

MLB 2001

Archiv des öffentlichen Rechts

In Verbindung mit

Otto Bachof · Rüdiger Breuer · Horst Ehmke
Jochen Abr. Frowein · Wilhelm Grewe †
Peter Häberle · Konrad Hesse · Peter Lerche

Herausgegeben von

Peter Badura · Udo Di Fabio
Gerhard Robbers

126. Band (2001)



Mohr Siebeck

A 102467

Katalog

Archiv des öffentlichen Rechts

In Verbindung mit

Professor Dr. *Otto Bachof*, Tübingen; Professor Dr. *Rüdiger Breuer*, Bonn;
 Professor Dr. *Horst Ehrhardt*, Bonn; Professor Dr. *Jochen Abr. Frowein*, Heidel-
 berg; Professor Dr. *Peter Häberle*, Bayreuth/St. Gallen; Professor Dr. *Komrad*
Hesse, Freiburg; Professor Dr. *Peter Lerche*, Gauting

Herausgegeben von

Professor Dr. *Peter Badura*, 80339 München, Prof.-Huber-Platz 2
 Professor Dr. *Udo Di Fabio*, 80339 München, Prof.-Huber-Platz 2
 Professor Dr. *Gerhard Robbers*, 54286 Irtzen, Universitätsring 15

Manuskripte und redaktionelle Anfragen werden an einen der Herausgeber erbeten, Besprechungs-
 anfragen, Besprechungsexemplare und geschäftliche Mitteilungen an den Verlag.

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, daß das Manu-
 skript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentli-
 chung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet
 mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberrechtsfrist.

Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache
 Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu
 verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-
 Verfahren zu verbreiten.

Erscheinungsweise: Bandweise, pro Jahr erscheint ein Band zu 4 Heften mit je etwa 160 bis 170
 Seiten. **Einzelheftpreis:** DM 78,-, **Bandpreis:** DM 268,-, jeweils zuzüglich Versandkosten. **Verlag:**
 Mohr Siebeck, Postfach 2040, 72010 Tübingen. **Vertrieb:** erfolgt über den Buchhandel.

© Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 2001. – Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen
 einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb
 der engen Grenzen des Urheberrechtsesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und
 strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die
 Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany. Satz und Druck von Laupp & Göbel in Nehren und Bindung von Heintz Koch
 KG in Tübingen.

ISSN 0003-8911

INHALTSVERZEICHNIS

126. Band (2001)

Glückwunsch

Prof. Dr. Dres. h. c. *Komrad Hesse*, Freiburg
 Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag 1

Abhandlungen

Dr. *Rainer Grote*, Heidelberg
 Rechtskreise im öffentlichen Recht 10

Dr. *Peter Urrah*, Göttingen
 Erinnerungen an Gerhard Leibholz (1901–1982) – Staatsrechtler zwi-
 schen den Zeiten 60

Prof. Dr. *Peter M. Huber*, Jena
 Die Vorgaben des Grundgesetzes für kommunale Bürgerbegehren und
 Bürgerentscheide 165

Priv.-Doz. Dr. *Mathias Jestaedt*, Bonn
 Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit 204

Prof. Dr. *Winfried Bruggen*, Heidelberg
 Der moderne Verfassungsstaat aus Sicht der amerikanischen Verfas-
 sungs und des Grundgesetzes 337

Dr. *Claudio Franzins*, Berlin
 Bundesverfassungsgericht und indirekte Steuerung im Umweltrecht . . 403

Alexis von Komorowski, Freiburg
 Rückübertragungsansprüche bei zweckverfehlten DDR-Ereignissen 507

Prof. Dr. *Stefan Kadelbach* und *Ute Guntermann*, Münster
 Vertragsgewalt und Parlamentsvorbehalt 563

Kleine Beiträge

Norbert Berthold Wagner, Bonn
 50 Jahre Bundesrechnungshof – Zugleich ein Beitrag zu den organisa-
 torischen Entwicklungslinien im preußisch-deutschen Rechnungskor-
 trollwesen 93

