche Aussage getroffen:

110 (1) Das Verwaltungsrecht ist ein Recht, das sich an spezifische Adressaten richtet und für diese spezifische Bindungen und Befugnisse festlegt.[305] Lässt sich das amerikanische Verwaltungsrecht damit als Teilgebiet des öffentlichen Rechts in Sinne der kontinental-europäischen Unterscheidung verstehen, die stark auf den *Sonderrechtscharakter* abhebt? Das ist in historischer Perspektive schwierig.[306] Gern wird auf die common law Tradition der USA verwiesen, die eine solche Unterscheidung nicht kenne.[307] Das positive Recht unterstreicht die Einheitsvorstellung, insoweit es ein monistisch organisiertes Gerichtswesen vorschreibt, das im Grundsatz nach einem einheitlichen Prozessrecht verfährt. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass amerikanische Behörden keine eigene Vollstreckungsbefugnis besitzen und sich für die zwangsweise Durchsetzung ihrer Entscheidungen wie jedermann an die Gerichte wenden müssen (→ 5/8).

111 Es gibt jedoch gewichtige Gründe, die *für* ein differenzierendes Konzept und *für* den Sonderrechtscharakter des Verwaltungsrechts sprechen: Die Gerichtsorganisation ist weniger einheitlich, als es der erste Blick nahelegt, und das für alle geltende Prozessrecht ist für Prozesse gegen die Verwaltung durch die §§ 701–706 APA in einer Weise überlagert, dass Strukturen eines eigenen „Verwaltungsprozessrechts" erkennbar sind (→ 4/51). Ähnliches gilt für das Vertragsrecht (→ 3/147–149) und für das Haftungsrecht der Verwaltung (→ 4/137–147). Das Informationsrecht schließlich legt der Verwaltung mit der Idee des „freedom of information" Pflichten auf, die nur sie, nicht aber Private treffen (→ 5/17–18). Misst man den Sonderrechtscharakter des Verwaltungsrechts eher an den Sonderbindungen als an den Sonderberechtigungen der Verwaltung, so ist auch das amerikanische Verwaltungsrecht ein *Sonderrecht*.

112 Unbeschadet aller Traditionen und positiv-rechtlichen Festlegungen lässt sich die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht zudem als *Theorierahmen* nutzen, um die spezifischen verfassungsrechtlichen Anfor-

---

304 BVerfGE 128, 226, 245.

305 So *Schwartz*, § 1.1: „Administrative law is that branch of law that controls the administrative operations of government".

306 Zur historischen Entwicklung vergleichend *E. Zoller*, Introduction to Public Law.

307 Zu den Gründen *Pierce*, Process, § 1.2. Krit. zum „Mythos des fehlenden Verwaltungsrechts" im common law *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 5 Rn. 197 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

derungen an besondere Funktionsträger zu beschreiben und zu analysieren. „Although the private-public law distinction has not become a staple of American administrative law scholarship, scholars have used the distinction to analyze legal developments in administrative and constitutional law".[308] Es geht darum, Mischformen und Übergangserscheinungen zwischen organisierter Hoheitsgewalt und privaten Akteuren zu erfassen. Die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht bietet dazu ein Analyseraster und erste Orientierungen. Auch ein Land mit einem monistischen Justizsystem wie die USA ist dazu angehalten, das Verwaltungsrecht als ein besonderes Recht zu verstehen, das „public values" zu dienen bestimmt ist. Gerade seine demokratischen Wurzeln legen das nahe. Die jüngeren Privatisierungsdiskussionen haben die Bedeutung dieser Werte für das amerikanische Verfassungsdenken erneut herausgestellt.[309]

(2) In der Sache ist mit *Lebron v. Amtrak* der Grund für eine Erweiterung des Verwaltungsrechts gelegt, die sich in Deutschland auf die allgemeine Bindungsklausel des Art. 1 Abs. 3 GG stützen kann, die bei aller Zurückhaltung gegenüber einer „Über-Konstitutionalisierung" aber auch für das amerikanische Recht unausweichlich ist: die besonderen Pflichten derjenigen privaten Akteure, die in einer spezifischen Nähebeziehung zum Staat stehen, weil sie in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben eingebunden oder vom Staat beherrscht sind. 113

B. Private in der öffentlichen Verwaltung

Die Gründung und die Heranziehung privater Organisationen zu Verwaltungszwecken sind in den USA ebenso wie in Deutschland eine seit Langem geübte Praxis. Die Entwicklung verlief in Wellen.[310] Ihren jüngsten 114

308 *Pierce,* Process, § 1.2 (S. 4). Zum Hintergrund 500 U.S. 614, 620 (1991) *Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc*: „the ‚essential dichotomy' between the private sphere and the public sphere".