Dr. *Uz Schliesky*, Kiel
 Art. 44 GG – Zulässigkeit der Änderung des Untersuchungsgegenstan-
 des gegen den Willen der Einsetzungsmehrheit 244

Prof. Dr. *Hans D. Jarass*, Münster
 Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche
 Vorgabe 588

sungsrechtlich geschützten Belange aller am kommunalen Finanzausgleich Beteiligten. Eben dies hat der Niedersächsische Staatsgerichtshof mit dem Schlüsselbegriff „Verteilungssymmetrie“ zum Ausdruck bringen wollen, als er den Gesetzgeber dazu verpflichtete, der Gleichwertigkeit der Aufgaben von Land und Kommunen unter anderem dadurch Rechnung zu tragen, daß der gleichmäßigen Verteilung der Lasten eine gleichmäßige Verteilung der Einnahmen entspricht.

Der 2. Teil der Arbeit, der die verfassungsrechtliche Beurteilung des Thüringischen Finanzausgleichsgesetzes 1998 zum Gegenstand hat, läßt sich mit den folgenden Gliederungspunkten umschreiben: die „Verwirklichung der dualistischen Finanzgarantie durch das ThürFAG 1998“, die „Verwirklichung des Konnexitätsprinzips nach Art. 93 Abs. 1 Satz 2 ThürVerf“ und die „Gewährleistung der finanziellen Mindestgarantie durch den allgemeinen Finanzausgleich“. Dabei richten die Autoren ihr besonderes Augenmerk auf die im ThürFAG 1998 im einzelnen vorgesehenen Ausgleichsleistungen. Ausgangspunkt ist hierbei die Feststellung, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung der finanziellen Grundlagen der Kommunen nicht zwischen dem eigenen und dem übertragenen Wirkungskreis unterscheidet. Die Regelung der Auftragskostenausschale nach § 23 ThürFAG 1998 entspricht nach Auffassung von Huber und Storr nur bei Einhaltung der folgenden Ermittlungsschritte den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 93 Abs. 1 Satz 2 ThürVerf: Analyse der Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises und Bestimmung der damit verbundenen Ausgaben; typisierende Festlegung der dabei verursachten „Mehrbelastung“; Bestimmung der Kostenquoten für Land und Gemeinden sowie Zuweisung entsprechender Finanzmittel, wobei die Auftragskostenausschale durchaus eines von mehreren sein könne.

Die sich anschließende verfassungsrechtliche Untersuchung der Schlüsselpunkte nach dem ThürFAG enthält zugleich einen Überblick über die mit den Begriffen Einwohnerpreisung bzw. -veredelung, Bestimmung der Steuerkraftmaßzahl, Nivellierungsverbot und interkommunales Gleichbehandlungsgebot verbundenen Probleme. Abschließend untersuchen die Verfasser die Kreis- und sonstigen Umlagen sowie die besonderen Finanzzuweisungen nach dem ThürFAG. Auf den verfassungsrechtlichen Problemhaushalt von Zweckzuweisungen, die einen Mangel an Eigenverantwortlichkeit bei der Aufgabenwahrnehmung bewirken, wird hingewiesen. Im einzelnen werden die Zuweisungen zu den Ausgaben der Schülerbeförderung (§ 20 ThürFAG), der örtlichen Sozialhilfe (§ 21 ThürFAG), für Kinderbetreuungseinrichtungen, die laufenden sächlichen Schulkosten (Schullastenausgleich nach § 18 ThürFAG), die Schülerspeisung (§ 19 ThürFAG) thematisiert. Auch der Hinweis auf die Ausgleichszuweisungen für den Verlust des Kreisitzes nach § 31 ThürNGG fehlt nicht.