309 Dazu die Beiträge des Symposiums „Public Values in the Era of Privatization", abgedr. 116 Harv. L. Rev. 1212 ff. (2003), insbes. *J. Freeman*, Extending Private Law Norms through Privatization, dort 1285 ff., (der die „public law perspective" betont und dazu die Figur der „publicization" einführt) sowie die Beiträge des Symposiums „New Forms of Governance", abgedr. 49 UCLA L. Rev. 1687 ff (2002).

310 Vgl. 513 U.S. 374, 386–392 (1995) *Lebron v. National Railroad Passenger Corporation*; zur jüngeren Entwicklung vgl. Beispiele bei *G. E. Metzger*, Privatization as Delegation, 103 Colum. L. Rev. 1367, 1377 ff. (2003).

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Höhepunkt erreichte sie unter Präsident G. W. Bush, als im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg in großem Stil auch militärische und andere sicherheitsrelevante Aufgaben privaten Unternehmen übertragen wurden.[311] Die Vorgänge haben breite juristische Diskussionen ausgelöst.[312] Aus verfassungspolitischer Perspektive wird vor allem ein Verlust an demokratischer Verantwortlichkeit, an Transparenz und an Verfahrensfairness befürchtet.[313] Gefragt wird, inwieweit das Verfassungsrecht bestimmten Privatisierungen schlechthin entgegensteht. Für diese Probleme der *Privatisierungverbote* wird vor allem auf die Appointments Clause des Art. II sect. 2 cl. 2 der Verfassung Bezug genommen, die die Ernennung und Kontrolle der Amtsträger einem komplizierten Zusammenspiel zwischen dem Präsidenten und den gesetzgebenden Instanzen unterwirft und nicht dadurch umgangen werden darf, dass Amtsaufgaben in beliebigem Umfang auf Private übertragen werden.[314] Der verfassungsrechtliche Ansatz ist zwar ein anderer als in Deutschland, insofern Gesichtspunkte der Gewaltenteilung und der Delegationsgrenzen im Vordergrund stehen.[315] Die Ergebnisse sind jedoch der am Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG ansetzenden deutschen Diskussion nicht unähnlich:[316] Privatisierungsverbote lassen sich nur sehr selten zwingend begründen. Noch am ehesten sind sie dort

311 Dazu nur die Beiträge in: *Freeman/Minow (eds.)*, Government by Contract. Outsourcing and American Democracy; *J. D. Michaels*, The (Willingly) Fettered Executive: Presidential Spinoffs in National Security Domains and Beyond, 97 Va. L. Rev. 801, 833–858 (2011).

312 Zum Diskussionsstand *J. Freeman*, Extending Public Law Norms through Privatization, 116 Harv. L Rev. 1285, 1291–1301 (2003); allg. auch *D. Barak-Erez*, Three Questions of Privatization, in: Rose-Ackerman/Lindseth/Emerson, Comparative Administrative Law, 533 ff.

313 *Freeman*, ebd., 1301: „for what they regard as liberal democratic norms of accountability, due process, equality, rationality and the like"; *M. H. Lemos*, Democratic Enforcement? Accountability and Independence for the Litigation State, 102 Cornell L. Rev. 929 (2017).

314 *P. R. Verkuil*, Outsourcing and the Duty to Govern, in: Freeman/Minow, Government by Contract, 310, 318 ff.

315 Das gilt ähnlich für den Vorschlag, die Delegation von Verwaltungsaufgaben an private Organisationen an der „Vesting Clause" des Art. II sect. 1 cl. 1 und die „Take Care Clause" sect. 3 U.S.-Verf. zu messen, so *D. Mishra*, An Executive-Power Non-Delegation Doctrine for the Private Administration of Federal Law, 68 Vanderbilt L. Rev. 1509 (2015).

316 Vgl. BVerfGE 130, 76, 108 ff.; *P. R. Verkuil* (Fn. 314), in: Freeman/Minow, Government by Contract, 310, 326, unter Bezugnahme auf das Circular A-76 des Government Accountability Office (GAO) im Office of Management and Budget (OMB), das die Grenzziehungen der Appointment Clause im Begriff „inherently governmental activities" auffängt. Die notwendige Flexibilität wird in den

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anzunehmen, wo es um den Kern hoheitlicher Aufgaben geht, der nach deutscher Vorstellung von Sachgehalt und Grundrechtsrelevanz der erfassten Aufgabe, nach amerikanischer Vorstellung durch die Funktionen der Aufgabenerfüllung bestimmt wird.[317]

Für den vorliegenden Zusammenhang sind allerdings nicht die Privatisierungsverbote, sondern die Konsequenzen interessant, die sich für den Anwendungsbereich des Verwaltungsrechts dann ergeben, wenn eine typischerweise von der öffentlichen Hand wahrgenommene Tätigkeit Privaten übertragen wird. Dabei bietet es sich an, zwischen öffentlichen Unternehmen (I) und Privaten als „state actors“ (II) zu trennen. In den Kategorien der deutschen Privatisierungsdiskussion geht es bei der ersten Fallgruppe um Organisationsprivatisierungen, während die zweite Fallgruppe die komplizierte Grenzziehung zwischen Beleihung und funktionaler Privatisierung betrifft.[318] 115

I. Government Corporations

In der Frage, inwieweit öffentliche Unternehmen öffentlich-rechtlichen Vorschriften unterliegen, trennt das amerikanische Recht strikter als das deutsche zwischen einfachrechtlichen (1) und verfassungsrechtlichen Vorgaben (2).[319] 116

1. Bindungen an das einfachrechtliche Verwaltungsrecht

Soweit es um das einfache Recht geht, wird ganz positivistisch argumentiert:[320] In den FOIA sind öffentliche Unternehmen einbezogen, weil sie dem bewusst weit gefassten Begriff der „agency“ unterfallen (§ 552(f) APA). In den APA sind sie angesichts der enger gefassten „agency“-Defini- 117

USA durch die weitreichende Befugnis des Kongresses zur Delegation, in Deutschland durch die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „in der Regel“ in Art. 33 Abs. 4 GG hergestellt.

317 Ähnlich *D. Barak-Erez* (Fn. 312), in: Rose-Ackerman/Lindseth/Emerson, Comparative Administrative Law, 533, 541 f. („institutional-based analysis“ und „rights-based analysis“).

318 Vgl. nur *M. Burgi*, in: Ehlers/Pünder, Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 7 ff.

319 Vgl. *Hickman/Pierce*, 75 ff.

320 *J. Beermann*, in: Taggart, Province, 173 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tion des § 551(1) APA dagegen nur dann einbezogen, wenn der Kongress das in dem entsprechenden Gründungsstatut, der „corporate charter", vorgeschrieben hat. Umgekehrt gilt: Wenn der Kongress festgelegt hat, ein Unternehmen sei keine agency, so ist der APA auch dann nicht anwendbar, wenn das Unternehmen in der Sache öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Fehlt es an einer gesetzlichen Regelung, soll die gewählte Unternehmensform eine Vermutung dafür begründen, dass die Anwendung des APA nicht gewünscht ist. Damit sind Unternehmensentscheidungen dann nicht nur von den Verfahrensvorschriften des APA, sondern auch von dem in §§ 701–706 APA gewährleisteten Rechtsschutz in Verwaltungssachen ausgenommen.[321]

2. Bindungen an verfassungsrechtliche Vorschriften

118 Unbeschadet dieser einfachrechtlichen Ergebnisse stellt sich freilich die Frage, inwieweit öffentliche Unternehmen die für Verwaltungen einschlägigen Bestimmungen der US-Verfassung, z. B. die Due Process Garantien des V. und des XIV. Amendment, zu beachten haben. Die amerikanische Verfassung kennt zwar keine zentrale Bindungsklausel nach Art des Art. 1 Abs. 3 GG, in deren Rahmen die Problematik umfassend und systematisch diskutiert werden könnte. Der Supreme Court setzt in *Lebron v. Amtrak* gleichwohl nicht bei einer einzelnen Verfassungsbestimmung an, sondern formuliert breit aus dem Freiheitsverständnis der Verfassung heraus. Es geht um die „most solemn obligations imposed in the Constitution", die nicht umgangen werden dürfen.