Huber/Storr gelangen im Ergebnis zu verschiedenen Verfassungsverstoßen des Finanzausgleichsgesetzgebers (siehe z. B. S. 129: Verstoß gegen das Gebot des angemessenen Ausgleichs, Verletzung des finanzverfassungsrechtlichen Abwägungsgebotes, Unterschreitung des „vollen“ Mehrbelastungsausgleichs, „freie Spitze“ aber immerhin noch am „unteren Rand des verfassungsrechtlich Hinnehmbaren“). In den „Thesen“ (S. 155ff.) fehlt leider eine Aufstufung der für verfassungswidrig gehaltenen Bestimmungen des ThürFAG.

Die Untersuchung wird durch einen ausführlichen Anhang mit den einschlägigen verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Rechtsvorschriften und statistischem Zahlenmaterial zur kommunalen Einnahmen- und Ausgabenentwicklung im Land Thüringen sowie dessen Finanzsituation abgerundet. Von besonderem Interesse sind darunter vor allem die von 25,33% bis 55,13% bzw. 14,23% bis 31,96% reichenden Deckungsquoten bei übertragenen Aufgaben bzw. Pflichtaufgaben im eigenen Wirkungskreis und die „freien Spitzen“ für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben in ausgewählten Kommunen (10,32% bis 30,67%).

Die Studie von Huber und Storr belegt am Beispielfall des Finanzausgleichs in Thüringen in ebenso informativer wie ausgewogener Weise die Komplexität der verfassungsrechtlichen Interpretationen der Landesverfassungsgerichte umfassend aus unterschiedlichen Inceptionen der Landesverfassungsgerichte umfassend verarbeitet. Das Buch leistet insgesamt einen weiteren wertvollen Beitrag zu dem kommunalen Fundamentalthema unserer Zeit: der Finanzausstattung der Kommunen als dem maßgeblichen Prüfstein für eine effektive Selbstverwaltungsgarantie. Durch die über die Thüringer Regelungen hinausreichende Anlage der (im übrigen auch im Preis-Leistungs-Verhältnis stimmigen) Untersuchung erweist sich diese als ein wertvoller Rargeber für die Haushaltsgesetzgeber aller Bundesländer mit kommunalem Finanzausgleich.

Michael Nierhaus

Christoph Gussy: Die Weimarer Reichsverfassung. Verlag J. C. B. Mohr Siebeck, Tübingen 1997, XVIII, 500 S., DM 98,-.

Bekanntlich ist über die Weimarer Zeit und namentlich die Weimarer Reichsverfassung (WRV) schon viel in historischer und verfassungsgeschichtlicher Hinsicht reflektiert und geschrieben worden. Insofern betritt Christoph Gussy mit seiner hier vorzustellenden Studie über die Weimarer Reichsverfassung keine terra incognita. Neu und interessant ist indessen der methodische Ansatz, mit dem vorgegangen wird. Der Autor lehnt es nämlich explizit ab, die Weimarer Reichsverfassung von ihrem Ende her zu analysieren oder diese mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland zu vergleichen, um daraus allfällige Lehren zu ziehen. Es geht ihm vielmehr um die von ihm selbst als begrenzt bezeichnete verfassungsgeschichtliche Betrachtung der Weimarer Zeit. In der Tat gewinnt die Studie gerade dadurch an Aussagekraft, dass sich der Autor strikt an die Erkenntnis „Bonn ist nicht Weimar“ (Fritz René Allemann) gehalten hat und nicht der Versuchung erlegen ist, die Weimarer Reichsverfassung auch noch mit dem Bonner Grundgesetz zu vergleichen.