119 Das Bundesverfassungsgericht gelangt auf dieser Grundlage ohne größere Umschweife dazu, dass gemischtwirtschaftliche Unternehmen, wenn sie von den öffentlichen Anteilseignern beherrscht werden, zu den Grundrechtsadressaten zu rechnen und unmittelbar an Grundrechte gebunden sind.[322] Für den Supreme Court stellte sich die Lage insofern komplizierter dar, als das einschlägige Gesetzesrecht dem Staat zwar beherrschenden Einfluss einräumte, Amtrak aber als „for profit corporation" einstufte, die gerade keine „agency" sei. Trotzdem gelangte das Gericht dazu, die Gesellschaft als staatliche Einrichtung im Sinne des Verfassungsrechts einzustu-

321 Zur Frage, inwieweit stattdessen Rechtsschutz nach dem Unternehmensrecht besteht, vgl. *J. Beermann*, ebd., 180 ff.

322 BVerfGE 128, 226, 250 („Fraport").

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fen; indem es die gesetzliche Zielsetzung, mit der Amtrak gegründet wurde, in die Betrachtung einbezieht.[323] Ob damit ein Kriterium eingeführt ist, das *neben* dem Beherrschungskriterium erfüllt sein muss, um ein Unternehmen als „establishment of the United States" anzuerkennen, ist nicht ganz klar. Mehr spricht dafür, dass die Beherrschung letztlich das entscheidende Argument darstellt und das Unternehmensziel nur herangezogen worden ist, um die gesetzliche Einstufung von Amtrak als „for profit corporation" zu überwinden.[324] Deutlich ist jedenfalls, dass das Ziel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung nicht das *alleinige* Kriterium für die Qualifizierung eines Unternehmens als „government actor" sein kann. Erst recht macht der Umstand, dass ein Unternehmen aus öffentlichem Interesse einer intensiven Regulierung unterliegt, dieses nicht zu einer staatlichen Instanz, die den Verfassungsbindungen der Exekutive unterliegt.[325]

II. Privatpersonen als „state actors"

Für Privatpersonen gelten die Bindungen, die die amerikanische Verfassung staatlichen Instanzen auferlegt, grundsätzlich nicht.[326] Das folgt aus dem Grundanliegen der Verfassung, private Freiheitsausübung zu schützen. „One great object of the Constitution is to permit citizens to structure their private relations as they choose subject only to the constraints of statutory or decisional law".[327] Anders als im amerikanischen Recht sind Grundrechte im deutschen Recht nicht *nur* gegen den Staat gerichtet, son- 120

323 513 U.S. 374, 398 (1995) *Lebron v. National Railroad Passenger Corporation*: „Moreover, Amtrak is not merely in the temporary control of the Government (as a private corporation whose stock comes into federal ownership might be); it is established and organized under federal law for the very purpose of pursuing federal governmental objectives, under the direction and control of federal governmental appointees".

324 So erneut auch 135 S. Ct. 1225 (2015) *Department of Transportation v. Association of American Railroads* („the practical reality of federal control and supervision"); im Ergebnis auch *J. Beermann*, in: Taggart, Province, 177 ff. („key factor").

325 Vgl. *J. Beermann*, ebd., 179.

326 500 U.S. 614, 620 (1991) *Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.*: „With a few exceptions, such as the provisions of the Thirteenth Amendment, constitutional guarantees of individual liberty and equal protection do not apply to the actions of private entities".

327 Ebd., 619.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dern können u. U. mittelbare Drittwirkungen unter Privaten entfalten.[328] In den Grundannahmen eines *den Staat* in Pflicht nehmenden Verständnisses der Verfassung stimmen beide Rechtsordnungen – bis in die Formulierungen höchstrichterlicher Urteile hinein – jedoch überein. „Der Bürger findet durch die Grundrechte Anerkennung als freie Person, die in der Entfaltung ihrer Individualität selbstverantwortlich ist".[329] Die damit anerkannte *kategoriale Differenz* zwischen freiheitlichem Bürgerstatus und gebundener staatlicher Kompetenz legt nicht nur für die deutsche, sondern auch für die amerikanische Rechtsordnung eine Unterscheidung zwischen dem allgemeinen privaten und einem besonderen öffentlichen Rechtskreis mindestens nahe (vgl. → 2/110–112).

121 Beide Rechtsordnungen kennen allerdings besondere Konstellationen, in denen Private so intensiv in die staatliche Sphäre hineingenommen sind, dass sich die Frage ihrer Bindung an die für staatliches Handeln geltenden Verfassungsvorschriften anders stellt. „This is the jurisprudence of state action, which explores the 'essential dichotomy' between the private sphere and the public sphere, with all its attendant constitutional obligations".[330] Die damit aufgerufene *state action* Doktrin besteht aus einer Folge von Tests, nach denen die Judikatur darüber entscheidet, ob die Verwaltung die Aktivitäten der beteiligten Privaten so nachhaltig steuert, dass diese in der Frage der Verfassungsbindung als Teile des Staates angesehen werden müssen.[331]

122 Die Doktrin wurde zunächst im Rahmen des XIV. Amendment entwickelt, der ausdrücklich „states" als Bindungsadressaten nennt. Sie ist dann aber auch auf andere Verfassungsvorschriften übertragen worden. Ihre Anwendung folgt einem zweistufigen Prüfungsschema:[332] Zunächst wird nach den Grundlagen der Aktivitäten im staatlichen Recht gefragt, und danach geht es um die Enge der Beziehungen zwischen dem Privaten und dem Staat. Der Schwerpunkt liegt auf der zweiten Stufe. Der erforderliche *nexus*

---

328 Mit weiteren Nachw. BVerfGE 148, 267 Rn. 31 ff. („Stadionverbot"). Zu neueren Ansätzen einer Grundrechtsgeltung im "public space" vgl. *G. E. Metzger*, State Action and the Public/Private Distinction, 123 Harv. L.Rev. 1248 (2010).

329 BVerfGE 128, 226, 244.

330 So 500 U.S. 614, 620 (1991) *Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.*

331 Zum Folgenden die (krit.) Darstellung von *G. E. Metzger* (Fn. 310), 103 Colum. L. Rev. 1367, 1410 ff. (2003).

332 457 U.S. 922, 936–937 (1982) *Lugar v. Edmondson Oil Co., Inc*.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kann durch verschiedene Kriterien indiziert sein:[333] „whether the private party is performing a public or government function, whether the government compelled or significantly encouraged the challenged action, whether the government jointly participated in the action; and whether there is a symbiotic interdependence between the government and the private party".

Die Kriterien sind ihrerseits allerdings sehr allgemein gefasst. Eindeutige Aussagen darüber, ob ein Privater als state actor einzustufen ist und bei seinen Entscheidungen etwa die Due Process Klausel beachten muss, sind auf dieser Basis nur schwer möglich. Das räumt die Judikatur selbst ein.[334] In der Literatur wird Abhilfe durch eine Ausrichtung an einer reformulierten *Private Delegation Doctrine* empfohlen:[335] Danach soll gefragt werden, ob der Private zu einem „Acting on the Goverment´s Behalf and Agency" ermächtigt ist. Wenn das zu bejahen ist, soll nicht automatisch der volle Bestand der für die Verwaltung beachtlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben anzuwenden sein; vielmehr müsse es nur darum gehen, elementare Anforderungen an Neutralität und Verfahrensfairness zu sichern; das könne auch durch einfach-rechtliche Ausgestaltungen der Delegation geschehen; dabei komme den Möglichkeiten einer aktiven behördlichen Beaufsichtigung der privaten Aufgabenwahrnehmung eine besondere Rolle zu.[336] 123

Mit Überlegungen der deutschen Privatisierungsdiskussion begegnet sich dieser Vorschlag darin, dass er die Frage nach den übertragenen Aufgaben (und nicht nach den staatlichen Einwirkungen) in den Vordergrund stellt. Ähnlich verfährt das deutsche Recht, wenn es nach *Beleihungen* fragt. Beleihungen setzen eine gesetzliche Ermächtigung voraus. Ihr Nachweis kann schwierig sein; aber das Kriterium ist klar: Es müssen „Befugnisse" übertragen sein.[337] Damit ist aus der Vielzahl von Privatisierungsvorgängen ein 124

333 *G. E. Metzger*, in: Freeman/Minow, Government by Contract, 306, 412, unter Bezugnahme auf 526 U.S. 40, 52–58 (1999) *American Manufacturers Mutual Insurance Co. v. Sullivan*.

334 500 U.S. 614, 640 (1991) *Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.*, Justice *O'Connor* diss.: „Unfortunately, our cases deciding when private action might be deemed that of the state have not been a model of consistency".

335 *G. E. Metzger* (Fn. 310), 103 Colum. L. Rev. 1367, 1461 ff. (2003); *dies.*, in: Freeman/Minow, Government by Contract, 291 ff.; mit anderer Akzentsetzung auch *D. Mishra* (Fn. 315), 68 Vanderbilt L. Rev. 1509, 1541–1557 (2015).

336 *G. E. Metzger*, in: Freeman/Minow, Government by Contract, 306 ff.

337 *M. Burgi*, in: Ehlers/Pünder, Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 26 („ohne Befugnisse keine Beleihung").