Im ersten Teil schildert Gussy in kurzen Zügen den historischen und verfassungsgeschichtlichen Weg, der zur Weimarer Reichsverfassung geführt hat. Im Blickfeld steht insbesondere die Epoche von 1871 bis 1919. Dabei wird der Schwerpunkt auf diejenigen Ereignisse gelegt, die – wie die Oktoberreform und die Novemberrevolution im Jahre 1918 – wesentlich zur Entstehung der Weimarer Reichsverfassung beigetragen haben. Hervorgehoben wird auch die Beauftra-

gung von Hugo Preuss, Staatssekretär im Reichsamt des Innern, zur Ausarbeitung eines Verfassungsentwurfs. Gemäss Gasy waren mit dem Auftrag an Preuss „zwei inhaltliche Weichenstellungen“ verbunden: „Durch ihn geniert die Verfassunggebung in den Sog der Opposition aus der Monarchie. Und sie erblüht eine bürgerlich-liberale und keine sozialistische Ausrichtung“ (70).

Die Verfassung war somit kein kühner Wurf, sondern eine Kompilation von verschiedenen weltanschaulichen Versatzstücken, namentlich liberaler, sozialdemokratischer, christlicher und konservativer Provenienz (78). Trotzdem bildete die Verfassung eine solide Grundlage für ein rechtsstaatliches Gemeinwesen. Die Weimarer Verfassung beruhte auf freiheitlich-demokratischen Fundamenten und liess Raum für eine künftige Gestaltung des von ihr in liberaler Weise geordneten Gemeinwesens (79). Sie war alles in allem eine „wohlaugedachte Verfassung“ (Golo Mann).

Der zweite Teil der Untersuchung bildet zugleich ihren Schwerpunkt. Gasy geht darin den einzelnen verfassungsrechtlichen relevanten Bereichen nach und beschreibt unter dem verfassungsrechtlichen Gesichtswinkel die staatliche Willensbildung, die Funktionen (d. h. Rechtssetzung, Verwaltung, Rechtsprechung), die Bundesstaatlichkeit und die Sozialordnung der Republik (d. h. Grundrechte, Grundpflichten, Sozial- und Wirtschaftsordnung).

Das Gesamtbild, das sich aus den Ausführungen Gasy's gewinnen lässt, ist dasjenige einer „normalen“ Verfassung. Diese hatte zwar durchaus ihre Mängel, so etwa die Diktaturkompetenz des Reichspräsidenten in Art. 48 Abs. 2 WRV und vor allem sein in Art. 25 WRV festgehaltenes Recht zur Auflösung des Reichstags. Der Autor hebt aber mit Recht hervor, dass die Weimarer Republik nicht an diesen Mängeln gescheitert ist. Die Machtergreifung der Nationalsozialisten im Jahre 1933 wird denn auch von Gasy als ein gemessen an der Weimarer Reichsverfassung illegaler Akt dargestellt (151f.).

Im dritten Teil wendet sich der Autor der Verfassungsauslegung und -entwicklung zu. Die Weiterentwicklung der Verfassung ist durch die Glaubwürdigkeitskrise gekennzeichnet, in der sich das Reich seit seiner Konstituierung als Republik permanent befunden hatte. Das Volk brachte dem Staat und seinen Repräsentanten nicht das Vertrauen entgegen, das nötig gewesen wäre, um die Staatskrisen meistern zu können (386). Das ganze Gemeinwesen, d. h. sowohl der Staat und seine Repräsentanten als auch die Bevölkerung, entfernte sich immer mehr von der Verfassung. „Ende 1933 *brauchte die Weimarer Verfassung gar nicht mehr formell aufgehoben zu werden*“, wie Gasy mit Recht feststellt (419). Denn angesichts dieser distanzierteren Haltung gegenüber der Verfassung war es den verfassungsfeindlichen Kräften ein Leichtes, den Staat und seine Institutionen zu diskreditieren und destabilisieren.