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schmaler, aber qualifizierter Ausschnitt erfasst, für den dann konsequent auch die verfassungs- und einfachrechtlichen Vorgaben für hoheitliches Handeln gelten: Beliehene sind wie Verwaltungen umfassend an das öffentliche Recht gebunden.[338]

125 Das Spektrum derjenigen Privaten, deren Handeln als „Acting on the Goverment´s Behalf and Agency" eingestuft werden kann, geht allerdings über die Fälle der Beleihung hinaus und erfasst auch Fallgruppen, die in Deutschland als *funktionale Privatisierung* oder auch als „Verwaltungshilfe" bezeichnet werden.[339] Auch in diesem Bereich staatlich-gesellschaftlicher Kooperation sind grundlegende Standards des öffentlichen Rechts zur Geltung zu bringen. Allerdings muss das nicht notwendig dadurch geschehen, dass die Regeln des öffentlichen Rechts wie bei Beliehenen in toto auf das Handeln der Verwaltungshelfer erstreckt werden. Vielmehr sind flexiblere Lösungen angezeigt. Die deutsche Literatur rekurriert hier auf eine „Gewährleistungsverantwortung" und eine „Strukturverschaffungspflicht" des Staates, die in einem „Privatverfahrensrecht" weiter auszuformen sind.[340] In den USA nimmt man den Due Process Gedanken als Bezugspunkt, dessen Anforderungen den spezifischen Gefahren *privater* Aufgabenwahrnehmung entsprechend umformuliert werden.[341] Dieser Ansatz hat den Vorzug größerer Anschaulichkeit, weil er an die Fallgruppen der klassischen Due Process Konstellationen anknüpft.

126 Fragt man allgemein danach, wie die Grenzen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts angesichts einer kaum überschaubar vielgestaltigen staatlich-gesellschaftlichen Kooperation zu ziehen sind, so folgen beide Rechtsordnungen ähnlichen Grundlinien: Jenseits eines engeren Privatisierungsbereichs, in dem die privaten Aufgabenträger unmittelbar den öffentlichrechtlichen Regeln unterworfen sind, existiert eine breite Zone flexibler Anforderungen, die auf unterschiedliche Weise unter Einschluss des privaten Vertrags- und Haftungsrechts erfüllt werden können.

127 Nicht in den Anwendungsbereich des Verwaltungsrechts fallen in beiden Rechtsordnungen die Rechtsverhältnisse gesellschaftlicher Organisationen zu ihren Mitgliedern oder zu Dritten, selbst wenn diese Organisationen wie z. B. Berufsverbände erhebliche soziale und ökonomische Macht besit-

---

338 *M. Burgi*, ebd., Rn. 28; speziell zur Haftung Beliehener *B. Grzeszick*, dort § 44 Rn. 11.

339 Dazu grundlegend *M. Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe.

340 Dazu *I. Appel*, Privatverfahren, in: GVwR II, § 32 Rn. 77 ff.

341 *G. E. Metzger*, in: Freeman/Minow, Government by Contract, 298 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zen.[342] Ihre Kontrolle folgt in den USA den Regeln des common law, in Deutschland aus der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte insbesondere über die Generalklauseln des Zivilrechts.[343]

C. *Private law enforcement*

128 Wesentlich häufiger als in Deutschland engagieren sich in den USA Privatpersonen für die Durchsetzung staatlichen Rechts:[344] private law enforcement durch einzelne Bürger, Unternehmen oder Verbände.[345]

I. Fester Bestandteil der amerikanischen Rechtsordnung

129 Bekannte Einsatzfelder sind das Wettbewerbsrecht, das Kapitalmarktrecht und das Produkthaftungsrecht. Aber auch im Umweltrecht und im Antidiskriminierungsrecht spielt diese Art der Rechtsdurchsetzung eine wichtige Rolle. Das zentrale Instrument des private law enforcement sind gerichtliche Klagen, unter denen wiederum die *class action* nach Rule 23 der Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) besonders prominent ist.[346] Die Klagen richten sich häufig auf Schadensersatz, u.U. auch in den verschärften Formen eines Strafschadensersatzes („punitive damages“) oder verdreifach-

342 *J. Beermann*, in: Taggart, Province, 194 f.

343 BVerfGE 148, 267 Rn. 31 ff. („Stadionverbot“).

344 Für die deutsche Rechtslage repräsentativ sind allerdings nicht nur Gebiete wie das Wettbewerbsrecht, in die Instrumente der privaten Rechtsdurchsetzung im Wesentlichen erst in jüngerer Zeit in Vollzug von Vorgaben des EU-Rechts eingeführt worden sind. Eine eigenständige Form gerade im Verwaltungsrecht sind die seit Langem anerkannten bau- und immissionsschutzrechtlichen Nachbarklagen sowie sonstige *Drittklagen* (Gewerberecht, Beamtenrecht). Ihre traditionelle Ausrichtung auf eine Schutznormverletzung und damit auf den Schutz subjektiver Rechte nimmt ihnen nicht den Effekt, auch für die Rechtsdurchsetzung als solche zu wirken. Heute zeichnen sich hier zudem Weiterentwicklungen ab, die von der Vorstellung „prokuratorischer“ Rechte getragen sind; dazu → 4/93–95.

345 Zum Folgenden vgl. nur den instruktiven Überblick von *M. Reimann*, Präventiv-Administrative Regulierung oder Private Law Enforcement?, in: Privatautonomie in der transnationalen Marktwirtschaft, Bitburger Gespräche Bd. 50, 2008, 105 ff.; *Strauss*, Justice, 289 f.

346 Dazu *Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz, 425 ff.; *H. Beuchler*, Class Actions und Securities Class Actions in den Vereinigten Staaten von Amerika, 2008; auch *M. Orgel*, Class Arbitration, 2013, 11 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ter Schadenssummen („treble damages"). Je nach dem einschlägigen Recht sind aber auch Unterlassungsklagen und Klagen auf behördliches Tätigwerden statthaft. So räumen zahlreiche Umweltgesetze jedermann die Befugnis ein, auf Einhaltung ihrer Regelungen zu klagen, und ermöglichen es damit, sowohl gegen umweltgefährdende Betriebe als auch gegen Behörden vorzugehen, die ihre umweltrechtlichen Pflichten nicht erfüllen.[347] In diesem Rahmen sind auch Klagen auf den Erlass administrativer Normen denkbar (→ 3/100).

130 Private law enforcement hat in den USA eine lange Tradition.[348] Es gilt als ein typischer Ausdruck des amerikanischen Verfassungsverständnisses, das individueller Selbstverantwortung und gesellschaftlicher Selbstorganisation einen besonderen Rang einräumt. Auch alte und neue Vorbehalte gegenüber staatlicher Macht, insbesondere gegenüber der Verwaltung und ihrer Objektivität („agency capture") dürften sich hier niedergeschlagen haben. Jedenfalls ist „private law enforcement" ein integraler Bestandteil des amerikanischen Konzepts von Rechtsvollzug.

131 Diese Feststellung schließt freilich nicht aus, dass die Aktivitäten privater Rechtsdurchsetzung im verfassungsrechtlichen Rahmen immer wieder auch kritisch überprüft werden müssen. Art. II der U.S.-Verf. überträgt die vollziehende Gewalt dem Präsidenten und damit einer politisch verantwortlichen Instanz. Er ist es, der dafür zu sorgen hat, „that the law be faithfully executed". Private sind der Öffentlichkeit gegenüber nicht rechenschaftspflichtig. Kritiker befürchten, dass mit ihrer Einschaltung in die Durchsetzung des staatlichen Rechts die demokratische Verantwortlichkeit Schaden nimmt.[349] Es sind die Argumente, die gegenüber der Privatisierung staatlicher Aufgaben auch sonst ins Feld geführt werden (→ 2/114). Im Zusammenhang speziell mit dem „law enforcement" sind sie zwar durch gegenläufige Traditionen teilweise überlagert. Aber sie halten be-

---

347 *J. G. Miller*, Citizen Suits, 1987; *Elshorst*, Bürgervollzugsklagen, 2002; *J. R. May*, Now More than Ever: Trends in Environmental Citizen Suits, in: 10 Widener R. Rev. 1 (2003) mit stat. Angaben; *Percival/Schroeder/Miller/Leape*, Environmental Regulation, 1054 ff.; weiter dazu → 4/87.

348 Vgl. nur *M. Reimann*, Bitburger Gespräche, 141 ff.

349 *M. C. Stephenson*, Public Regulation of Private Enforcement, in: 91 Va. L. Rev. 93, 119 (2005); vgl. auch *D. Mishra* (Fn. 315), in: 68 Vanderbilt L. Rev. 1509, 1545 ff. (2015).