Gasy hebt in diesem Zusammenhang vor allem die Doppelstrategie der Nationalsozialisten hervor. Einerseits sollte die Bevölkerung durch Terror und Einschüchterung verunsichert werden, andererseits wurde zumindest in rhetorischer Hinsicht verfassungsmäßig-legales Vorgehen vorgetrieben. Der Autor wendet sich mit Recht gegen die „Legalitätsthese“, wonach das Regime der Nationalsozialisten verfassungskonform errichtet worden sei. Diese „Legalitätsthese“ kann angesichts der Doppelstrategie der Nationalsozialisten nicht aufrechterhalten

werden. Die Legalität war schon vorher diskreditiert, zumal der Glaube an die Verfassung und damit auch an die Legalität nicht mehr vorhanden war.

Insgesamt betrachtet kann das Scheitern der Weimarer Republik nicht auf eine einzige Ursache zurückgeführt werden. Ihr Niedergang ist nur multifaktual erklärbar. Die Weimarer Verfassung trug zum Untergang der Republik lediglich insofern bei, als sie – wie wohl jede andere rechtsstaatliche Verfassung in dieser Situation – nicht primär im Hinblick auf die Bewältigung von Krisenzeiten hin konzipiert worden war. Der Autor führt deshalb zu Recht aus, dass die Weimarer Verfassung „eine Verfassung für die Normallage“ war. „Ihre Funktionsfähigkeit setzte demnach das Bestehen einer relativen Normalität im Gemeinwesen voraus“ (466). Diese fehlte vor allem auch in der Spätphase der Weimarer Republik.

Gasy ist schließlich beizupflichten, dass es in erster Linie der mangelnde politische Gestaltungswille war, der die Weimarer Reichsverfassung scheitern liess. Die Diktaturkompetenz in Art. 48 Abs. 2 WRV mag zwar eine wesentliche Unzulänglichkeit der Verfassung dargestellt haben. Doch kennen auch andere, neuere Verfassungen – wie etwa die französische Verfassung der fünften Republik aus dem Jahre 1958, die sich in ihrem Art. 16 an die Regelung von Art. 48 Abs. 2 WRV anlehnt – derartige Notstandsbestimmungen, ohne dass der Staat daran zugrunde gegangen wäre.

„Die Wirkungen einer Norm hängen eben nicht nur von ihrer Existenz ab“, wie Gasy treffend feststellt. „Sie ergeben sich mindestens ebensosehr daraus, welchen Gebrauch man von ihr macht. Dies ist wiederum nicht zuletzt eine Frage der politischen Verfassungsvoraussetzungen“ (467). Wenn Gasy daraus den Schluss zieht, dass eine „Verfassung, die auf Freiheit und Demokratie basiert, ... nicht sämtliche ihrer Voraussetzungen selbst garantieren“ kann (loc.cit.), knüpft er damit letztlich an den berühmten Satz von Ernst-Wolfgang Böckenförde an, wonach der freiheitliche, säkularisierte Staat von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht garantieren kann. Die Geschichte der Weimarer Verfassung zeigt in dramatischer Weise auf, wie wahr dieser Satz ist. *Christoph Gasy* liefert dazu mit seiner leisenwertigen Studie die Beweisführung.

Felix Hafner

Wolfgang Hoffmann-Riem / *Eberhard Schmidt-Aßmann* (Hrsg.): *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht. Nomos Verlagsgesellschaft, Bader-Baden 1998, 276 S., DM 72,-.*

Das anzuzeigende Buch ist der fünfte Band der von *Hoffmann-Riem* und *Schmidt-Aßmann* herausgegebenen Reihe *Schritten zur Reform des Verwaltungsrechts*. Die Beiträge des Bandes sind hervorgegangen aus einem Kolloquium, welches im Mai 1997 die Herausgeber veranstalteten. Eine einleitende Problem-skizze, von *Hoffmann-Riem* verfasst, sowie eine Betrachtung der Effizienz unter dem Aspekt der verwaltungsrechtlichen Systembildung, vorgenommen von *Schmidt-Aßmann*, umrahmen sechs Aufsätze, die sich überwiegend dem geltenden Recht zuwenden.