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wusst, dass private Rechtsdurchsetzung nur in geringem Maße steuerbar ist und deshalb in ihrem Werte nicht überschätzt werden darf.[350]

II. Verhältnis zur behördlichen Rechtsdurchsetzung

132 In der Praxis bestimmen die Instrumente privater Rechtsdurchsetzung das Feld nicht allein, sondern müssen im Zusammenhang mit den Instrumenten des „public law enforcement“ betrachtet werden.[351] Die „Mischungsverhältnisse“ zwischen beiden Durchsetzungsregimen variieren in den einzelnen Rechtsgebieten. Das Umweltrecht etwa wird vorrangig von der EPA und den mit ihr kooperierenden Behörden der Bundesstaaten vollzogen. Klagen Privater sind hier eine zusätzliche Durchsetzungshilfe, u.U. auch, indem sie auf Aktionen der EPA dringen.[352] Ähnliches gilt für das Arzneimittelrecht und die Rolle der für dieses Gebiet verantwortlichen Food and Drug Administration (FDA). Aber auch auf Rechtsgebieten, die wie das Wettbewerbsrecht und das Kapitalmarktrecht als klassische Domänen privater Durchsetzung angesehen werden, bestehen wichtige behördliche Kompetenzen – hier sogar besonders einflussreicher und aktiver Behörden wie der Federal Trade Commission (FTC), der Securities and Exchange Commission (SEC) oder des Department of Justice (DOJ).[353] Untersagungsverfügungen, Bußgelder und die Erhebung von Strafklagen sind typische Instrumente dieses zweiten Pfeilers der Rechtsdurchsetzung. Selbst wenn die Behörden grundsätzlich keine eigene Vollstreckungsbefugnis besitzen und auf die Mithilfe der Gerichte angewiesen bleiben, sind sie es, die hier die aktive Position innehaben.

133 Rechtspolitisch geht es um Fragen von „regulatory choice“ und um das richtige Mischungsverhältnis zwischen private und public law enforcement.[354] Zu entscheiden ist auch, ob beide Regime nebeneinander einsetz-

---

350 Vgl. nur *M. H. Lemos*, Privatizing Public Litigation, in: 104 Georgetown L. J. 515 (2016).

351 *M. Reimann*, Bitburger Gespräche 110 ff.; zur historischen Entwicklung *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 1 Rn. 41 ff.

352 Vgl *Percival/Schroeder/Miller/Leape*, Environmental Regulation, 115 f., 145 ff. und 1011 ff.; *Elshorst*, Bürgervollzugsklagen, 131 ff.; ferner → 4/87.

353 Vgl. *M. Minzer*, Should Agencies Enforce?, in: 99 Minn. L. Rev. 2113 f. (2015).

354 Dazu *M. Reimann*, Bitburger Gespräche, 127 ff. Beim public law enforcement ist weiter zu bedenken, ob die Kompetenz dezentral bei den jeweiligen Fachbehörden oder bei einer zentralen Behörde liegen soll, dazu *M. Minzer* (Fn. 353), 99 Minn. L. Rev. 2113.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bar sein sollen, oder die private gegenüber der öffentlichen Rechtsdurchsetzung subsidiär sein soll.[355] Der Mehrwert eines mit zahlreichen Instrumenten ausgestatteten Durchsetzungssystems, den das amerikanische Recht für sich in Anspruch nehmen kann, ist nur die *eine* Seite. Auf der *anderen* Seite muss den Betroffenen ein Mindestschutz gegen übermäßige Sanktionierungen zuerkannt werden.[356] Die Ausbalancierung der gegensätzlichen Interessen ist primär eine Aufgabe des Gesetzgebers. Im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben haben aber auch die zuständigen Fachbehörden regelmäßig einen erheblichen Spielraum, wie sie ihre eigenen Instrumente (auch im Zusammenspiel mit der privaten Rechtsdurchsetzung) einsetzen. Die Rechtsprobleme der Durchsetzungsebene lassen sich nicht auf den Einzelfall konzentrieren. Sie stellen sich vielmehr auch im größeren Rahmen einer *behördlichen Vollzugspolitik*. Zutreffend wird in der Literatur daher verlangt, dass dabei Transparenz und Verantwortlichkeit in ähnlicher Weise gesichert werden, wie das für die administrative Rechtsetzung anerkannt ist.[357]

355 Vgl. *Percival/Schroeder/Miller/Leape*, Environmental Regulation, 1101 f. („preclusion“).

356 Zu den Gefahren exzessiver Nutzung privater Klagen *M. Reimann*, Bitburger Gespräche, 128 ff.

357 *M. H. Lemos* (Fn. 313), 102 Cornell L. Rev. 929, 944 ff. (2017).

https://doi.org/10.5771/9783748922360-61, am 12.10.2024, 09:05:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb