

Georg Brunner (Hrsg.)

# Politischer Pluralismus und Verfassungsstaat in Deutschland und Ungarn

**Verlag Otto Sagner München · Berlin · Washington D.C.**

Digitalisiert im Rahmen der Kooperation mit dem DFG-Projekt „Digi20“ der Bayerischen Staatsbibliothek, München. OCR-Bearbeitung und Erstellung des eBooks durch den Verlag Otto Sagner:

<http://verlag.kubon-sagner.de>

© bei Verlag Otto Sagner. Eine Verwertung oder Weitergabe der Texte und Abbildungen, insbesondere durch Vervielfältigung, ist ohne vorherige schriftliche Genehmigung des Verlages unzulässig.

«Verlag Otto Sagner» ist ein Imprint der Kubon & Sagner GmbH.

Georg Brunner - 978-3-95479-687-8

Downloaded from PubFactory at 01/11/2019 09:42:55AM

via free access

---

# SÜDOSTEUROPA-STUDIEN

---

herausgegeben im Auftrag der Südosteuropa-Gesellschaft  
von Walter Althammer

---

Band 49

---

---

# Politischer Pluralismus und Verfassungsstaat in Deutschland und Ungarn

---

---

Herausgegeben von

---

Georg Brunner

---

Bayerische  
Staatsbibliothek  
München

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Politischer Pluralismus und Verfassungsstätt in Deutschland  
und Ungarn / Südosteuropa-Gesellschaft. Hrsg. von Georg  
Brunner. – München : Südosteuropa-Ges., 1992**

(Südosteuropa-Studien ; 49)

ISBN 3-925450-30-0

NE: Brunner, Georg (Hrsg.); Südosteuropa-Gesellschaft  
<Deutschland>

GT

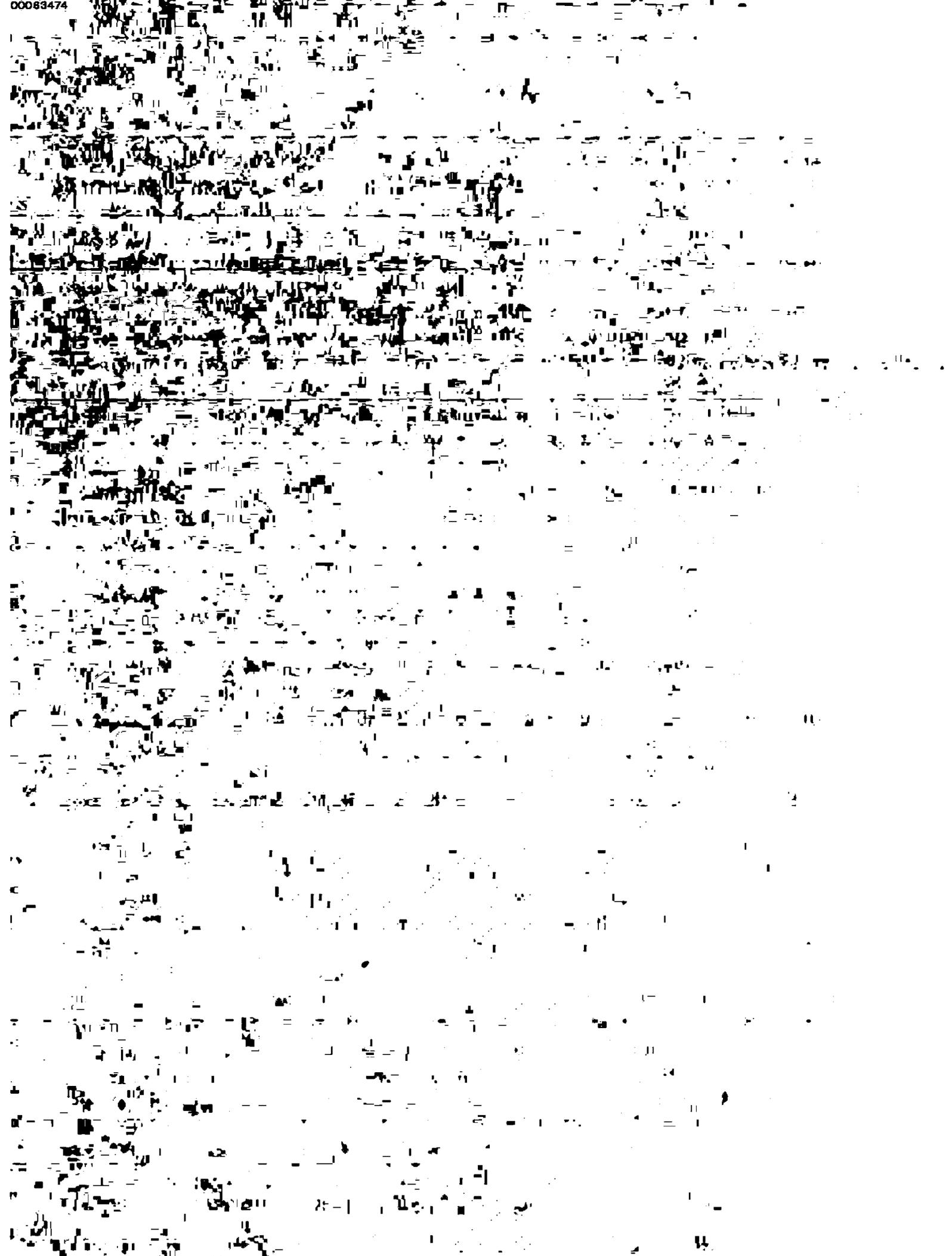
## VORWORT

Mit der großen Verfassungsreform vom Oktober 1989, den demokratischen Parlamentswahlen vom März/April 1990 und den demokratischen Kommunalwahlen vom September/Oktober 1990 ist Ungarn nach Europa zurückgekehrt. Nach vielen Anstrengungen und großen Opfern hat dieses mitteleuropäische Land die autoritäre Einparteidiktatur überwunden und den Wandel zum demokratischen Rechtsstaat vollzogen. Bei allen Traditionen, an die es anknüpfen kann, handelt es sich freilich um eine junge Demokratie und einen jungen Rechtsstaat. Die praktischen Erfahrungen mit dem System des politischen Pluralismus und der Verfassungsstaatlichkeit, das der von einer weltoffenen Rechtswissenschaft tatkräftig unterstützte ungarische Gesetzgeber zur Verfügung gestellt hat, werden gerade gesammelt, und es wäre nicht verwunderlich, wenn auf Grund der gemachten Erfahrungen das vorhandene System hier und dort noch geändert und verbessert werden würde.

In dieser Zeit eines Neubeginns schien es angezeigt, daß ungarische und deutsche Juristen zusammentreffen, um ihre Erfahrungen auszutauschen und Lösungsmöglichkeiten für anstehende Probleme zu erörtern. Dies geschah auf einem wissenschaftlichen Symposium, das am 9./10. Juli 1990 in der Winterscheider Mühle von der Südosteuropa-Gesellschaft in Zusammenarbeit mit dem Internationalen Kulturinstitut Ungarns veranstaltet wurde. Die Veranstalter wählten fünf Themenbereiche aus, die für den demokratischen Verfassungsstaat von grundlegender Bedeutung sind, und ließen diese jeweils von einem deutschen und einem ungarischen Wissenschaftler behandeln. Auf diese Weise sollte ein systematischer Vergleich der Erfahrungen mit einem einundvierzig Jahre alten Grundgesetz und einer ein Jahr jungen Verfassung vorgenommen und zu weiterführenden Überlegungen fruchtbar gemacht werden. Da eine freiheitliche Verfassung vom Einzelmenschen ihren Ausgang zu nehmen und einen wirksamen Schutz für dessen Grundrechte zur Verfügung zu stellen hat, bildet der Grundrechtsschutz durch die Verfassungsgerichtsbarkeit den ersten Themenkreis. Der zweite Themenkreis ist dem Staatsorganisationsrecht gewidmet, dessen politische Infrastruktur hauptsächlich die politischen Parteien und das Wahlrecht bilden. Aus den Wahlen gehen unmittelbar das Parlament und mittelbar die Regierung hervor, deren Zusammenspiel in der Verfassungspraxis durch das parlamentarische Prinzip bestimmt wird. Deshalb sollte dies der dritte Themenbereich sein. Betreffen diese Themen die hohe Ebene der großen Politik, so ist der Bürger im Rechtsalltag mehr mit der Verwaltung konfrontiert, deren rechtsstaatliches Wirken eine Bindung an Gesetz und Recht voraussetzt. Damit ist die vierte Frage nach dem System der Rechtsquellen und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aufgeworfen. Am nächsten ist dem Bürger die Kommunalverwaltung, in der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie insofern besonders eng miteinander verbunden sind, als das Prinzip der kommunalen Selbstverwaltung vertikale Gewaltenteilung bewirkt und dem Bürger die unmittelbare Teilhabe an der Verwaltung ermöglicht. Diesem Themenbereich sind die letzten beiden Beiträge gewidmet. Es ist zu hoffen, daß das deutsch-ungarische Rechtsgespräch auch künftig fortgesetzt wird und von dem gegenseitigen Erfahrungsaustausch letztlich der demokratische Verfassungsstaat in Europa profitiert.

Köln, im Februar 1991

Prof. Dr. Georg Brunner

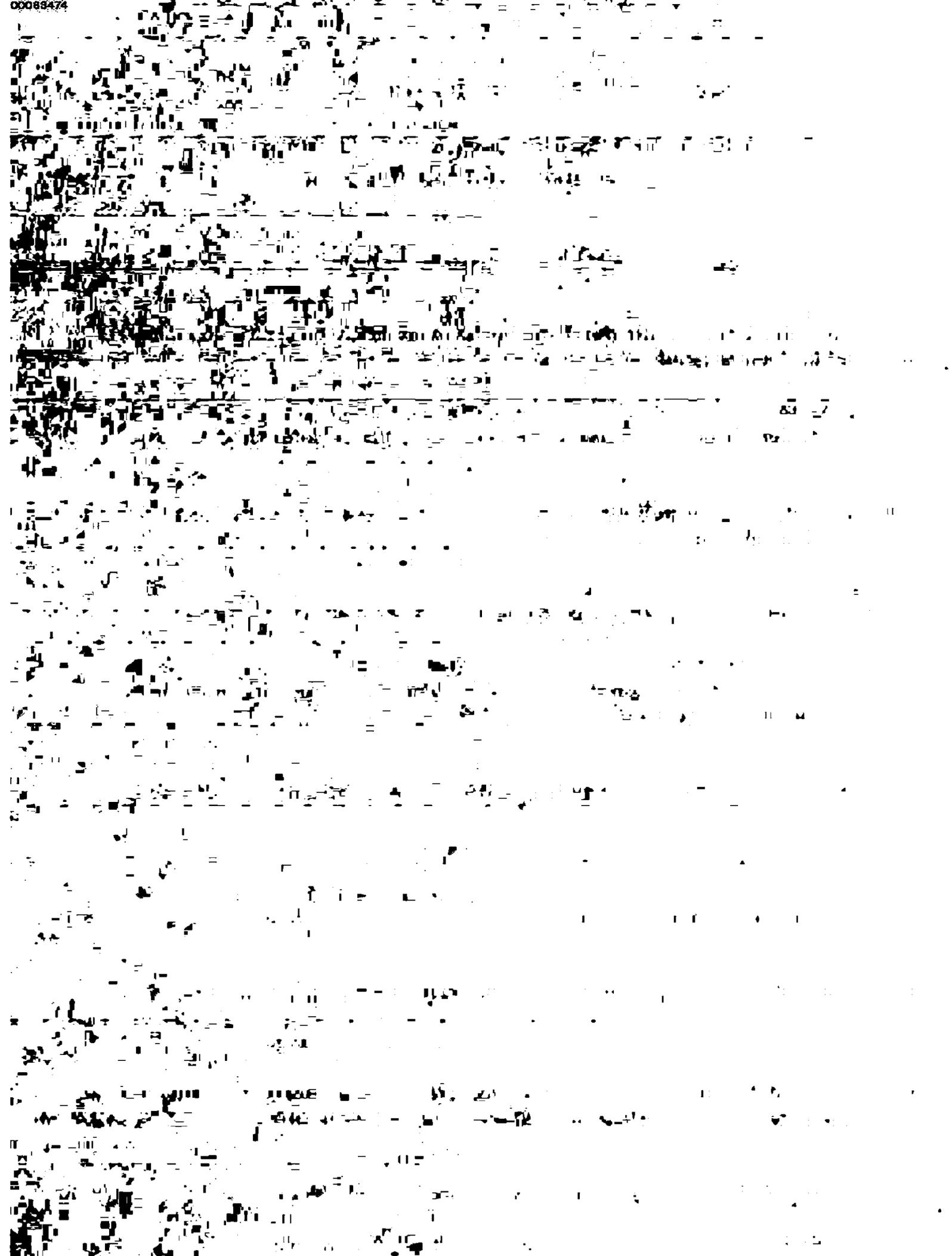


GEORG BRUNNER (Hrsg.)

## Politischer Pluralismus und Verfassungsstaat in Deutschland und Ungarn

### INHALTSVERZEICHNIS

KLAUS STERN	
<b>Der Schutz der Grundrechte durch die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland . . . . .</b>	<b>9</b>
ANTAL ÁDÁM	
<b>Der Schutz der Grundrechte durch die Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn</b>	<b>23</b>
GEORG BRUNNER	
<b>Die Rechtsstellung der politischen Parteien und das Wahlrecht in der Bundesrepublik Deutschland . . . . .</b>	<b>33</b>
PÉTER SCHMIDT	
<b>Die Rechtsstellung der politischen Parteien und das Wahlrecht in Ungarn . .</b>	<b>65</b> ↙
GERHARD HOFFMANN	
<b>Das parlamentarische Prinzip in Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Bundesrepublik Deutschland . . . . .</b>	<b>69</b>
IMRE TAKÁCS	
<b>Das Prinzip des Parlamentarismus in der Theorie und Verfassungswirklichkeit Ungarns . . . . .</b>	<b>89</b> ↗
HARTMUT KRÜGER	
<b>Das System der Rechtsquellen und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in der Bundesrepublik Deutschland . . . . .</b>	<b>97</b>
ALBERT TAKÁCS	
<b>Das System der Rechtsquellen und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Ungarn . . . . .</b>	<b>111</b>
PETER WEIDES †	
<b>Das Kommunalrecht der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung des nordrhein-westfälischen Gemeinderechts . . . . .</b>	<b>149</b>
LÁSZLÓ KISS	
<b>Die Selbstverwaltung im System der Gewaltenteilung in Ungarn . . . . .</b>	<b>175</b>
<b>Autorenverzeichnis . . . . .</b>	<b>181</b>



KLAUS STERN

## **Der Schutz der Grundrechte durch die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland**

### I.

Wenn wir uns hier zu einem deutsch-ungarischen Symposium der Südosteuropa-Gesellschaft über „Politischen Pluralismus und Verfassungsstaat“ zusammenfinden, so wird damit die Reihe der Konferenzen deutsch-ungarischer Juristen, die in den letzten Jahren so erfreulich zugenommen haben, fortgesetzt. Ich möchte nur an das ungarisch-deutsche Juristenkolloquium in Budapest vor etwas mehr als einem Jahr erinnern, in dessen Mittelpunkt die Verfassung stand.<sup>1</sup> Sehr gern bin ich daher der Einladung meines Kollegen Brunner und der Südosteuropa-Gesellschaft gefolgt. Ich freue mich ganz besonders, zahlreiche ungarische Gäste wiederzusehen, die ich bereits bei meinem Besuch in Budapest 1984 kennenlernen konnte. Lassen Sie mich auch daran erinnern, daß wir Deutsche Ungarn sehr viel zu verdanken haben, besonders, daß von diesem Land erste Tore auf dem Weg zur deutschen Einheit geöffnet wurden. Wir haben nicht vergessen, welche denkwürdige und mutige Entscheidung der ungarische Außenminister Gyula Horn am 10. 9. 1989 traf, als er die Verpflichtungen aus den Menschenrechten höher stellte als die aus den bilateralen Auslieferungsverträgen mit der DDR und die deutschen Flüchtlinge ausreisen ließ. Darin lag eine Entscheidung für die Freiheit und die Einheit eines freien Europas. Zu Recht ist ihm der Internationale Karlspreis der Stadt Aachen 1990 verliehen worden. Viele Sätze seiner Rede sind mir noch im Ohr, vor allem dieser: „Ich möchte jene, die wegen der Vereinigung Deutschlands Bedenken hegen, darauf hinweisen, daß sie diese Sorgen vor einem Jahr freudig übernommen hätten. Und als ungarischer Amtsträger bekenne ich, daß ich diese Sorgen gerne auf mich nähme, hätte ich die Aussicht, alle Ungarn zu vereinen.“

Sie haben mir die Aufgabe zgedacht, über den Schutz der Grundrechte durch die Verfassungsgerichtsbarkeit zu referieren, ein Thema, umfassend genug, um tagesfüllend zu sein. Der eingeräumte Zeithorizont nötigt indessen zur Begrenzung.

Seit den Veränderungen in Ungarn in den letzten Jahren und vor allen Dingen seit dem Inkrafttreten des Gesetzes Nr. XXXII/1989 über das Verfassungsgericht und dessen Tätigkeitsbeginn am 1. Januar 1990 haben sich die Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn wesentlich geändert gegenüber der Zeit meines Besuches, als nur ein Verfassungsrechtlicher Rat die Sicherung der Verfassung besorgen durfte, dessen Zuständigkeiten mit denen des ungarischen Verfassungsgerichts von heute nicht vergleichbar sind. Diesem Rat, 1983 errichtet und vorwiegend mit Parlamentsabgeordneten zusammengesetzt, stand eine Entscheidungsbefugnis in Fragen der Verfassungskontrolle nur höchst begrenzt zu. Bei der Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm konnte er nur das Parlament auffordern,

<sup>1</sup> BayVBl 1990, 11.

diese zu überprüfen, und selbst dieses Recht stand ihm bei Parlamentsgesetzen und Rechtsverordnungen des Präsidialrats nicht zu. Entscheidend war vor allen Dingen, daß Bürger sich nicht an den Verfassungsrechtlichen Rat wenden konnten. Demgegenüber entsprechen die Kompetenzen des jetzigen Verfassungsgerichts im wesentlichen denen der Verfassungsgerichte westeuropäischer Staaten, vor allen Dingen den Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts der Bundesrepublik Deutschland. Auch die Organisation des Gerichts mit 15 richterlichen Mitgliedern, die Voraussetzungen ihrer Wahl, das Wahlverfahren sowie namentlich die Inkompatibilitäten unterscheiden sich nicht von den Voraussetzungen westeuropäischer Verfassungsgerichte. Für die Normenkontrolle gegenüber in Kraft gesetzten Gesetzen wird man sogar feststellen können, daß die Antragsbefugnis weitergeht als bei Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, da nach den §§ 37 ff. des ungarischen Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof jedermann antragsbefugt ist, was für die abstrakte Normenkontrolle zum Bundesverfassungsgericht bekanntlich nicht der Fall ist. Übereinstimmung besteht bei der Verfassungsbeschwerde, die nach § 48 des ungarischen Gesetzes gegen Akte, die ein Gesetz in verfassungswidriger Weise anwenden, von jedermann eingelegt werden kann, sofern in der Verfassung gewährleistete Rechte verletzt sind und andere Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeschöpft sind bzw. nicht zulässig sind. Auch im übrigen bestehen im wesentlichen übereinstimmende verfassungsgerichtliche Kontrollkompetenzen in beiden Ländern; eine Ausnahme bildet die in Ungarn zugelassene vorbeugende Normenkontrolle. Die bekannte von den Kollegen Starck und Weber edierte Sammlung zur „Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa“ aus dem Jahre 1986, die bislang 9 Staaten verzeichnet, bedarf also einer Ergänzung. Sehe ich es richtig, so sind wir auf dem Weg zu einer in den Fundamenten übereinstimmenden gemeineuropäischen Verfassungsstaatlichkeit, in der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit eine zentrale Rolle spielen.

Auch für die ungarische Verfassung in der Fassung, die sie seit dem Oktober 1989 und vor allem auf Grund der umfangreichen Änderungen vom Juni 1990 gefunden hat, können wir in den Grundlagen und hinsichtlich der Menschen- und Grundrechte weitgehend Übereinstimmung feststellen. Die Ungarische Republik erkennt die unverletzlichen und unveräußerlichen Grundrechte der Menschen an und verlangt, daß sie respektiert und geschützt werden müssen. In Übereinstimmung mit den beiden Internationalen Pakten über bürgerliche und politische Rechte sowie über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, die in Ungarn 1976 in Kraft getreten sind, können Grundrechte nur solchen Begrenzungen unterworfen werden, die zur Sicherheit des Staates, der inneren Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit, der öffentlichen Moral oder im Interesse des Schutzes der Grundrechte und Freiheiten anderer notwendig sind. Darüber hinaus nennt die Verfassung einige Grundrechte, die selbst in außerordentlichen Situationen nicht begrenzt werden können. Dazu gehört insbesondere das Recht auf Leben, die Menschenwürde, das Verbot der Folter und demütigender Behandlung, die Freiheit der Person, die Unschuldsvermutung, das Recht auf Verteidigung und der Grundsatz *nullum crimen sine lege* sowie Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit und die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Insgesamt können wir feststellen, daß die Grundrechtskataloge beider Verfassungen sehr große Gemeinsamkeit aufweisen.

Wir stehen also sowohl hinsichtlich der Verfassung als auch hinsichtlich der Verfassungsgerichtsbarkeit vor erfreulichen Parallelen, so daß es heute möglich ist, nicht das Trennende in den Vordergrund zu stellen, sondern die Übereinstimmungen.

Im folgenden geht es mir vor allen Dingen darum, einige allgemeine Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit anzusprechen und über den Schutz der Grundrechte durch das deutsche Bundesverfassungsgericht zu referieren, damit unsere ungarischen Freunde das Wirken unserer Verfassungsgerichtsbarkeit kennenlernen. Im Vordergrund steht dabei die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit; die föderative Komponente unserer Verfassungsgerichtsbarkeit, die Landesverfassungsgerichtsbarkeit, kann bei der hier anstehenden vergleichenden Untersuchung außer Betracht bleiben, obschon sie einige interessante Fragen aufwürfe. In dieser Hinsicht kann ich jedoch auf die Passauer Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer vom Oktober 1987 verweisen.<sup>2</sup> Von Wichtigkeit erscheint mir, daß ich auch einiges über das System und die Funktion unserer Grundrechte für die Rechtsordnung insgesamt sage, weil auf diesem Feld das Bundesverfassungsgericht bahnbrechend gewirkt hat.

## II.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit hat in Deutschland eine alte Tradition, weil schon im Alten Deutschen Reich ein besonderes Vertrauen in die Gerichtsbarkeit herrschte, in der man allein die verfassungsmäßigen Rechte wohl aufgehoben sah. Der Deutsche hielt es nicht für ein Unding, mit der öffentlichen Gewalt – und wäre es die höchste – um sein Recht Prozeß zu führen, meinte schon Heinrich Triepel.<sup>3</sup> So kennen wir Prozesse des Staatslebens bereits im frühen Mittelalter, z.B. gegen Heinrich den Löwen vor dem Königlichen Hofgericht. Im 14. Jahrhundert wurde dann eine Austrägalgerichtsbarkeit errichtet, die namentlich zwischen den Kurfürsten als Schiedsgerichtsbarkeit wirkte. Die Errichtung von Reichskammergericht und Reichshofrat im 15. Jahrhundert mögen als weitere historische Beispiele dienen.<sup>4</sup> Gewiß läßt sich lange darüber streiten, ob es sich hier wirklich um Vorläufer von Verfassungsgerichten gehandelt hat. Aber wenn sich „Untertanen“ damals im Falle der Verletzung *wohlerworbener* Rechte durch ihre „Obrigkeit“ an diese Gerichte wenden konnten, dann liegt es doch nahe, hierin Vorläufer einer späteren Verfassungsbeschwerde zu erkennen.

Überspringen wir die Periode der Jahrhunderte bis zum Ende des Alten Reiches, so werden wir weniger in den gerichtlichen Streitschlichtungsinstitutionen des Deutschen Bundes fündig als in Verfassungen der *Länder*, die verfassungsgerichtlichen Zuständigkeiten für Ministeranklage, Streitigkeiten zwischen Regierung und Parlament und teilweise auch für Beschwerdemöglichkeiten seitens der Bürger schufen. Bedeutsam wurde dann in der Reichsverfassung vom 27. 3. 1849 die Errichtung eines

<sup>2</sup> Vgl. VVDStRI. Heft 46 (1988), S. 7 ff.; s. auch die zahlreichen Begleitaufsätze zum Thema in den Fachzeitschriften.

<sup>3</sup> H. Triepel, VVDStRL Heft 5, (1929), S. 10.

<sup>4</sup> Näher G. Robbers, JuS 1990, 257 ff.

Reichsgerichts mit umfassender Zuständigkeit, dessen Aufgabe es geworden wäre, ein Hort des Rechts zu werden, wenn die Verfassung sich hätte durchsetzen können. § 126 dieser Verfassung erlaubte nämlich Klagen deutscher Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Reichsverfassung gewährten Rechte. Außerdem konnten Einzelstaaten mit der Reichsgewalt wegen Verletzung der Reichsverfassung vor diesem Gericht streiten. Ferner waren Streitverfahren zwischen den obersten Reichsorganen über die Auslegung der Reichsverfassung und Streitigkeiten zwischen den einzelnen Staaten möglich. Auch über die Auslegung einer Landesverfassung hätte das Reichsgericht entscheiden sollen. Nicht zugewiesen war ihm jedoch eine Überprüfung der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit. Die Forderungen nach richterlicher Normenkontrolle wurden erst später aktuell, vor allem auf den Deutschen Juristentagen der Jahre 1862 und 1863 sowie durch die Untersuchungen von Robert v. Mohl, der sich besonders an der nordamerikanischen Entwicklung orientierte.

Diese Tradition einer Gerichtsbarkeit auch in höchsten Staatsangelegenheiten unterscheidet sich deutlich von der französisch-englischen, im Parlament zentrierten Souveränität. Gewiß wäre es verfehlt, von den alten Reichsgerichten zum heutigen Bundesverfassungsgericht und zu den heutigen Landesverfassungsgerichten eine ungebrochene Entwicklungslinie zeichnen zu wollen; denn zu viele Exemtionen gab es damals und auch noch in der Staatsgerichtsbarkeit der Weimarer Republik gerade in dem Bereich, der den *politischen* Teil der heutigen Verfassungsgerichtsbarkeit ausmacht. Was ich mit diesem historischen Rückblick verdeutlichen möchte, ist der Grundzug des deutschen Rechtskreises, der in einer Gerichtsbarkeit zur Wahrung höchster Rechte eine nicht unbedeutende Wurzel für die heutige Staatlichkeit sah. In diesem Sinne besteht eine Verwandtschaft mit der amerikanischen Tradition, wie sie uns aus den *Federalist Papers*, namentlich in den Ausführungen von Alexander Hamilton, begegnet. Neben dem Schutz der Rechtspositionen des Einzelnen oder von Staatsorganen war auch die Bundesstaatlichkeit ein wichtiger Anstoß für die Einsetzung der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit. Hier ist auch auf österreichische Vorbilder hinzuweisen.

Doch vergessen wir nicht: Gerade die Verfassungsgerichtsbarkeit hatte als politische oder vermeintlich politische Gerichtsbarkeit auch stets starke Gegner. Gerichten sei es – so sagte man – wesensfremd über die Rechtsgültigkeit von Gesetzen und Regierungsakten zu urteilen; denn darin läge eine Juridifizierung der Politik und eine Politisierung der Justiz, bei denen beide nichts zu gewinnen hätten, wohl aber alles zu verlieren hätten.<sup>5</sup>

Nach 1945 blieben weder die traditionellen Wurzeln noch die Verbindungslinien zu den Vereinigten Staaten von Amerika in Vergessenheit; sie gaben einen kräftigen Impuls zur Errichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Daneben spielt eine entscheidende Rolle, daß nach den Erfahrungen mit der nationalsozialistischen Gewalt- und Unrechtsherrschaft dem Recht, auch und gerade dem Verfassungsrecht, das die Politik zu lenken hatte, eine besondere Dominanz zugewiesen werden sollte. In diesem Sinne möchte ich wiederholen, was ich vor 10 Jahren anlässlich der 30jährigen Existenz der Verfassungsgerichtsbarkeit vor der Rheinisch-Westfälischen Akademie aus-

<sup>5</sup> So *Carl Schmitt* mit Bezug auf Guizot, dem französischen Minister und Historiker vgl. *Verfassungslehre*, 1928, S. 119 und *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, S. 98.

geführt habe.<sup>6</sup> Die Existenz einer Verfassungsgerichtsbarkeit determiniert nicht nur den Charakter einer Verfassung, sondern sie ist mehr noch Ausdruck eines ganz bestimmten Staatsverständnisses und Verhältnisses der staatlichen Institutionen zueinander und zum Bürger. Das Thema Verfassungsgerichtsbarkeit ist daher sowohl eine zentrale Frage des *positiven* Staatsrechts, zugleich aber auch ein fundamentaler Bestandteil einer neu zu konzipierenden Theorie des modernen Verfassungsstaates freiheitlich-demokratischer Prägung und seiner Wirkungsweise; denn durch ein Verfassungsgericht mit umfassender Zuständigkeit, also einer Einrichtung der rechtsprechenden Gewalt, wird Gerichtsbarkeit in einer Weise in den staatlichen Willensbildungsprozeß einbezogen wie nie zuvor im Verfassungsleben. In diesem Sinne haben in der Bundesrepublik Deutschland viele Urteile des Bundesverfassungsgerichts heute eine über den Kreis der Betroffenen hinausgehende erhebliche politische Resonanz gefunden. Verfassungsgerichtsbarkeit ist neben Rechtsetzung, Regierung und Verwaltung zu einem ordnungsprägenden Faktor des staatlichen Lebens geworden. Sie ist nicht nur Hüter der Verfassung geworden, sondern sie ist zugleich die Institution, die dank ihrer „Multifunktionalität“ (W. Kälin) am stärksten die Verfassung weiter interpretiert, fortschreibt, entwickelt. Nicht überraschend haben daher mehrere europäische Verfassungen das deutsche Muster aufgegriffen: die Türkei, Spanien und Portugal. Auch in den ostmitteleuropäischen Staaten Polen und Ungarn hat das deutsche Bild der Verfassungsgerichtsbarkeit Niederschlag gefunden. Aller Voraussicht nach wird sich auch die Tschechoslowakei auf dieses Vorbild stützen. Keine Zweifel haben auch Regierung und Parlament der DDR gelassen, daß es in den wiedererstehenden Ländern eine Landesverfassungsgerichtsbarkeit geben wird. Nach dem zu erwartenden Beitritt der DDR nach Art. 23 Satz 2 GG wird es auf der gesamtstaatlichen Ebene die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts geben.

Verfassungsgerichtsbarkeit ist – so können wir definieren – letztverbindlich entscheidende Gerichtsbarkeit über Verfassungsrechtsfragen. Durch sie wird die Verfassung als höchstrangige Rechtsnorm in einem Staat unter umfassenden gerichtlichen Schutz gestellt. Da die Verfassung für jedwedes staatliche Handeln maßgeblich und verbindlich ist, wird damit *alle* Staatsgewalt der Kontrolle der Verfassungsgerichtsbarkeit unterworfen. In diesem Sinne hat man sie als Krönung der Rechtsstaatlichkeit bezeichnet, wenn man die Entwicklungsgeschichte im justiziellen Bereich mit den Perioden kennzeichnet: gerichtliche Kontrolle der Strafgewalt, des fiskalischen Handelns und des administrativen Handelns des Staates. In der Verfassungsgerichtsbarkeit werden nunmehr auch der Gesetzgeber und die Regierung auf die Verfassungsmäßigkeit ihres Handelns überwacht. Verfassungsgerichtsbarkeit ist sonach die Konsequenz des Vorrangs der Verfassung vor allen anderen Staatsakten und deren uneingeschränkter Rechtsverbindlichkeit. Wir wissen, daß gerade dieser Anspruch der Verfassungsgerichtsbarkeit auf umfassende Kontrolle in der marxistisch-leninisti-

<sup>6</sup> Vgl. K. Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, Vorträge G 243, 1980, mit weit. Nachw. der Literatur. Zusätzliches Schrifttum bei K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, § 44; Chr. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl. 1982; K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1985; W. Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, 1987; R. Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2. Aufl. 1988; D. Dörr, Die Verfassungsbeschwerde in der Prozeßpraxis, 1990.

schen Doktrin zur Ablehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit geführt hat, weil sie die Allmacht der regierenden Partei und ihrer staatlichen Ausführungsorgane beschneidet. Insofern traf sich diese Doktrin durchaus auch mit Meinungen, wie sie im 19. und auch noch im 20. Jahrhundert vertreten wurden. Bekannt ist insbesondere der Ausspruch Otto von Bismarcks vor dem Preußischen Landtag: „Wenn . . . ein Gericht berufen würde . . . , die Frage zu entscheiden: Ist die Verfassung verletzt oder ist sie es nicht?, so wäre damit dem Richter zugleich die Befugnis des Gesetzgebers zugewiesen; er wäre berufen, die Verfassung authentisch zu interpretieren oder materiell zu vervollständigen . . .“.<sup>7</sup> Gegner der Verfassungsgerichtsbarkeit haben sich allemal darauf berufen und verlangten einen *politischen* Hüter der Verfassung. Es war die Warnung vor dem government of judges oder der richterlichen Zensur, die aus diesen Auffassungen hervortrat.

Ich halte diese Gegnerschaft zur Verfassungsgerichtsbarkeit für falsch. Ich habe dies an anderer Stelle mehrfach dargestellt und möchte nicht darauf zurückkommen, weil diese Auffassung letztlich aufgrund der 45jährigen Entwicklungsgeschichte der Nachkriegsverfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland widerlegt wurde. Unsere Verfassungsgerichte haben ihre Funktionsgrenzen gewahrt. So sind denn heute auch nur noch vereinzelt prinzipielle Gegner der Verfassungsgerichtsbarkeit auszumachen. Es ist erfreulich zu registrieren, daß sich die positive Einstellung zur Verfassungsgerichtsbarkeit auch in den Demokratien des östlichen Mitteleuropas durchsetzt, zumal in Ungarn.

### III

Gehört es heute zur Grundausstattung des modernen demokratisch rechtsstaatlichen Verfassungsstaates, daß er einen Grundrechtskatalog enthält, so folgt aus dieser Qualität der Grundrechte als positiviertes objektives Recht mit subjektiv-rechtlicher Anspruchsgrundlage die Idee der *Durchsetzbarkeit der Grundrechte*. Die Grundrechte sind in positives Verfassungsrecht gegossen worden, damit sie gegen die Staatsgewalt auch durchgesetzt werden können. Erst in der Durchsetzbarkeit vollendet sich gewissermaßen die Positivität der Grundrechte. Institutionen zur Durchsetzung des Rechts in Zweifelsfällen sind im Rechtsstaat allgemein die Gerichte. Die gesamte rechtsprechende Gewalt hat daher die Grundrechte zu beachten und zu wahren. Art. 1 Abs. 3 GG bestimmt in diesem Sinne: „Die rechtsprechende Gewalt ist an die Grundrechte gebunden.“ Außerdem hat Art. 19 Abs. 4 GG ausdrücklich normiert, daß im Falle der Verletzung von subjektiven Rechten durch die öffentliche Gewalt – und dazu gehören eben auch die Grundrechte – Gerichtsschutz in Anspruch genommen werden kann. Art. 19 Abs. 4 gehört selbst wieder zu den Grundrechten, so daß die Einklagbarkeit der Grundrechte ihrerseits durch ein Grundrecht geschützt ist. Art. 19 Abs. 4 wird demgemäß als sogenanntes formelles oder prozessuales Hauptgrundrecht bezeichnet. Er ist damit eines der wichtigsten Bindeglieder zwischen der prozessualen Rechtssphäre und dem staatlich institutionellen Bereich.

<sup>7</sup> Die politischen Reden des Fürsten Bismarck 1892, 170.

Art. 19 Abs. 4 sagt indessen nur, daß gerichtlicher Schutz zu gewähren ist. Welches Gericht zuständig ist, bestimmen die Prozeßordnungen. Subsidiär verweist Art. 19 Abs. 4 Satz 2 auf die ordentlichen Gerichte. In diesem Sinne möchte ich Art. 19 Abs. 4 als ein in subjektiv-rechtliche Form gekleideten Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips bezeichnen. Über Art. 19 Abs. 4 hinausgehend, entnimmt das Bundesverfassungsgericht den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz zum Teil auch den materiellen Grundrechten selbst. Ob diese Rechtsprechung notwendig gewesen war, mag dahingestellt sein. Durch Art. 19 Abs. 4 ist nur Rechtsschutz als solcher gewährt. Die Anrufung der Verfassungsgerichtsbarkeit ist darin nicht eingeschlossen. Diese Möglichkeit ist erst durch eine besondere Vorschrift eröffnet. Der Rechtsbehelf, der die Grundrechte auch beim Bundesverfassungsgericht einklagbar macht, ist nach Vorläufern, vor allem in der bayerischen Verfassung von 1919, die *Verfassungsbeschwerde*. Ihre Einführung in das Grundgesetz war im Parlamentarischen Rat lebhaft diskutiert worden, aber schließlich nicht beschlossen worden. Über sie sollte erst der Gesetzgeber befinden. Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz von 1951 hat sie dann auf der Grundlage des Art. 93 Abs. 2 GG durch die §§ 90 ff. BVerfGG eingeführt.

Auch bei der Beratung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes im ersten Deutschen Bundestag gab es erhebliche Meinungsverschiedenheiten über ihre Einführung. Man hielt sie für eine Übertreibung des Gedankens der Rechtsstaatlichkeit angesichts einer voll ausgebauten Verwaltungsjurisdiktion. Es obsiegten jedoch die Überlegungen, die zugunsten einer Verfassungsbeschwerde sprachen. Entscheidend dürfte vor allen Dingen gewesen sein, daß die Grundrechte als Kernstück einer freiheitlichen Verfassung und, angesichts ihrer Gewährleistung als verfassungsmäßige Rechte, auch bei der besonders zum Schutze der Verfassung eingesetzten Verfassungsgerichtsbarkeit durchgesetzt werden sollten. Außerdem sei zu bedenken, daß die Grundrechte bei den Fachgerichten unterschiedlich hätten ausgelegt werden können, und es deshalb notwendig sei, die Entscheidung, ob ein Grundrecht verletzt sei, bei einem Gericht zu konzentrieren, das in besonderer Weise Verfassungsrechtsfragen gewidmet ist. Schließlich führte man auch einen spezifisch demokratischen Gedanken ins Feld: Die Demokratie gewinne nur dann an Leben, wenn mit der aktiven Teilnahme des Bürgers an ihrer Verwirklichung gerechnet werden könne. Dieses Interesse werde auch durch die Verfassungsbeschwerde gefördert.

Die Verfassungsbeschwerde hat dann sehr rasch eine Bedeutung erlangt, die die Verfassungsgeber 1969 durch das 19. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29. 1. 1969 veranlaßte, sie in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG für den Bürger und Nr. 4 b für die Gemeinden und Gemeindeverbände verfassungsrechtlich zu verankern. Damit ist die Verfassungsbeschwerde verfassungsrechtlich abgesichert und kann durch den einfachen Gesetzgeber nicht mehr abgeschafft werden. Der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 dürfte sie wohl nicht unterliegen.

Mit der Einführung der Verfassungsbeschwerde sind mithin die Grundrechte entsprechend ihrem Rang als verfassungsmäßige Rechte auch bei dem Gericht durchzusetzen, das speziell für die Verwirklichung des Verfassungsrechts eingesetzt ist. Dieses außerordentliche Rechtsschutzmittel der Verfassungsbeschwerde erlaubt, daß neben den Verfassungsorganen auch Menschen und Bürger an das Verfassungsgericht appellieren können. Quantitativ handelt es sich bei der Verfassungsbeschwerde um die das Gericht am stärksten beschäftigende Verfahrensart. Bis Ende 1988 waren

74 838 Verfahren beim Bundesverfassungsgericht anhängig, von denen 71 447 Verfassungsbeschwerden ausmachten. Das sind 95%, wobei sich von 1987 bis 1989 wiederum eine steigende Tendenz erkennen läßt, die auch nicht dadurch gemindert wird, daß nur 1,39% aller Verfassungsbeschwerden erfolgreich sind.<sup>8</sup>

Die Verfassungsbeschwerde ist im Lauf der Zeit zu dem maßgeblichen Rechtsbehelf geworden, mit dem die Grundrechtsberechtigten die Grundrechte und ihre grundrechtsgleichen Rechte gegen die öffentliche Gewalt im Falle der Verletzung beim Bundesverfassungsgericht durchsetzen können. In diesem Sinne ist das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Verfassung vor allem auch ein *Hüter der Grundrechte* geworden, weil über Art. 19 Abs. 4 hinausgehend nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG die gesamte öffentliche Gewalt, also auch und vor allen Dingen die gesetzgebende Gewalt, in die Grundrechtsverletzungsrüge eingebaut ist. Das Bundesverfassungsgericht ist die Institution geworden, die die Kontrolle aller staatlichen Gewalt auf grundrechtskonformes Verhalten wahrnimmt. Dadurch, daß jedermann, d.h. jede natürliche Person, sofern sie grundrechtsberechtigt ist, und über Art. 19 Abs. 3 GG auch juristische Personen, zuvörderst alle juristischen Personen des Privatrechts, das Bundesverfassungsgericht anrufen können, ist das Gericht nicht mehr allein auf die Anrufung durch Staatsorgane angewiesen. Die Verfassungsbeschwerde verleiht dem Verfassungsrecht eine allumfassende und allgegenwärtige Durchsetzungskraft, worin ein kaum zu unterschätzender „genereller Edukationseffekt“ (K. Zweigert) liegt. Dieser Edukationseffekt wirkt nach zwei Richtungen hin: Erstens im individuellen Rechtsschutz im Falle der Verletzung individueller grundrechtlicher Rechtspositionen, zweitens in der Wahrung des objektiven Verfassungsrechts einschließlich seiner Fortentwicklung. Beide Funktionen haben dazu geführt, daß die grundrechtliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von ausschlaggebender Bedeutung für die Verfassungsentwicklung, ja für die gesamte Rechts- und Sozialentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland geworden ist. Weit mehr als der „Staatsprozeß“, in dem die verfassungsrechtlichen Positionen der obersten Staatsorgane auf dem Spiele stehen, ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Grundrechtssachen zu einem Motor für die Dynamik der Bundesrepublik Deutschland geworden. Die freiheitliche Gesamtordnung und die soziale Marktwirtschaft wären ohne diese Rechtsprechung sicher nicht so ausgefallen, wie sie in den zurückliegenden fast vierzig Jahren sich präsentiert haben.

Es darf allerdings nicht übersehen werden, daß die vom Verfassungstext her wenig eingeschränkte Anrufungsmöglichkeit des Bundesverfassungsgerichts sehr bald dazu gezwungen hat, die Verfassungsbeschwerde nicht als alltäglichen Rechtsbehelf verschleifen zu lassen. Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber waren mehrfach dazu gezwungen, die Konturen dieser Verfahrensart besonders scharf zu zeichnen. Von Gesetzes wegen äußert sich dies vor allem:

- in der Einführung eines sogenannten Vorverfahrens, dessen Voraussetzungen und Anrufungshürden mehrfach erhöht wurden (§ 93 a ff. BVerfGG);
- der möglichen Ersetzung der Senatsentscheidung in Verfassungsbeschwerdesachen durch sog. Kammerentscheidungen von bloß drei Richtern (§§ 93 b 15 a BVerfGG);

<sup>8</sup> Zahlen bei Dörr, a.a.O. Randnr. 7.

– der Einführung einer Mißbrauchsgebühr (§ 34 Abs. 4 BVerfGG).

Das Gericht selbst hat darüber hinaus in seiner Rechtssprechung Einschränkungen dadurch vorgenommen, daß es die Verfassungsbeschwerde nur als einen „außerordentlichen Rechtsbehelf“ bezeichnet, der kein übliches Rechtsmittel, insbesondere keine „Superrevision“ ist. Dies wirkt sich vor allen Dingen bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Urteile aus, die vom Bundesverfassungsgericht nur auf die Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“ überprüft werden dürfen, jedoch nicht auf Verstöße gegen einfaches Gesetzesrecht. Bei Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze verlangt das Gericht, daß die Grundrechtsverletzung durch das Gesetz den Verfassungsbeschwerdeführer *selbst, gegenwärtig und unmittelbar* treffen muß. Insgesamt bezeichnet das Gericht die Verfassungsbeschwerde als „letzten und subsidiären Rechtsbehelf“, der nur zulässig ist, wenn auf andere Weise eine Grundrechtsverletzung nicht verhindert oder ausgeräumt werden kann.

Im folgenden kann es nicht darum gehen, die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Verfassungsbeschwerde im einzelnen darzulegen. Sie sind hinreichend in der Literatur dargestellt. Ich möchte vielmehr mein Augenmerk vor allen Dingen darauf richten, Ihnen darzulegen, welche Konsequenzen sich für die Grundrechtsgewährleistung durch die Durchsetzbarkeit dieser Rechte beim Verfassungsgericht ergeben haben. Wie mir scheint, haben die Grundrechte – wie kaum in einem anderen Staat –, dank der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte, eine ungeahnte Entfaltung erfahren, die von höchster Tragweite für den Verfassungsstaat ist.

#### IV

Will man die Grundrechte nicht bloß als subjektive Rechte im Verfassungsrang ansehen, sondern versuchen, sie in ein juristisches *System* einzuordnen, so lassen sich in meinen Augen *systemtragende* und *systembildende* Elemente unterscheiden. Als systemtragende Elemente möchte ich ansehen: Würde und Persönlichkeit des Menschen und – daraus hervorgehend – seine Freiheit, die Gleichheit vor dem Gesetz, die politische Mitwirkung und Teilhabe am Staat sowie die vorstaatliche Abkunft dieser Rechtspositionen, die in der Verfassung normativ verankert sind. All das kann man kennzeichnen als individuell-personale, bürgerrechtlich-politische, ideengeschichtlich präpositive und normativ konstitutionelle Grundlagen des Grundrechtssystems.

Über diese Pfeiler des Grundrechtssystems besteht heute weltweit Einigkeit. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 und die beiden Internationalen Politischen Pakte sowie die Europäische Menschenrechtskonvention, die amerikanische Menschenrechtskonvention und die afrikanische Charta der Rechte der Menschen und Völker haben die Grundrechte mittlerweile in eine universale Dimension gehoben.<sup>9</sup> Kein Staat leistet es sich mehr, auf Grundrechtsverbürgungen in seiner Verfassung zu verzichten. Demgegenüber sind noch nicht allseits anerkannte systembildende Elemente der Grundrechte vor allen Dingen, daß sie nicht mehr Programmsätze sind, sondern aktuell geltendes Verfassungsrecht, das unmittelbar bindend für

<sup>9</sup> Vgl. K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, bes. § 62.

alle Staatsgewalt wirkt. Aus dieser Festlegung in verfassungsrechtlichen Rechtssätzen mit unmittelbarer Geltungskraft ergeben sich zwei Dimensionen: Die historisch ältere Schicht subjektiver Rechte zugunsten des Individuums und die erst neuere objektiv-rechtliche Schicht, die freilich im deutschen Recht eine alte Tradition hat.

Mit diesem Doppelcharakter kommt in moderner Form die Hauptzielsetzung der Grundrechte zum Ausdruck: Die personal-individuelle Sphäre des Menschen, vornehmlich seine Freiheit zu sichern, und zugleich basis and foundation des Staates zu sein. Das Bundesverfassungsgericht hat dies plakativ umschrieben: „Die Grundrechte bilden einen untrennbaren Teil der Verfassung; sie sind der eigentliche Kern der freiheitlich demokratischen Ordnung des staatlichen Lebens im Grundgesetz.“<sup>10</sup> In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts war das Verhältnis der beiden Grundrechtsschichten zueinander ursprünglich nicht ganz klar. Heute darf als gefestigt angenommen werden, daß die Grundrechte in erster Linie individuelle Rechte sind; ihre Qualität „als objektive Prinzipien“ soll nur „in der prinzipiellen Verstärkung ihrer Geltungskraft“ als subjektive Rechte liegen.

Erkennt man an, daß Grundrechte in Grundrechtsnormen verankert sind, so hängt es maßgeblich von der Ausgestaltung der einzelnen Grundrechtsnorm ab, welcher Aspekt primär bzw. welcher sekundär ist. In der Formulierung der meisten Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes überwiegt ganz deutlich der subjektiv-rechtliche Charakter. Das schließt indessen nicht aus, daß bei einzelnen Grundrechtsnormen die objektiv-rechtliche Schicht stärker hervortritt. Beide Schichten zielen auf unterschiedliche „Situationen des (Grund-)rechtsschutzes“. Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte haben indessen in der Rechtsprechung und in der Lehre außerordentlich weitreichende Rechtsfolgen gezeitigt. Historisch haben sie sich aus dem früheren Grundsatzcharakter der Grundrechtsbestimmungen entwickelt. Für diese Bestimmung der nicht subjektiv-rechtlichen Gehalte hatte das Bundesverfassungsgericht, von den Einrichtungsgarantien abgesehen, ohne Zweifel eine Vorreiterrolle inne. Aus dieser objektiv-rechtlichen Schicht hat es Rechtsfolgen abgeleitet, die als Rechtsgrundsätze, Leitprinzipien, Direktiven, Organisations- und Verfahrensmaximen, wertentscheidende Grundsätze und Schutzpflichten für das Verhalten der Staatsgewalten richtungsweisend geworden sind. Dabei ist das Gericht weitgehend über die klassische Interpretation hinaus zu einer Rechtskonkretisierung fortgeschritten. Ausgangspunkt der Entwicklung waren vor allem die beiden ersten großen Grundrechtsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Januar 1957 und vom 15. Januar 1958.<sup>11</sup> Sie haben die Vorgaben für die Intervention der Grundrechte in die gesamte Rechtsordnung gegeben. Heute muß das einfache Recht im Geiste dieser Grundrechtsgehalte ausgelegt werden. An dieser Charakterisierung hat das Gericht in ständiger Rechtsprechung festgehalten, wengleich die Formulierungen nicht durchweg einheitlich blieben. In einer neueren Entscheidung vom Februar 1990 ist das Gericht, wie mir scheint, sogar einen deutlichen, eher bedenklichen Schritt weitergegangen und hat die Grundrechte nicht nur für die Auslegung der Gesetze, sondern wohl sogar schon für die Verhaltensweisen der Privatpersonen

<sup>10</sup> BVerfGE 31, 58 (73); 43, 154 (167); vgl. auch 37, 271 (280); 59, 231 (267); 61, 1 (11); 62, 230 (244, 247); 69, 315 344 f.).

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 6, 55 und BVerfGE 7, 198.

auf der Grundlage der Gesetze für maßgeblich erachtet.<sup>12</sup> Man könnte meinen, die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte, also die Lehre von Hans Carl Nipperdey und der ersten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, ist wiedergekehrt. Will man die Rechtsfolgen aus den objektiv-rechtlichen Gehalten systematisieren, so scheint mir folgende Deutungspalette wesentlich:

1. Ausstrahlungswirkung auf die gesamte Rechtsordnung;
2. Schutzgehalte für grundrechtlich gesicherte Rechtsgüter;
3. Organisations- und Verfahrensgehalte;
4. Subjektiv-rechtliche Bedeutung objektiv-rechtlicher Gehalte.

zu 1.: Die Ausstrahlungswirkung wird vor allen Dingen bei der Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht zur Geltung gebracht.<sup>13</sup> Für das öffentliche Recht war sie schon in der Vergangenheit nichts Besonderes und hat zu der berühmten Formel geführt, daß Verwaltungsrecht konkretisiertes Verfassungsrecht ist (F. Werner). Diese Ausstrahlungswirkung ist vor allen Dingen in neueren Entscheidungen zur friedlichen Nutzung der Atomkraft,<sup>14</sup> zu Demonstrationen,<sup>15</sup> zum Ausländer- und Asylrecht<sup>16</sup> sowie beim informationellen Selbstbestimmungsrecht<sup>17</sup> betont worden. Im Privatrecht hat sie unter anderem zur Entwicklung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts und seines Schutzes geführt. Von besonderer Bedeutung war sie indessen für die gerade erwähnte Horizontalwirkung oder Drittwirkung der Grundrechte.

Zu 2.: Der Schutzpflichtengedanke scheint mir ideengeschichtlich auf die alte Rechtfertigungslehre des Staates aus Staatszwecken insbesondere auf den von Thomas Hobbes entwickelten Grundsatz der Sicherheit zurückzugehen. Die Aktivierung solcher grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates ist namentlich im Schwangerschaftsunterbrechungsurteil betont worden,<sup>18</sup> wobei ich allerdings meine, daß diese schon in früheren Urteilen angedeutet waren.<sup>19</sup> Neben Art. 2 Abs. 2 GG wurde der Schutzpflichtengedanke auch für Ehe und Familie,<sup>20</sup> für Schulen<sup>21</sup> und für die Wissenschaftsfreiheit<sup>22</sup> sowie für den diplomatischen Schutzanspruch aller Deutschen aktiviert.<sup>23</sup> Trotz einer Festigung des Schutzpflichtengedankens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dem im wesentlichen auch das Schrifttum zustimmt, muß allerdings für die Begründung und die Rechtsfolgen der Schutzpflichten aus Grundrechtsbestimmungen noch ein deutliches Defizit registriert werden.<sup>24</sup>

Zu 3.: Während anfänglich Organisation und Verfahren außerhalb grundrechtlicher Überlegungen standen, ist heute anerkannt, daß nahezu alle Grundrechte mehr

<sup>12</sup> DVBl. 1990, 474 mit Anm. von J. Schwabe; JZ 1990, 691 mit Anm. von H. Wiedemann.

<sup>13</sup> Dazu K. Stern, a.a.O. Bd. III/1, § 76.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89 (142); 53, 30 (65).

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 69, 315 (350); 73, 206 (249 ff.).

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 65, 76; 76, 1 (49 f.); BVerfG, EuGRZ 1989, 444 ff.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfGE 65, 1 (41 ff.); 78, 77 (84).

<sup>18</sup> BVerfGE 39, 1 ff. mit Sondervotum der Richterin Wiltraut Rupp-v. Brünneck und des Richters Helmut Simon.

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 1, 97 (104); 35, 75 (114).

<sup>20</sup> BVerfGE 29, 166 (175); 31, 58 (67); 76, 1 (42 f., 49).

<sup>21</sup> BVerfGE 75, 40 (62).

<sup>22</sup> BVerfGE 55, 37 (68); 57, 295 (321 f., 325); 73, 118 (153, 157); 74, 297 (324 f.).

<sup>23</sup> BVerfGE 55, 37 (68); 57, 295 (321 f., 325); 73, 118 (153, 157); 74, 297 (324 f.).

<sup>24</sup> Vgl. hierzu K. Stern, a.a.O., Bd. III/1, § 69 IV 5 b; M. Sachs, in: K. Stern, a.a.O., Bd. III/1, § 67 V 2.

oder minder intensive Bezüge zu Organisation und Verfahren aufweisen. Organisation und Verfahren gelten in irgendeiner Form weithin als Element der Wirksamkeit vieler Grundrechte. Der Konnex der Grundrechte mit Organisation und Verfahren außerhalb der Prozeßgrundrechte ist relativ spät erkannt worden. Im Grunde war es ein Sondervotum.<sup>25</sup> Vorgebeugt werden soll vor allen Dingen einer „Gefahr einer Entwertung der materiellen Grundrechtsposition“.<sup>26</sup> Allerdings leidet die Diskussion um Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren auch heute noch an mancher fehlenden begrifflichen Präzisierung und Differenzierung. Folgende Konstellationen lassen sich herausarbeiten:

- Grundrechte sind von einer bestimmten Organisation oder einem bestimmten Verfahren abhängig;
- Grundrechte wirken auf das Verfahrensrecht ein;
- Organisation und Verfahren sind Instrumente für die unmittelbare Verwirklichung der Grundrechte;
- Organisation- und Verfahrensregeln sind Mittel, kollidierende Verfassungsrechtspositionen zum Ausgleich zu bringen;
- aus den Grundrechtsbestimmungen ergeben sich besondere Anforderungen für die Verfahrensgestaltung oder Teilhabe.

Zu 4.: Am stärksten umstritten ist im Bereich der objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte, ob und inwieweit aus ihnen subjektive Berechtigungen abgeleitet werden können. Eine Rechtsvermutung in dieser Richtung kann nicht angenommen werden. Im Schrifttum stehen bejahende Positionen neben vermittelnden und ablehnenden. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat es bisher unterlassen, sich eindeutig festzulegen und jeweils nur fallbezogen argumentiert. Meist hat es den Begriff subjektives Recht vermieden und lediglich von der Beachtung der objektiv-rechtlichen Gehalte gesprochen.<sup>27</sup> Deziidiert verneint wurde, von besonderen Ausnahmefällen abgesehen, ein subjektives Recht auf ein bestimmtes Handeln des Gesetzgebers.<sup>28</sup>

Ich habe diesen objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten deshalb besondere Bedeutung eingeräumt, weil sie mir als der eigentliche prätorische Gehalt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten erscheinen, mit dem man auch weit über die frühere Bedeutung der Grundrechte hinausgegangen und auch auf die Interpretation der Grundrechte durch die Verfassungsgerichte anderer Länder eingewirkt hat. Mit ihr ist eine allseitige Geltung der Grundrechte geschaffen worden. Freilich sind durch diese Geltungserweiterungen komplizierte Rechtsfragen aufgeworfen worden. E. W. Böckenförde hat jüngst darauf aufmerksam gemacht, daß diese Anwendung mit Notwendigkeit die Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Abwägungsgrundlage impliziert.<sup>29</sup> Außerdem ist das Verhältnis von parlamentarischer und verfassungsgerichtlicher Rechtsbildung aufgeworfen. Sind wir, so ließe sich fragen, in einem Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungs-

<sup>25</sup> In: BVerfGE 53, 69 (71 ff.).

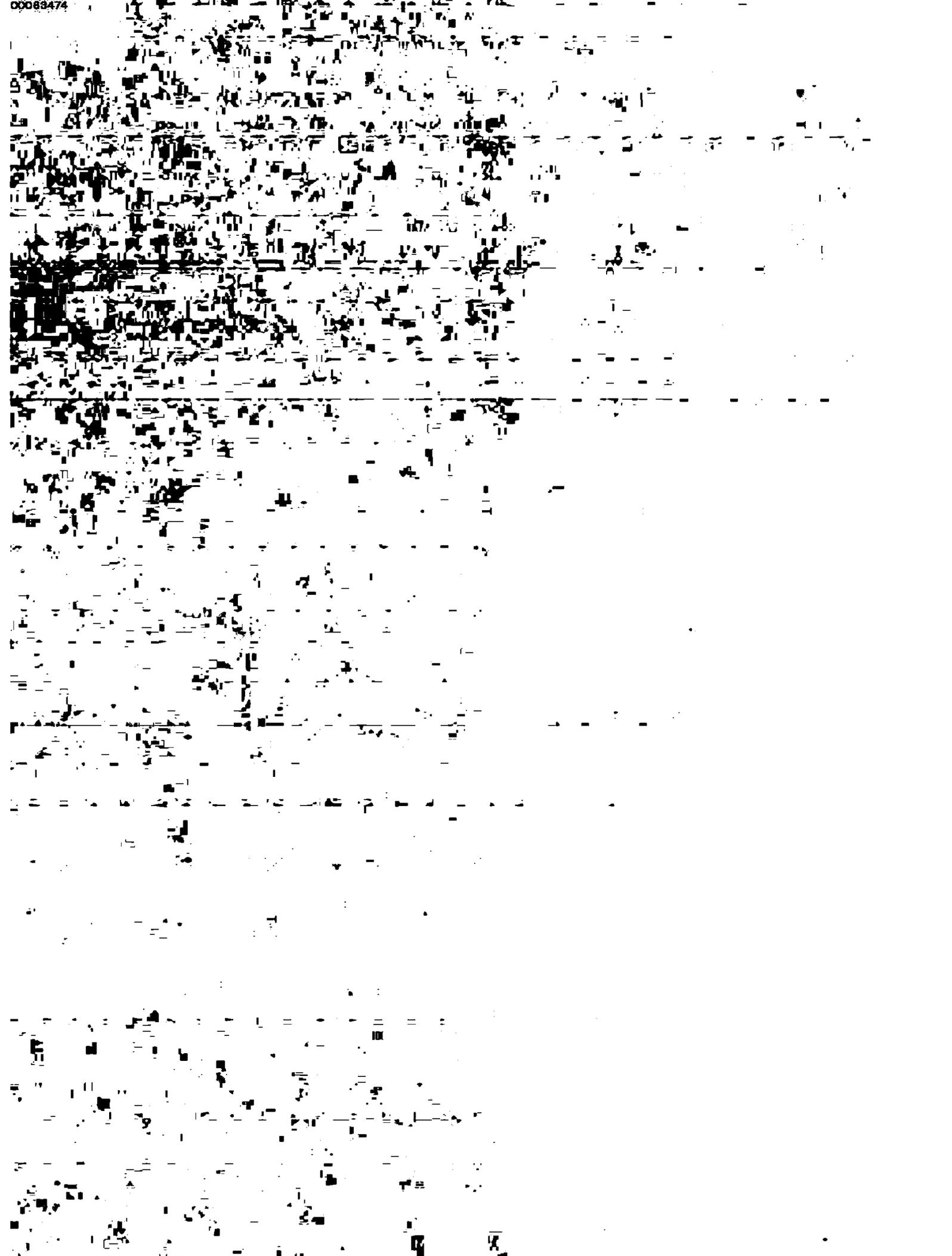
<sup>26</sup> BVerfGE 63, 131 (141).

<sup>27</sup> Vgl. etwa BVerfGE 6, 55 (72); 10, 303 (322); 30, 173 (188); 39, 1 (46 f.); 43, 242 (267); 48, 127 (161); 69, 1 (22).

<sup>28</sup> Vgl. BVerfGE 39, 1 (46 f.); 46, 160 (164 f.); EuGRZ 1987, 353.

<sup>29</sup> E. W. Böckenförde, *Der Staat* 1990, S. 19.

staat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat? Dies alles führt wieder einmal auf die Grundfrage der Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit im modernen Staat. Diese Problematik ist für die „alten“ Verfassungsstaaten Westeuropas ebenso aufgeworfen worden wie für die „jungen“ Verfassungsstaaten Ostmitteleuropas und Osteuropas. Wir sollten sie, so oft es geht, in gemeinsamem Gedankenaustausch verarbeiten. In diesem Sinne eines rechtsvergleichenden Gedankenaustauschs wollte ich meinen Vortrag primär verstanden wissen.



ANTAL ÁDÁM

## **Der Schutz der Grundrechte durch die Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn**

### I.

#### *Einleitung*

Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist in Ungarn durch die umfassende Verfassungsrevision vom 23. Oktober 1989 sowie das Gesetz Nr. XXXII/1989 über das Verfassungsgericht etabliert worden. Das Verfassungsgericht hat am 1. Januar 1990 seine Tätigkeit aufgenommen.

Die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit ist von mehreren ungarischen Verfassungsrechtlern – unter anderem auch von mir – seit Anfang der 60er Jahre gefordert worden. Der ausschließliche Geltungsanspruch des Grundsatzes, wonach unter sozialistischen Verhältnissen die konsequente Leitung und Kontrolle der Politik durch die marxistische Partei eine ausreichende Sicherung der Verfassungsmäßigkeit beinhalte, ist erst mit der Änderung der Verfassung im Jahre 1972 aufgegeben worden. Hiermit wurde die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit sowie die Aufhebung oder Änderung verfassungswidriger Normen der Kompetenz des Parlaments und des Präsidialrates, dem die Vertretung der Nationalversammlung in der sitzungsfreien Zeit sowie die Aufgaben eines Staatsoberhauptes oblagen, zugewiesen. Eine – allerdings rudimentäre – Regelung des Verfahrens wurde schließlich erst durch eine Geschäftsordnung des Präsidialrates von 1973 vorgenommen.

Diese Rechtslage änderte sich infolge der Verfassungsänderung von 1983 insofern, als die Etablierung eines 15köpfigen Verfassungsrechtsrates normiert wurde. Organisation, Befugnisse und Verfahren wurden im Gesetz Nr. I/1984 geregelt. Der Verfassungsrechtsrat konnte die Verfassungswidrigkeit einer Norm feststellen, eine Frist zu ihrer Beseitigung setzen, den Vollzug der verfassungswidrigen Norm aussetzen und das zur Normsetzung befugte Organ auffordern, die Verfassungswidrigkeit zu beheben. Zur Aufhebung einer verfassungswidrigen Rechtsnorm war er jedoch nicht berechtigt.

Trotz der mangelnden Entscheidungsbefugnis des Verfassungsrechtsrates und seiner insgesamt nicht gerade großen Aktivität wirkten sich seine Stellungnahmen in einigen Fällen vorteilhaft auf das Verfassungsleben aus. Die Kontinuität der Entwicklung des Verfassungsschutzsystems wird zudem daran ersichtlich, daß 12 bei dem am 1. Januar 1990 aufgelösten Verfassungsrechtsrat anhängige Verfahren an das Verfassungsgericht, das am selben Tag seine Arbeit aufgenommen hat, überwiesen wurden.

## II.

*Die Befugnisse des Verfassungsgerichts*

In die Kompetenz des Verfassungsgerichts fallen:

- a) die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einzelner Bestimmungen von Gesetzesvorlagen, die zwar schon verabschiedet, aber noch nicht verkündet wurden, die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Geschäftsordnung des Parlaments sowie internationaler Verträge;
- b) die nachträgliche Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen;
- c) die Prüfung der Übereinstimmung von innerstaatlichem Recht und Völkervertragsrecht;
- d) die Entscheidung von Verfassungsbeschwerden gegen die Verletzung von verfassungsmäßigen Grundrechten;
- e) die Entscheidung über ein verfassungswidriges Unterlassen;
- f) die Entscheidung von Organstreitigkeiten, und zwar zwischen lokalen und regionalen Selbstverwaltungsorganen und sonstigen Staatsorganen einerseits sowie zwischen Selbstverwaltungsorganen andererseits;
- g) die Auslegung der Verfassung;
- h) die Entscheidung sonstiger Angelegenheiten, die ein Gesetz in die Kompetenz des Verfassungsgerichts verweist.

Eine wesentliche Besonderheit der ungarischen Verfassungsgerichtsbarkeit liegt darin, daß ein nachträglicher Normenkontrollantrag<sup>1</sup>, eine Unterlassungsklage sowie eine Verfassungsbeschwerde von jedermann eingereicht werden können. Von Amts wegen kann das Verfassungsgericht nur die Vereinbarkeit von innerstaatlichem Recht und Völkervertragsrecht sowie ein verfassungswidriges Unterlassen prüfen.

Ein vorbeugendes Normenkontrollverfahren können die Landesversammlung, deren ständiger Ausschuß, 50 Abgeordnete, der Präsident der Republik und die Regierung beantragen.

Im Normenkontrollverfahren ist die vollständige oder teilweise Aufhebung der für verfassungswidrig erachteten Rechtsnorm zu beantragen. Hält ein Richter eine Rechtsnorm, auf deren Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, hat er das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Verfassungsgerichts einzuholen. Eine Normenkontrolle kann jedoch auch die Partei, die die in Rede stehende Norm für verfassungswidrig erachtet, beantragen.

Ein Bürger, dessen Rechte durch die Anwendung einer verfassungswidrigen Rechtsnorm verletzt worden sind, kann bei Erschöpfung des Rechtsweges oder Unzulässigkeit eines Rechtsmittels gegen die Verletzung seiner in der Verfassung verbrieften Grundrechte Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgericht erheben. Die Verfassungsbeschwerde ist innerhalb von 60 Tagen nach Zustellung des rechtskräftigen Urteils schriftlich einzureichen.

<sup>1</sup> Nach den Erfahrungen des Verfassungsgerichts im ersten Jahr seiner Tätigkeit haben sich der allzu weit gezogene Kreis der Antragsberechtigten und die Voraussetzungslosigkeit der Antragsbefugnis bei der nachträglichen Normenkontrolle als nachteilig erwiesen. Mehrere von uns vertreten die Meinung, daß die diesbezüglichen Regelungen des Verfassungsgerichtsgesetzes im Interesse der Weiterentwicklung der ungarischen Verfassungsgerichtsbarkeit geändert und ergänzt werden müssen.

Daraus folgt, daß die Verfassungsbeschwerde in Ungarn nicht gegen einen bestimmte Grundrechte verletzenden Verwaltungsakt oder ein derartiges Gerichtsurteil, sondern auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit und die Aufhebung der Rechtsnormen gerichtet ist, die diesen Verwaltungsakten oder Gerichtsentscheidungen zugrunde liegen. Da ein Verfahren der nachträglichen Normenkontrolle auch in Ermangelung der genannten Voraussetzungen der Verfassungsbeschwerde von jedermann eingeleitet werden kann, ist es fast selbstverständlich, daß von der nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässigen und eine konkrete Beschwerde erfordern- den Verfassungsbeschwerde in der Praxis kaum Gebrauch gemacht wird. Aus dieser Anomalie ergibt sich fast zwangsläufig auch die von mir geteilte Schlußfolgerung, daß es zweckmäßig wäre, die Verfassungsbeschwerde auch in Ungarn zu einem Instrument umzugestalten, das der verfassungsgerichtlichen Abhilfe bei Grundrechtsverletzungen durch behördliche oder gerichtliche Einzelentscheidungen dient.

Stellt das Verfassungsgericht von Amts wegen oder auf Antrag fest, daß ein Rechtsetzungsorgan im Widerspruch zur Rechtsordnung eine Regelung unterlassen hat und damit ein verfassungswidriger Zustand existiert, fordert es das zuständige Organ unter Anberaumung einer Frist auf, seiner Verpflichtung nachzukommen. Das Rechtsetzungsorgan ist verpflichtet, innerhalb der festgelegten Frist die Regelung vorzunehmen.

Auf Antrag des Parlaments, seines ständigen Ausschusses, des Präsidenten der Republik, der Regierung, eines Regierungsmitglieds, des Präsidenten des Staatlichen Rechnungshofes, des Präsidenten des Obersten Gerichts oder des Generalstaatsanwalts legt das Verfassungsgericht einzelne Bestimmungen der Verfassung aus. Die Entscheidung des Verfassungsgerichts ist im Gesetzblatt zu veröffentlichen.

Stellt das Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm fest, erklärt es diese ganz oder teilweise für nichtig. Die Entscheidung des Verfassungsgerichts ist im Gesetzblatt zu veröffentlichen. Mit dem Tage der Veröffentlichung treten die beanstandete Rechtsnorm oder einzelne ihrer Bestimmungen außer Kraft.

Die Entscheidung wirkt grundsätzlich *ex nunc* und hat daher zur Folge, daß vor Veröffentlichung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung auf Grund der verfassungswidrigen Norm begründete Rechte und Pflichten nicht betroffen werden. Eine Ausnahme existiert für rechtskräftige Strafurteile, die auf einer verfassungswidrigen Norm beruhen. Entfällt nunmehr die Strafbarkeit, wird diese eingeschränkt, ist von einem geringeren Strafmaß auszugehen oder ganz von Strafe abzusehen, ordnet das Verfassungsgericht die Wiederaufnahme des Strafverfahrens an, sofern das Urteil noch nicht vollstreckt worden ist.

Das Verfassungsgericht kann auch einen anderen Zeitpunkt für das Außerkrafttreten der verfassungswidrigen Rechtsnorm bestimmen, wenn die Rechtssicherheit oder ein besonderes Interesse des Antragstellers dies erfordern.

### III.

#### *Die Mitglieder des Verfassungsgerichts*

Die Bestimmungen des Verfassungsgerichtsgesetzes über die Wahlen und die Rechtsstellung der Mitglieder des Verfassungsgerichts gewährleisten weitgehend die Selbst-

ständigkeit und Unabhängigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit. Das Verfassungsgericht besteht gegenwärtig aus 10 Mitgliedern. Fünf Mitglieder wurden noch im November 1989 vom alten, fünf Mitglieder nach den ersten freien und auf dem Mehrparteiensystem basierenden Wahlen am 25. März 1990 vom neuen Parlament gewählt. Weitere fünf Mitglieder des Verfassungsgerichts sind von der Landesversammlung innerhalb von fünf Jahren ab Errichtung des Verfassungsgerichts zu wählen. Die bisherigen 10 Mitglieder haben aus ihrer Mitte den Präsidenten des Verfassungsgerichts bestimmt.

Die Richter des Verfassungsgerichts müssen das 45. Lebensjahr vollendet haben, die ungarische Staatsbürgerschaft besitzen und nicht vorbestraft sein sowie über eine juristische Qualifikation verfügen. Die Landesversammlung wählt die Richter des Verfassungsgerichts für eine Amtszeit von neun Jahren. Der Bewerber um ein Richteramt muß ein Rechtswissenschaftler mit außergewöhnlichem Sachverstand – Universitätsprofessor oder Doktor der Staats- und Rechtswissenschaften – oder Rechtspraktiker mit mindestens 20jähriger Berufserfahrung sein.

Die Verbindung des Richteramtes mit einem Abgeordnetenmandat, der Mitgliedschaft in einem örtlichen Rat, einem sonstigen staatlichen Amt, der Ausübung leitender Funktionen in einem Interessenverband oder der Mitgliedschaft in einer Partei ist unzulässig. Ein Richter des Verfassungsgerichts ist nicht berechtigt, eine politische Tätigkeit auszuüben oder politische Erklärungen abzugeben. Die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist den Verfassungsrichtern – mit Ausnahme der Bereiche Wissenschaft, Lehre, Literatur und Kunst – untersagt.

Im Hinblick auf Immunität und Indemnität sind die Verfassungsrichter den Abgeordneten gleichgestellt. Sie dürfen nicht ohne Zustimmung des Plenums des Verfassungsgerichts verhaftet oder sonstigen polizeibehördlichen Zwangsmaßnahmen – Ausnahme: Festnahme auf frischer Tat – unterworfen werden. Hebt das Plenum des Verfassungsgerichts die Immunität eines seiner Mitglieder auf, wird dieses gleichzeitig seines Amtes enthoben. Letzteres kann auch erfolgen, wenn ein Mitglied des Verfassungsgerichts bei der Begehung einer Straftat auf frischer Tat gestellt und ein Strafverfahren eingeleitet wurde. Ein Verfassungsrichter kann schließlich nicht wegen einer Äußerung oder Abstimmung im Rahmen der Wahrnehmung seines Richteramts zur Verantwortung gezogen werden.

Die Mitgliedschaft eines Verfassungsrichters endet a) mit der Vollendung des 70. Lebensjahres, b) mit Ablauf der Amtszeit, c) mit dem Tod, d) durch Rücktritt, e) mit der Feststellung der Inkompatibilität, f) mit der Amtsenthebung oder g) dem Ausschluß des Mitglieds. Im Falle e), f) und g) entscheidet das Plenum des Verfassungsgerichts durch Beschluß.

Ein Richter des Verfassungsgerichts kann ausgeschlossen werden, wenn er seine Amtspflichten vorwerfbar nicht erfüllt hat, rechtskräftig wegen der Begehung eines Verbrechens verurteilt worden ist oder sich in sonstiger Weise seines Amtes unwürdig erwiesen hat. Auszuschließen ist ein Richter, der sein Amt innerhalb eines Jahres nicht ausgeübt hat.

## IV.

*Organisation und Verfahren*

Das Verfassungsgericht wird als „Plenum“, d.h. mit allen Richtern, oder als „Kammer“ in der Besetzung mit drei Richtern tätig. Das „Plenum“ ist gegenwärtig beschlußfähig, wenn der Präsident bzw. im Falle seiner Verhinderung der Vizepräsident sowie sieben weitere Mitglieder des Verfassungsgerichts anwesend sind. Bei Stimmgleichheit entscheidet die Stimme des Präsidenten bzw. Vizepräsidenten.

Jedem Richter stehen zwei wissenschaftliche Mitarbeiter, ein Sekretär und ein Verwaltungsbediensteter zur Seite. Die Verwaltungsarbeit des Verfassungsgerichts wird von dem Generalsekretär und seinen Mitarbeitern erledigt. Die Gerichtsorganisation und das verfassungsgerichtliche Verfahren sind in der Geschäftsordnung zu regeln, die von der Landesversammlung auf Vorschlag des Verfassungsgerichts in der Form eines Gesetzes verabschiedet wird.<sup>2</sup>

Die an das Verfassungsgericht gerichteten Anträge werden zuerst im Generalsekretariat geprüft. Die offensichtlich unzulässigen, weil nicht zur Zuständigkeit des Verfassungsgerichts gehörenden Anträge werden durch den Generalsekretär auf Grund einer diesbezüglichen Ermächtigung des Präsidenten zurückgewiesen. Im übrigen werden die Anträge auf Vorschlag des Generalsekretärs durch den Präsidenten auf die einzelnen Richter zum Zwecke der Entscheidungsvorbereitung verteilt.

Das Verfahren vor dem Verfassungsgericht ist gebühren- und kostenfrei. Das Verfassungsgericht entscheidet nach Aktenlage und kann sich zur Beweisaufnahme der Partei- und Zeugenvernehmung sowie der Sachverständigenanhörung bedienen. Andere Beweisformen und -mittel stehen ihm nicht zur Verfügung. Die Entscheidung ergeht in nicht öffentlicher Sitzung. Der Verfassungsrichter kann sein – abweichendes – Sondervotum den Akten beifügen. Der Beschluß ist dem Antragsteller zuzustellen.

## V.

*Die Menschenrechte und die Praxis des Verfassungsgerichts*

1. Eine besondere Aufgabe der Verfassungsrevision war die zeitgemäße Regelung von Art, Inhalt, Garantie und Schranken der Menschen- und Bürgerrechte. Die Menschen- und Bürgerrechte sind Produkt, Ausdruck und Voraussetzung der gesellschaftlichen Entwicklung. Weder eine freie Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit noch ein den allgemein anerkannten demokratischen und humanistischen Werten entsprechendes gesellschaftliches, politisches und staatliches Leben sind ohne Geltung der Menschen- und Bürgerrechte vorzustellen. Die Beschränkung der Menschen- und Bürgerrechte in den osteuropäischen Ländern hat die Entwicklung dieser Gesellschaften in erheblichem Maße behindert und nicht unwesentlich zu den Funk-

<sup>2</sup> Der Entwurf einer Geschäftsordnung ist auf Grund der Erfahrungen der einjährigen Verfassungsgerichtsbarkeit ausgearbeitet worden. Während der Arbeiten am Entwurf hat sich der Vorschlag herauskristallisiert, daß anlässlich einer auch aus anderen Gründen erforderlichen Novellierung des Verfassungsgerichtsgesetzes die Kompetenz zur Verabschiedung der Geschäftsordnung vom Parlament auf das Verfassungsgericht übertragen wird. Diese Lösung würde der Autonomie des Verfassungsgerichts eher gerecht werden.

tionsstörungen und Gesellschaftskrisen, die periodisch in diesen Ländern aufgetreten sind, beigetragen.

2. Bereits als die Verfassungsrevision in Angriff genommen wurde, waren sich die politischen und Fachkreise darin einig, daß in der Verfassung eindeutig festgelegt werden soll, welche Rechte den in Ungarn lebenden Menschen ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit, welche Grundrechte ausschließlich den ungarischen Staatsbürgern (z.B. aktives und passives Wahlrecht; das Recht, ein Amt zu bekleiden; das Recht auf diplomatischen Schutz usw.) sowie welche Rechte bestimmten Gemeinschaften – z.B. örtlichen Gemeinschaften, Gemeinschaften am Arbeitsplatz, nationalen oder ethnischen Gruppen, Religionsgemeinschaften – zustehen. Normiert wurden auch die Rechte, die während des Kriegs- oder Ausnahmezustandes eingeschränkt werden können sowie diejenigen, die auch in diesem Fall keinerlei Beschränkungen unterliegen.

3. Die Gewährleistung der modernen Grundrechte in der Verfassung, ihre Verwirklichung sowie ihr Schutz durch das Verfassungsgericht, die Gerichte oder Behörden bilden die unentbehrlichen Voraussetzungen, Mittel und Schranken eines sozialen Verfassungsstaates. Der gerichtliche Schutz der Grundrechte wird durch folgende Bestimmungen der Verfassung gesichert:

„Jeder hat das Recht, die gegen ihn erhobene Anklage oder seine Rechte und Pflichten in einem Verfahren vor einem gesetzlich unabhängigen und unparteiischen Gericht in einer gerechten und öffentlichen Verhandlung würdigen zu lassen. In der Republik Ungarn gilt jeder solange als unschuldig, bis ein Gericht seine strafrechtliche Verantwortlichkeit in einem rechtskräftigen Urteil festgestellt hat. In einem Strafverfahren hat der Angeklagte jederzeit ein Recht auf Verteidigung. Der Verteidiger kann für seine Äußerungen im Rahmen der Verteidigung nicht zur Verantwortung gezogen werden. Niemand darf wegen einer Handlung, die zur Zeit der Tat nach ungarischem Recht keine Straftat darstellte, schuldig gesprochen und verurteilt werden. In Ungarn kann jeder nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen Rechtsmittel gegen ein Gerichtsurteil, einen Verwaltungsentscheid oder den Bescheid einer anderen Behörde einlegen, wenn er sich in seinen Rechten oder berechtigten Interessen beeinträchtigt fühlt.“ (§ 57 Abs. 1-5)

„In der Republik Ungarn hat jeder das Recht auf Freiheit und persönliche Sicherheit; niemand darf in seiner Freiheit aus einem anderen als dem gesetzlich festgelegten Grund und ohne Durchführung des gesetzlich festgelegten Verfahrens beschränkt werden.“ (§ 55 Abs. 1)

Auch dem Schutz der Grundrechte dient das allgemeine Petitionsrecht, wonach „in der Republik Ungarn jeder das Recht hat, sich allein oder mit anderen gemeinsam mit einem Antrag oder einer Beschwerde schriftlich an die zuständigen staatlichen Organe zu wenden“ (§ 64). Nicht unbedeutend ist schließlich § 70/K der Verfassung, der besagt, daß „Ansprüche, die aus der Verletzung eines Grundrechts herrühren sowie Beschwerden gegen Entscheidungen des Staates in bezug auf die Erfüllung der Bürgerpflichten vor Gericht geltend gemacht werden können“.

4. In einem Verfassungs- und Rechtsstaat verkörpern die in der Verfassung festgelegten Grundsätze und Grundrechte die inhaltlichen Anforderungen, die die Gesetzgebung zu beachten hat. Die Grundsätze, die die materiellen Kriterien des Verfassungs- und Rechtsstaats bilden, sowie die in völkerrechtlichen Verträgen niedergelegten Menschen- und Bürgerrechte binden die gesetzgebende, vollziehende und rechtsprechende Gewalt gleichermaßen. Im Verfassungs- und Rechtsstaat müssen sich also die Gesetze nach einem Grundgesetz richten, dessen Paradigmen auch im inter-

nationalen Maßstab bekannt und anerkannt sind. Über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze wacht das Verfassungsgericht, das ein selbständiges Machtzentrum darstellt.

Die Erfahrungen mit dem funktionierenden Verfassungs- und Rechtsstaat zeigen, daß die genannten Grundsätze und Grundrechte nicht isoliert nebeneinander stehen. Es kommt häufig vor, daß die Grundsätze und Grundrechte im Rahmen einzelner Rechtsinstitute miteinander verbunden sind und in dieser Verbindung zur Geltung kommen. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß diese Werte miteinander in Kollision geraten. Es ist deshalb eine unvermeidliche Aufgabe der modernen Verfassungsgebung und der auf sie aufbauenden Gesetzgebung, die näheren Proportionen und Modalitäten zu bestimmen, in denen die miteinander verbundenen Grundsätze und Grundrechte verwirklicht werden sollen. Damit wird vermieden, daß in der Praxis die genannten Verfassungswerte in unerwarteter Weise und unberechenbar miteinander kollidieren. Da aber weder die Verfassung noch die Gesetze für jede Lage der sich verändernden Wirklichkeit ein genaues Rezept bereitstellen können, müssen bestimmte Staatsorgane – und insbesondere das Verfassungsgericht und die Gerichte – eine Ermächtigung erhalten, die konkreten Grundsatz- und Grundrechtskonflikte unter Respektierung der Verfassung und der Gesetze zu lösen.

5. Nach dem Verfassungsgerichtsgesetz ist eine Funktion des Verfassungsgerichts der Grundrechtsschutz. Diesem Zweck dienen vor allem die repressive und präventive Normenkontrolle, die Verfassungsbeschwerde, die Kontrolle der Übereinstimmung von innerstaatlichem und Völkervertragsrecht, die Unterlassungsklage und nicht zuletzt die authentische Verfassungsauslegung.

Die halbjährige Praxis des Verfassungsgerichts macht den hohen Stellenwert, den der Schutz der Grundrechte einnimmt, deutlich. Die fast 700 Anträge an das Verfassungsgericht in der Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 1990 lassen das Vertrauen und die Erwartungen an die Verfassungsgerichtsbarkeit erkennen. Die Tatsache aber, daß mehr als die Hälfte der Anträge einen Gegenstand zum Inhalt hatte, der nicht in die Kompetenz des Verfassungsgerichts fiel, zeugt davon, daß Funktion und Kompetenzen des Verfassungsgerichts den Antragsberechtigten noch nicht ausreichend bekannt sind.<sup>3</sup> Im Hinblick auf den Grundrechtsschutz wurden trotz der bisher nur kurzen Tätigkeit des Gerichts zahlreiche Probleme aufgeworfen und geklärt. Von diesen sollen folgende hervorgehoben werden:

Zunächst muß festgehalten werden, daß die geltende Verfassung im Hinblick auf die Entscheidung bestimmter Anträge lückenhaft ist. Schon zu Beginn dieser Verfahren wurde deutlich, daß das Verfassungsgericht auf die Zugrundelegung der allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze sowie der internationalen Abkommen nicht verzichten kann. Die Berücksichtigung dieser Grundsätze bzw. Normen durch das Verfassungsgericht, dessen Entscheidungen für jedes staatliche und gesellschaftliche Organ und für alle Personen verbindlich sind, hat zur Folge, daß die ungarischen Verfassungsprinzipien durch das Verfassungsgericht ergänzt und bereichert werden. Zu vermuten ist, daß diese grundsätzlichen Feststellungen des Verfassungsgerichts im

<sup>3</sup> Bis zum 31. Dezember 1990 sind 1625 Anträge beim Verfassungsgericht eingegangen. Von ihnen mußten 962 wegen Unzuständigkeit des Gerichts zurückgewiesen werden. Das Verfassungsgericht hat in 33 Fällen die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes überprüft und 16 Gesetze bzw. gesetzliche Bestimmungen aufgehoben.

Rahmen der Ausarbeitung der neuen ungarischen Verfassung Berücksichtigung finden werden. Weitere Verfahren vor dem Verfassungsgericht hatten die Vertragsfreiheit, den Rechtsmißbrauch oder die positive Diskriminierung zum Gegenstand.

6. Das Problem der positiven Diskriminierung soll hier kurz angesprochen werden. Drei Verfassungsbestimmungen beschäftigen sich mit der Gleichberechtigung. Einmal „garantiert die Republik Ungarn die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Sie genießen die gleichen bürgerlichen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte“ (§ 66 Abs. 1). Zum anderen „gewährt die Republik Ungarn allen Personen, die sich auf ihrem Staatsgebiet aufhalten, die Menschen- bzw. Bürgerrechte ohne Rücksicht auf Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politische oder sonstige Überzeugung, nationale oder soziale Zugehörigkeit, Vermögensverhältnisse, Abstammung oder die sonstigen Verhältnisse“ (§ 70/A). Darüber hinaus verpflichtet sich die Republik Ungarn in der Verfassung, „die Verwirklichung der Rechtsgleichheit auch durch besondere Maßnahmen zur Beseitigung ungleicher Chancen zu gewährleisten“ (§ 70/A Abs. 3). Seitdem Artikel 1 der 1789 angenommenen „Déclaration des droits de l’homme et du citoyen“ feststellt, daß „der Mensch frei und gleichberechtigt geboren ist und bleibt“, kennen die die Grundrechte achtenden Staaten den Widerspruch von Freiheit und Gleichheit. Mit dem schön klingenden Grundsatz, wonach der Widerspruch zwischen Gleichheit und Freiheit nur so gelöst werden kann, daß die Gleichheit der Freiheit und die Freiheit der Gleichheit zu dienen hat, werden aber die praktischen Probleme im täglichen Leben nicht gelöst.

Das Verfassungsgericht hatte die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes im Bereich des Steuerrechts zu prüfen. Nach Ansicht des Antragstellers war die Bestimmung des Einkommensteuergesetzes, die Familien erst mit mindestens drei Kindern, Alleinerziehende hingegen bereits mit dem zweiten Kind von der Steuerpflicht befreit, verfassungswidrig und mithin aufzuheben. Der Antrag wurde vom Verfassungsgericht mit folgender Begründung zurückgewiesen. Eine positive Diskriminierung verletzt den Gleichheitsgrundsatz nicht und ist damit auch nicht verfassungswidrig, wenn

- 1) sie damit ein anderes Grundrecht (z.B. unter bestimmten Umständen das Recht auf soziale Unterstützung, das Recht einer nationalen Minderheit) verwirklicht;
- 2) sie nicht gleichzeitig ein weiteres Grundrecht verletzt;
- 3) sie nicht gegen die Differenzierungsverbote des § 70/A (Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion usw.) verstößt.

7. Im Hinblick auf den Grundrechtsschutz durch die Verfassungsgerichtsbarkeit ist es unerläßlich, die Normenhierarchie zu klären und zu beachten. Noch komplizierter und von grundsätzlicher Bedeutung ist die Antwort auf die Frage, ob die in der Verfassung verankerten Grundrechte in einem hierarchischen Verhältnis stehen. Ein Zusammenhang zwischen beiden Bereichen kann zwar nicht geleugnet werden, deckungsgleich sind sie indes nicht. Unter beiden Aspekten sind Klärung und Berücksichtigung der Hierarchie in der Verfassungsgerichtsbarkeit unvermeidlich, denn die Geltungsansprüche mehrerer Grundrechte treffen in der Praxis nicht selten aufeinander.

Hinsichtlich der Bedeutung der Normenhierarchie für die Grundrechte soll vor allem betont werden, daß die Ansiedlung der Grundrechte auf unterschiedlichen Ebe-

nen der Normenhierarchie einen Schlüssel für die Lösung von Grundrechtskollisionen darstellen kann. Aber wie kann die Normenhierarchie Bedeutung erlangen? Da gemäß § 7 der geltenden Verfassung die Rechtsordnung der Republik Ungarn die allgemein gültigen Normen des Völkerrechts anerkennt und zudem gewährleistet, daß die eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen mit dem Landesrecht in Einklang stehen, ist meines Erachtens in Ungarn hinsichtlich der Grundrechte folgende Normenhierarchie anzunehmen:

- a) die vom Verfassungsgericht als allgemein anerkannten klassischen Rechtsprinzipien;
- b) die allgemein anerkannten Normen des Völkerrechts und die vom ungarischen Staat im Hinblick auf die Grundrechte übernommenen völkerrechtlichen Pflichten (wobei letztere als Voraussetzung für einen Beitritt Ungarns zur Europäischen Menschenrechtskonvention vermutlich erheblich zunehmen werden);
- c) die in der Verfassung verbrieften Grundrechte;
- d) die mit Zweidrittelmehrheit verabschiedeten Gesetze über die Ausübung der Grundrechte;
- e) die mit einfacher Stimmenmehrheit verabschiedeten Gesetze über die Grundrechte;
- f) die untergesetzlichen Rechtsnormen (z.B. Regierungsverordnungen), die aufgrund einer Ermächtigung erlassen worden sind, die in einem Gesetz über die Grundrechte enthalten ist.

Des weiteren zu untersuchen ist, ob die in der Verfassung verbrieften Grundrechte in einem hierarchischen Verhältnis stehen oder – anders formuliert – ob es ein „Grundrecht der Grundrechte“, ein sog. absolutes Grundrecht gibt.

Diese Frage hatte das Verfassungsgericht im Rahmen der Begutachtung des Antrages auf Abschaffung der Todesstrafe zu beantworten. Im Jahre 1989 hat das Parlament die Todesstrafe für den Bereich der politischen Straftaten abgeschafft. Das geltende Strafgesetzbuch läßt aber – wahlweise – die Todesstrafe bei schweren Vorsatztaten gegen das menschliche Leben und bei bestimmten Militärstraftaten in Kriegszeiten zu. Die Liga der Gegner der Todesstrafe hat im März 1990 in einem 76seitigen Antrag die Abschaffung der Todesstrafe beantragt. Das Verfassungsgericht hat zunächst ein Gutachten von drei anerkannten Sachverständigen sowie eine Stellungnahme des Justizministers eingeholt. Eine Entscheidung ist bisher noch nicht ergangen, aber ein Entscheidungsentwurf geht von der Verfassungswidrigkeit der Todesstrafe aus.<sup>4</sup> Die hier entwickelte Begründung stützt sich auf § 54 der Verfassung, wonach „in der Republik Ungarn jeder Mensch ein angeborenes Recht auf Leben und Menschenwürde hat. Niemand darf dieser Rechte willkürlich beraubt werden. Niemand darf gefoltert, grausam oder unmenschlich behandelt, einer demütigenden Behandlung oder Strafe und insbesondere ohne seine Zustimmung ärztlichen oder wissenschaftlichen Versuchen unterzogen werden“. Im Hinblick auf diese Bestimmung bemüht sich der Entscheidungsentwurf darzulegen, daß die Vorschriften des Strafgesetzbuchs über die Todesstrafe willkürlich seien. Nach der rechtlichen und

<sup>4</sup> In seiner inzwischen ergangenen Entscheidung (Magyar Közlöny v. 31. 10. 1990) hat das Verfassungsgericht die Todesstrafe für verfassungswidrig erklärt und die diesbezüglichen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs und der Strafprozeßordnung aufgehoben.

teleologischen Auslegung der Verfassungsbestimmung sei das angeborene, unverletzliche und unveräußerliche Grundrecht des Menschen auf Leben und Menschenwürde ein sich gegenseitig bedingender Wert und damit als ein *absolutes* Grundrecht anzusehen, dem wiederum zahlreiche andere Grundrechte des Menschen entstammten. Da der Vollzug der Todesstrafe die nicht rückgängig zu machende Vernichtung des absoluten Rechts bedeutet, sollen die Verhängung und der Vollzug der Todesstrafe als willkürlich und damit verfassungswidrig angesehen werden. Aus diesem Grunde werden voraussichtlich die einschlägigen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs aufgehoben werden.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Die Verfassungsänderung vom 19. 6. 1990 hat dem Verfassungsgericht ein weiteres und entscheidendes Argument für die Aufhebung der Todesstrafe geliefert. Im Ergebnis dieser Verfassungsänderung bestimmt § 8 Abs. 2 der Verfassung, daß „in der Republik Ungarn die Regelungen über Grundrechte und Grundpflichten durch Gesetz bestimmt werden, das aber den Wesensgehalt des Grundrechts nicht einschränken darf“. Das Verfassungsgericht hat festgestellt, daß die Vorschriften des Strafgesetzbuchs und anderer Gesetze über die Todesstrafe gegen das Verbot der Einschränkung des Wesensgehalts des Rechts auf Leben und Menschenwürde verstoßen, und hat sie deshalb aufgehoben.

GEORG BRUNNER

## **Die Rechtsstellung der politischen Parteien und das Wahlrecht in der Bundesrepublik Deutschland**

### 1. *Einleitung*

Die moderne Demokratie ist eine Parteiendemokratie und ohne ein freies Mehrparteiensystem nicht vorstellbar. Aus dieser soziologischen Vorgegebenheit haben im internationalen Vergleich als erste – sieht man von Art. 118–121 der Verfassung des Landes Baden vom 22.5.1947 ab – die Gründungsväter der Bundesrepublik Deutschland die fällige verfassungsrechtliche Konsequenz gezogen, indem sie den politischen Parteien in Art. 21 GG einen besonderen verfassungsrechtlichen Status eingeräumt haben, der durch die Prinzipien der Freiheit, Gleichheit und Öffentlichkeit gekennzeichnet werden kann. Dieser Status ist im Vergleich zu anderen – auch politischen – Vereinigungen mit Privilegien, aber auch mit besonderen Verpflichtungen verbunden. Seine nähere Ausgestaltung wurde dem Bundesgesetzgeber übertragen, der diesem Verfassungsauftrag erst im Jahre 1967, also mit einer Verspätung von 18 Jahren nachgekommen ist,<sup>1</sup> nachdem das Bundesverfassungsgericht dem Futterneid dreier nicht-etablierter Parteien und der Mißgunst der im Gewande der Hessischen Landesregierung agierenden Sozialdemokratischen Partei Rechnung getragen und den im Bundestag vertretenen etablierten Parteien den Geldhahn aus dem Bundeshaushalt abgedreht hatte.

### II. *Die drei Statusmerkmale politischer Parteien*

Die Rechtsstellung der politischen Parteien kann man mit drei Merkmalen grundlegend charakterisieren: Freiheit, Gleichheit und Öffentlichkeit.

#### *1. Freiheit*

Die Parteienfreiheit pflegt man in einen äußeren und einen inneren Aspekt zu zerlegen.

##### *a) Äußere Freiheit*

Die äußere Parteienfreiheit soll den politischen Parteien Schutz vor staatlicher Einflußnahme bieten. Ihre Bedeutung soll an drei Punkten aufgezeigt werden.

<sup>1</sup> Gesetz über die politischen Parteien (Parteiengesetz) vom 24. 7. 1967 (BGBl. I S. 773), z.Zt. in der Fassung der Neubekanntmachung vom 3. 3. 1989 (BGBl. I S. 327).

### aa) Gründungsfreiheit

Die Gründung politischer Parteien ist frei, d.h. sie bedarf *weder der Genehmigung noch der Registrierung* oder eines anderen förmlichen Anerkennungsverfahrens. Der Preis für diese Großzügigkeit besteht in der Unsicherheit, die sich unter Umständen aus Zweifeln daran ergeben kann, ob ein bestimmtes Gebilde eine politische Partei ist oder nicht. Zwar enthält das ParteiG eine Legaldefinition (§ 2 Abs. 1) und einige zwingende Vorschriften (Unterscheidbarkeit des Namens [§ 4 Abs. 1], schriftliche Satzung mit einem Mindestinhalt und schriftliches Programm [§ 6 Abs. 1 u. 2]), und es ist auch vorgesehen, daß der Parteivorstand dem Bundeswahlleiter Satzung und Programm sowie die Namen der Vorstandsmitglieder der Bundespartei und der Landesverbände bzw. der Landespartei anzuzeigen hat (§ 6 Abs. 3). Bei der Anzeigepflicht handelt es sich aber nur um eine Ordnungsvorschrift, deren Beachtung mit einem Zwangsgeld durchgesetzt werden kann (§ 38); ihre Verletzung hat ebensowenig konstitutive Wirkung wie die Anzeige an den Bundeswahlleiter. Aus all dem folgt, daß Gewißheit über die Parteieigenschaft einer Vereinigung nur gewonnen werden kann, wenn sie streitig ist und der Streit in einem gerichtlichen Verfahren geklärt werden kann.

Am ehesten kann man sich einen derartigen Streit für den Fall vorstellen, daß eine Vereinigung sich als Partei an einer Wahl beteiligen will und ihr die Anerkennung der Parteieigenschaft mit der Folge verweigert wird, daß sie zur Wahl nicht zugelassen wird. Bei Bundestagswahlen wird diese Entscheidung vom Bundeswahlausschuß getroffen.<sup>2</sup> Und hier entsteht gleich ein Problem. Nach § 49 BWahlG können nämlich Entscheidungen und Maßnahmen, die sich unmittelbar auf das Wahlverfahren beziehen, nur mit den in der Bundeswahlgesetzgebung vorgesehenen Rechtsbehelfen und im Wahlprüfungsverfahren angefochten werden. Gegen Entscheidungen des Bundeswahlausschusses sind aber keine Rechtsbehelfe vorgesehen, was dazu führt, daß auch der Rechtsweg ausgeschlossen ist. Diese Konsequenz eines für die deutsche Tradition typischen Ausschlusses des gerichtlichen Rechtswegs ist vom Bundesverfassungsgericht als durch die Eigenarten des Wahlverfahrens gerechtfertigt und verfassungsmäßig akzeptiert und sogar noch verstärkt worden, indem es auch die Verfassungsbeschwerde als einen Rechtsbehelf qualifiziert und ihre Zulässigkeit folglich verneint hat.<sup>3</sup> Entsprechendes gilt für die Landtagswahlen nach den Landeswahlgesetzen.<sup>4</sup> Für Kommunalwahlen gilt dieser vom Bundesverfassungsgericht bestätigte Grundsatz<sup>5</sup> ebenfalls, doch besteht hier nach dem insofern übereinstimmenden Kommunalwahlrecht der Länder die Besonderheit, daß gegen Entscheidungen der Kommunalwahlausschüsse Einspruch bei der Aufsichtsbehörde eingelegt werden kann und deren Entscheidung wiederum nach allgemeinen Grundsätzen vor den Verwaltungsgerichten anfechtbar ist. Im Schrifttum wird die Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses des Rechtswegs in Wahlsachen unter Hinweis auf die Rechtsweggarantie

<sup>2</sup> § 18 Abs. 4 Bundeswahlgesetz vom 7.5.1956 (BGBl. I S. 383) i.d.F. der Bekanntmachung vom 1.9.1975 (BGBl. I S. 2325).

<sup>3</sup> BVerfGE 14, 154 (155); 29, 18 (19); 74, 96 (101).

<sup>4</sup> BVerfGE 16, 128 (130); 28, 214 (219 f.).

<sup>5</sup> BVerfGE 3, 39 (40); 11, 329 f.

des Art. 19 Abs. 4 GG zunehmend bezweifelt,<sup>6</sup> und es ist in der Tat kaum nachvollziehbar, wieso durch einfaches Gesetz die Verfassungsgarantie des umfassenden gerichtlichen Rechtsschutzes soll eingeschränkt werden können. Freilich sind auch die praktischen Konsequenzen der Eröffnung des Rechtswegs zu bedenken: Aus zeitlich-organisatorischen Gründen müßte gegebenenfalls das aufwendige Wahlverfahren aufgeschoben oder wiederholt werden, was vom Ergebnis her sicherlich nicht vertretbar wäre. In der Praxis kann mit einigem guten Willen ein Ausweg aus dem rechtsstaatlichen Dilemma gefunden werden, und zwar im Organstreitverfahren vor dem Bundes- oder dem zuständigen Landesverfassungsgericht.<sup>7</sup> Zwar wäre auf Bundesebene eine Organklage der um ihre Anerkennung kämpfenden politischen Partei gegen den Bundeswahlausschuß nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und § 63 BVerfGG gewiß nicht zulässig, da der Bundeswahlausschuß weder ein Verfassungsorgan noch sonst im Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet ist. Er ist im Organstreit folglich nicht beteiligtenfähig. Man könnte aber die Zulässigkeitsprüfung auch bei der Beteiligtenfähigkeit des Antragstellers ansetzen. Dann wäre zuerst zu prüfen, ob die Vereinigung, die glaubt eine Partei zu sein, wirklich eine politische Partei ist, da nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts politische Parteien Verfassungsorgane und somit im Organstreit beteiligtenfähig sind. Wird die Frage bejaht, so ist der Antrag zwar wegen der mangelnden, aber erst im zweiten Schritt zu prüfenden Beteiligtenfähigkeit des Antragsgegners zurückzuweisen, aber dem Antragsteller kann in den Entscheidungsgründen die begehrte Parteieigenschaft bescheinigt werden. So – aber mit entgegengesetztem Ergebnis – ist das Bundesverfassungsgericht in der Tat verfahren, als es die Feststellung des Bundeswahlausschusses, die „ABSTIMMUNGS-Initiative für VOLKSENTSCHEID (AIV)“ sei keine politische Partei und könne deshalb zur Bundestagswahl 1987 nicht zugelassen werden, inhaltlich überprüft und bestätigt hat.<sup>8</sup> Der Antrag wurde dann aus diesem Grunde verworfen, ohne daß das Gericht auf die wesentlich einfacher zu verneinende Frage nach der Beteiligtenfähigkeit des Antragsgegners eingegangen wäre.

Eine weitere Möglichkeit zur gerichtlichen – wenn auch nicht allgemeinverbindlichen – Klärung der Parteieigenschaft könnte sich unter bestimmten Umständen im Zivilprozeß ergeben, und zwar dann, wenn die Vereinigung, deren Parteieigenschaft umstritten ist, als Kläger auftritt. Denn nach § 3 ParteiG hat eine politische Partei – und ihre zweithöchsten Gebietsverbände – ohne Rücksicht auf ihre Rechtsfähigkeit die aktive und passive Parteifähigkeit. Über diese uneingeschränkte Parteifähigkeit würde eine politische Partei nach allgemeinem Zivilprozeßrecht nur dann verfügen, wenn sie bürgerlich-rechtlich als eingetragener Verein organisiert wäre, da nur dieser rechtsfähig (§ 55 Abs. 1 i. V.m. § 21 BGB) und folglich parteifähig (§ 50 Abs. 1 ZPO)

<sup>6</sup> So etwa *Ch. Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl. 1982, S. 52 f.; *E. Schmidt-Aßmann* in: Th. Maunz – G. Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Rn. 34 zu Art. 19 IV (1985); *H. Meyer* in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (hrsg. von J. Isensee und P. Kirchhof), Bd. II 1987, § 38 Rn. 63 ff. m.w.H.

<sup>7</sup> Dieser Weg dürfte allerdings in Bremen, Hamburg, Hessen und Rheinland-Pfalz kaum gangbar sein, da hier insofern kein vergleichbares Organstreitverfahren zur Verfügung steht oder die politischen Parteien nicht beteiligtenfähig sind.

<sup>8</sup> BVerfGE 74, 96 (100 f.).

ist. Ein nicht eingetragener Verein ist hingegen nicht rechtsfähig, und das Zivilprozeßrecht billigt ihm nur die passive, nicht aber die aktive Parteifähigkeit zu (§ 50 Abs. 2 ZPO). Wenn also eine als eingetragener Verein organisierte „politische Partei“ vor einem ordentlichen Gericht eine Klage erhebt, muß das Gericht die Parteieigenschaft von Amts wegen prüfen, da es sich um eine Prozeßvoraussetzung handelt, deren Fehlen zur Klageabweisung wegen Unzulässigkeit führt. Tatsächlich könnte sich diese Konstellation bei den beiden größten politischen Parteien einstellen, da CDU und SPD traditionell nicht eingetragene Vereine sind. Anders verhält es sich bei CSU<sup>9</sup> und FDP<sup>10</sup>, die im Vereinsregister eingetragen sind.

Welche *bürgerlich-rechtliche Form* eine politische Partei wählt, ist ihrer freien Entscheidung überlassen. Auch wenn sie sich für die Rechtsform eines eingetragenen Vereins entscheidet und zu diesem Zweck beim zuständigen Amtsgericht die Eintragung ins Vereinsregister beantragen muß, erlangt der Staat damit keine zusätzlichen Kontrollmöglichkeiten. Das Gericht prüft nach dem Normativsystem nur die formalen Eintragungsvoraussetzungen gemäß §§ 56–59 BGB (7 Mitglieder, Satzung, Vorstand, unterscheidbarer Name) und muß bei einem positiven Prüfungsergebnis sofort eintragen. An sich muß das Gericht vor Eintragung eines Vereins der nach Landesrecht zuständigen Verwaltungsbehörde diese Absicht mitteilen, und die Verwaltungsbehörde kann dann gegen die Eintragung aus Gründen Einspruch erheben, aus denen ein Verein nach öffentlichem Vereinsrecht verboten werden kann, d.h. wenn Zwecke oder Tätigkeit des Vereins den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten.<sup>11</sup> Die politischen Parteien sind aber im Vergleich zu den sonstigen Vereinen privilegiert: Die Anwendbarkeit der einschlägigen §§ 61–63 BGB ist durch § 37 ParteiG ausgeschlossen, und das öffentliche Vereinsrecht ist auf politische Parteien überhaupt nicht anwendbar.<sup>12</sup>

### *bb) Betätigungsfreiheit*

Die Betätigungsfreiheit der Parteien bedeutet vor allem, daß es *keine Staatsaufsicht* gibt. Zwar enthält die Rechtsordnung eine Reihe parteienrechtlicher Vorschriften, doch wird deren Einhaltung nicht generell überwacht. Es bestehen nur punktuelle Kontrollmöglichkeiten, die dann greifen, wenn die Parteien etwas erreichen wollen, wozu sie die Mitwirkung des Staates benötigen. Erwähnenswert sind insbesondere zwei Fälle.

Von dem ersten war teilweise bereits die Rede. Er betrifft die *Beteiligung* der Parteien *an den Wahlen*. Abgesehen von dem später noch näher zu betrachtenden Erfordernis der *Beteiligungsanzeige*, bedürfen die von den Parteien eingereichten Wahlvorschläge der Zulassung durch den zuständigen Wahlausschuß. Die Prüfung

<sup>9</sup> § 2 Satzung der Christlich-Sozialen Union in Bayern i.d.F. vom 28. 9. 1979 (Text in: H. Kaack – R. Roth [Hrsg.], Handbuch des deutschen Parteiensystems, Bd. 1 1980, S. 35 ff.).

<sup>10</sup> § 37 Abs. 1 Bundessatzung der Freien Demokratischen Partei i.d.F. vom 13. 11. 1978 (Text in: Kaack – Roth [Anm. 9], S. 69 ff.).

<sup>11</sup> Art. 9 Abs. 2 GG; § 3 Abs. 1 Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Vereinsgesetz) vom 5. 8. 1964 (BGBl. I S. 593).

<sup>12</sup> § 2 Abs. 2 Nr. 1 VereinsG (Anm. 11).

der Wahlvorschläge ist aber strikt auf die Einhaltung von Formvorschriften beschränkt (vgl. z.B. §§ 26, 28 BWahlG), so daß eine substantielle Rechtskontrolle bei dieser Gelegenheit nicht stattfindet.

Eine praktisch wichtigere Rolle spielt die Kontrolle über das *Finanzgebaren* der Parteien. Hierüber müssen sie nach Art. 21 Abs. 1 Satz 4 GG öffentlich Rechenschaft ablegen, deren Einzelheiten in §§ 23 ff. ParteiG geregelt und im Laufe der Zeit verschärft worden sind. Über die Herkunft und Verwendung ihrer Mittel sowie über ihr Vermögen müssen die Parteien jährlich einen Rechenschaftsbericht erstatten, der durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer oder eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft geprüft und dann beim Präsidenten des Bundestages eingereicht wird. Der Präsident prüft den Bericht ebenfalls und legt ihn anschließend mit seinem Prüfungsergebnis dem Bundestag als Drucksache vor. Was geschieht, wenn die Partei ihrer Pflicht zur öffentlichen Rechenschaftslegung nicht nachkommt? Das Gesetz verzichtet auf Zwangsmittel und geht den viel effektiveren Weg einer Vorenthaltung finanzieller Vorteile: Solange kein ordnungsgemäßer Rechenschaftsbericht vorliegt, wird die – noch zu erörternde – staatliche Parteienfinanzierung eingestellt, die pflichtsäumige Partei erhält also keine Haushaltsmittel (§ 23 Abs. 4 PartG). Erst bei Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit der Erlangung, Verwendung und Offenlegung von Spenden nehmen die Sanktionen Strafcharakter an: Die Partei verliert ihren Anspruch auf staatliche Wahlkampfkostenerstattung in doppelter Höhe der rechtswidrig erlangten oder nicht vorschriftsgemäß verwendeten oder veröffentlichten Spende; eine rechtswidrig erlangte Spende ist zudem an das Präsidium des Bundestages abzuführen (§ 23 a Abs. 1 PartG).

### cc) Parteiverbot

Den schwersten Eingriff in die äußere Parteifreiheit stellt das Verbot einer verfassungswidrigen Partei dar, dessen Ausgestaltung in Art. 21 Abs. 2 GG sich bei näherem Zusehen allerdings als ein *Parteienprivileg* erweist. Die politischen Parteien sind nämlich im Vergleich zu sonstigen Vereinigungen in mehrfacher Hinsicht bevorzugt:

- Zunächst ist der *materielle Verbotstatbestand* enger als nach dem VereinsG. Verfassungswidrig ist eine Partei, wenn sie darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden (Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird mit der Wendung „darauf ausgehen“ eine „aktive kämpferische, aggressive Haltung“ verlangt; eine bloße Ablehnung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung genügt noch nicht.<sup>13</sup> Auch ist der Begriff der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ auf die obersten Verfassungswerte beschränkt, als welche insbesondere die Menschenrechte, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit aller Parteien, einschließlich der Opposition, betrachtet werden.<sup>14</sup> Demgegenüber ist der Tatbestand des Ver-

<sup>13</sup> BVerfGE 5, 85 (141).

<sup>14</sup> BVerfGE 2, 1 (13).

einigungsverbots erfüllt, wenn die Vereinigung den Strafgesetzen zuwiderläuft oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung<sup>15</sup> oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung gerichtet ist (Art. 9 Abs. 2 GG). Obwohl die Vokabeln „zuwiderlaufen“ und „gerichtet sein“ eine geringere Einstellungsintensität nahelegen als der Ausdruck „darauf ausgehen“, wird im Schrifttum eine ähnlich aggressiv-kämpferische Haltung verlangt wie beim Parteiverbot.<sup>16</sup> Folgt man dieser Interpretation, so liegt der Hauptunterschied zwischen den beiden Verbotstatbeständen in der Strafgesetzwidrigkeit, die freilich im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eng auszulegen ist.

- Entscheidender sind die *verfahrensrechtlichen Unterscheide*. Während ein Parteiverbot nur durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen werden kann, erfolgt das Vereinigungsverbot im Verwaltungsverfahren, wobei Verbotsbehörde - je nach Wirkungsbereich der Vereinigung - der Innenminister des Bundes oder des betroffenen Landes ist. Das Vereinigungsverbot ist sofort vollziehbar, aber es kann natürlich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren angefochten werden. Ein weiterer Unterschied betrifft die Einleitung des Verbotsverfahrens. Das Bundesverfassungsgericht wird nur auf Antrag tätig, wobei die Antragsbefugnis dem Bundestag, dem Bundesrat, der Bundesregierung und - falls sich die Organisation der Partei auf das Gebiet eines Landes beschränkt - der betroffenen Landesregierung zusteht (§ 43 BVerfGG). Es steht außer Zweifel, daß die Antragstellung eine politische Ermessensentscheidung darstellt. Damit ist die Möglichkeit eröffnet, die Aktivitäten verfassungswidriger Parteien zu tolerieren. Tatsächlich sind in der Geschichte der Bundesrepublik nur zwei Verbotsverfahren auf Antrag der Bundesregierung durchgeführt worden: 1952 wurde die rechtsextremistische Sozialistische Reichspartei (SRP)<sup>17</sup> und 1956 die Kommunistische Partei Deutschlands (KPD)<sup>18</sup> verboten. Demgegenüber ist es zweifelhaft, ob dem zuständigen Innenminister beim Vereinigungsverbot ein Ermessensspielraum zusteht. Obwohl nach dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 2 GG Vereinigungen, die den beschriebenen Verbotstatbestand erfüllen, automatisch verboten zu sein scheinen und § 3 VereinsG das Verbotsverfahren nur als ein im Interesse der Rechtssicherheit erforderliches Feststellungsverfahren auszugestalten scheint, geht die herrschende Meinung von der Geltung des Opportunitätsprinzips mit der Folge aus, daß verfassungswidrige Vereinigungen nicht unbedingt verboten werden müssen.<sup>19</sup> Dies mag rechtspolitisch zweckmäßig sein, mit dem Wortlaut des Grundgesetzes und des Vereinsgesetzes ist

<sup>15</sup> Der Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“ wird überwiegend als identisch mit der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ angesehen: *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I 1977, S. 184; *D. Merten* in: Handbuch des Staatsrechts (Anm. 6), Bd. VI 1989, § 144 Rn. 74; *E. Stein*, Staatsrecht, 10. Aufl. 1986, S. 130; *I. v. Münch* in: *I. v. Münch* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I 1975, Rn. 25 zu Art. 9; *D. Pirson* in: Bonner Kommentar, Rn. 68, 172 zu Art. 9 (1966). Demgegenüber weist *R. Scholz* in: *Th. Maunz - G. Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, Rn. 127 zu Art. 9 (1979) zu Recht darauf hin, daß zum Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“ zumindest auch der Bestand der Bundesrepublik Deutschland gerechnet werden müsse.

<sup>16</sup> *Stern* (Anm. 15), S. 184; *v. Münch* (Anm. 15), Rn. 26 zu Art. 9; *Scholz* (Anm. 15), Rn. 128 zu Art. 9.

<sup>17</sup> BVerfGE 2, 1.

<sup>18</sup> BVerfGE 5, 85.

<sup>19</sup> *W. Spiller*, Das Vereinsverbot nach geltendem Verfassungsrecht, Diss. Würzburg, 1968, S. 88 ff.; *v. Münch* (Anm. 15), Rn. 32 zu Art. 9; *Pirson* (Anm. 15), Rn. 81 zu Art. 9; *Scholz* (Anm. 15), Rn. 134 zu Art. 9.

diese Auffassung kaum zu vereinbaren. Dieser spricht eindeutig für das Legalitätsprinzip.<sup>20</sup> Auch auf dieser Basis verbleibt dem Innenminister ein gewisser Beurteilungsspielraum, da die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Vereinigungsverbots unbestimmte Rechtsbegriffe darstellen.

Das vom Bundesverfassungsgericht ausgesprochene Parteiverbot ist nach § 46 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG auf alle *Ersatzorganisationen* zu erstrecken und gilt – wegen der Rechtskraft der Entscheidung – für alle Ewigkeiten. Hinsichtlich der nach der Entscheidung gegründeten Ersatzorganisationen ist das Verbot vom zuständigen Innenminister durchzusetzen (§ 33 Abs. 3 ParteiG i. V. m. § 8 Abs. 2 VereinsG), dem insofern sicherlich kein Ermessensspielraum mehr zusteht.<sup>21</sup> Trotzdem haben alle Bundesinnenminister – gleich welcher politischer Couleur – das KPD-Urteil des Bundesverfassungsgerichts systematisch mißachtet, indem sie es unterlassen haben, die 1968 gegründete Deutsche Kommunistische Partei (DKP) zu verbieten, die unzweifelhaft eine verbotene Ersatzorganisation der KPD darstellt. Diese jahrzehntelang geflissentlich übersehene Verfassungswidrigkeit könnte sich nach der deutschen Wiedervereinigung vom 3. Oktober 1990 erneut als Problem stellen, und zwar im Hinblick auf die Partei des Demokratischen Sozialismus (PDS), in die sich die Sozialistische Einheitspartei Deutschlands (SED) zwischen Dezember 1989 und Februar 1990 schrittweise umbenannt hat. Die PDS ist somit identisch mit der SED, die ihrerseits aus der Zwangsvereinigung der KPD mit der Ost-SPD am 19./20. April 1946 hervorgegangen war. Die SED war folglich eine Nachfolgeorganisation der KPD. Nun ist es zwar richtig, daß sich die West-KPD, die vom Bundesverfassungsgericht am 17. August 1956 verboten wurde, am 3. Januar 1949 von der SED organisatorisch selbstständig hatte. Trotzdem ging der Bundesgerichtshof noch 1963 – in der Sache völlig zutreffend – davon aus, daß die SED insofern eine Ersatzorganisation der verbotenen KPD sei, als sie deren Tätigkeit in der Bundesrepublik mit ihrem West-Apparat übernommen habe.<sup>22</sup> Strenggenommen müßte also der amtierende Bundesinnenminister die PDS verbieten. Es steht freilich auf einem anderen Blatt, daß ein PDS-Verbot politisch nicht opportun wäre. Doch kann die Opportunität in einem Rechtsstaat keinen Rechtfertigungsgrund für Rechtsverletzungen abgeben. Eine juristisch saubere Lösung wäre nur auf dem Wege einer Gesetzesänderung zu erzielen, indem die starren Rechtsfolgen eines Parteiverbots gelockert werden. Insbesondere wäre es empfehlenswert, die Rechtskraft eines Verbotsurteils des Bundesverfassungsgerichts zeitlich zu begrenzen.

### b) Innere Freiheit

Die innere Parteienfreiheit bedeutet keine uneingeschränkte Organisationsautonomie, da ein Verfassungsgebot der *innerparteilichen Demokratie* besteht (Art. 21 Abs. 1 Satz 3 GG). Dieses Gebot findet seine innere Rechtfertigung in dem Postulat, daß politische Parteien, die an der demokratischen Willensbildung des Volkes und des Staates mitwirken, auch selbst demokratisch organisiert sein müßten. Inso-

<sup>20</sup> So zutreffend K. Doehring, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1984, S. 327.

<sup>21</sup> W. Henke, Das Verbot von Ersatzorganisationen verfassungswidriger Parteien, DÖV 1974, S. 793 ff. (798); Ph. Kunig in: Handbuch des Staatsrechts (Anm. 6), Bd. II 1987, § 33 Rn. 45.

<sup>22</sup> Urteil vom 2. 10. 1963 (NJW 1964, S. 58). Vgl. auch BGHSt 15, 167.

fern werden politische Parteien aus guten Gründen strenger in die Pflicht genommen als sonstige Vereine, die sich unter Berufung auf die Vereinigungsfreiheit auch „undemokratisch“ organisieren könnten, sofern sie nur den eher der Rechtssicherheit dienenden Mindestanforderungen des bürgerlichen Vereinsrechts entsprechen.<sup>23</sup> Das Verfassungsgebot der innerparteilichen Demokratie ist im ParteiG näher ausgestaltet,<sup>24</sup> dessen zwingende Vorgaben kurz aufgezählt werden sollen:

- Die Partei muß über eine vertikale Gliederung in Gebietsverbände verfügen (§ 7).
- Sowohl die Gesamtpartei als auch ihre Gebietsverbände müssen als notwendige Organe eine Vertreterversammlung (Parteitag) und einen mindestens aus drei Mitgliedern bestehenden Vorstand haben. Diese Organe müssen periodisch, mindestens alle zwei Jahre durch demokratische Wahlen erneuert werden. Ihnen dürfen auch Ex-officio-Mitglieder angehören, doch ist deren Zahl auf ein Fünftel der Gesamtzahl der Organmitglieder begrenzt (§§ 8, 9, 11, 13).
- Für die Willensbildung in den Parteiorganen gelten das Mehrheitsprinzip, die geheime Wahl von Vorstand und Vertreterversammlung und der Minderheitsschutz namentlich mit Blick auf das Antrags- und Erörterungsrecht (§ 15).
- Bestimmte Mitgliedsrechte sind unabdingbar, so z.B. das gleiche Stimmrecht, das sofortige Austrittsrecht und die Beschränkung des Parteiausschlusses auf gravierende Gründe (§ 10).
- Zur Schlichtung und Entscheidung innerparteilicher Streitigkeiten müssen zumindest bei der Gesamtpartei und den zweithöchsten Gebietsverbänden Schiedsgerichte gebildet werden, deren Mitglieder für höchstens vier Jahre zu wählen sind und nicht dem Vorstand angehören dürfen. Das Verfahren muß in einer Schiedsgerichtsordnung geregelt werden, die das rechtliche Gehör, ein gerechtes Verfahren und die Ablehnung wegen Befangenheit gewährleisten (§ 14).
- Die Aufstellung von Bewerbern für Wahlen zu Volksvertretungen muß in geheimer Abstimmung erfolgen (§ 17).

## 2. Gleichheit

Der Gleichheitsgrundsatz hat im Parteienrecht als *Chancengleichheit* eine spezifische Ausprägung erfahren. Die Chancengleichheit bezieht sich vor allem auf die Erfüllung der verfassungsmäßigen Aufgabe der Parteien, an der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken (Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG). Diese Aufgabe ist in § 1 Abs. 2 ParteiG exemplarisch in Teilfunktionen aufgeschlüsselt worden. Von größter Bedeutung ist natürlich die Beteiligung der Parteien an staatlichen und kommunalen Wahlen, in welchem Vorgang sich die parteienstaatliche Natur der modernen Demokratie vor allem äußert.

<sup>23</sup> So muß ein Verein jedenfalls eine Mitgliederversammlung und einen Vorstand haben, und die Mitgliederversammlung muß unter bestimmten Voraussetzungen einberufen werden (vgl. die zwingenden Vorschriften der §§ 26, 36, 37 BGB).

<sup>24</sup> Ausführlich hierzu: R. Wolfrum, Die innerparteiliche demokratische Ordnung nach dem Parteiengesetz, 1974, S. 80 ff.; H. Trautmann, Innerparteiliche Demokratie im Parteienstaat, 1975, S. 192 ff.

Deshalb ist es nicht verwunderlich, daß die umfangreiche Verfassungsjudikatur zur Chancengleichheit<sup>25</sup> in erster Linie diese Aktivität politischer Parteien betrifft. Ursprünglich wurde der Grundsatz der Chancengleichheit vom Bundesverfassungsgericht für den Wahlvorgang selbst entwickelt, doch im Laufe der Zeit ist er auf immer mehr Bereiche ausgedehnt worden, so namentlich auf die Wahlvorbereitung,<sup>26</sup> die Wahlkampfkostenerstattung,<sup>27</sup> den Wettbewerb um die Erlangung von Spenden<sup>28</sup> und schließlich auf die mittelbare staatliche Parteienfinanzierung durch die Abzugsfähigkeit von Spenden.<sup>29</sup> Besonderes Gewicht hat dabei das Bundesverfassungsgericht auf den Satz gelegt, daß die Chancengleichheit über das bloße Willkürverbot hinausgehe und grundsätzlich eine formale, schematische Gleichbehandlung verlange. Doch hat sich diese Konzeption nicht strikt durchhalten lassen. Im Interesse stabiler Regierungsverhältnisse, zur Verhinderung der Parteienzersplitterung und aus anderen zwingenden Gründen hat das Bundesverfassungsgericht gewisse Differenzierungen und eine maßvolle Abstufung nach der Bedeutung der einzelnen Parteien zugelassen.<sup>30</sup> Auf die Einzelheiten wird im Zusammenhang mit den Wahlen weiter unten einzugehen sein.

An dieser Stelle sei nur auf ein Problem aufmerksam gemacht. Es betrifft die *Wählervereinigungen* und Wählergruppen, die auf kommunaler Ebene eine nicht unbedeutende Rolle spielen. Diese sog. „Rathausparteien“, die sich ausschließlich an Kommunalwahlen beteiligen, sind nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 ParteiG keine politischen Parteien, da die Parteieigenschaft die Beteiligung an Landtags- oder Bundestagswahlen voraussetzt. Folglich kommen den Wählervereinigungen die Privilegien der politischen Parteien nicht zugute. Der Sinn dieser gesetzlichen Unterscheidung mag nicht ohne weiteres nachvollziehbar sein, und im Schrifttum wird teilweise sogar ihre Verfassungsmäßigkeit angezweifelt.<sup>31</sup> Das Bundesverfassungsgericht ist unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit um eine Abschwächung der gesetzlichen Unterscheidung bemüht und hat jedenfalls für den kommunalen Bereich zunehmend eine grundsätzliche Gleichstellung der Wählervereinigungen mit den politischen Parteien verlangt.<sup>32</sup>

### 3. Öffentlichkeit

Mit dem Merkmal der „Öffentlichkeit“ soll zum Ausdruck gebracht werden, daß die politischen Parteien einen *singulären verfassungsrechtlichen Status* haben, der in Art. 21 GG begründet und im Parteiengesetz näher ausgestaltet ist. Wie wir bereits gesehen haben, ist es in der Tat so, daß für sie das öffentliche Vereinsrecht (VereinsG) überhaupt nicht und das bürgerliche Vereinsrecht des BGB nur mit gewissen

<sup>25</sup> Sie ist bis 1973 umfassend aufgearbeitet bei *H.-R. Lipphardt*, Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt, 1975, S. 163 ff.

<sup>26</sup> BVerfGE 8, 51 (64 f.); 14, 121 (132 f.); 47, 198 (225).

<sup>27</sup> BVerfGE 20, 56 (116); 24, 300 (339 f.); 41, 399 (413).

<sup>28</sup> BVerfGE 6, 273 (280); 8, 51 (64 f.); 20, 56 (116); 52, 63 (89); 73, 40 (89).

<sup>29</sup> BVerfGE 8, 51 (62 f.); 24, 300 (357 f.); 52, 63 (84); 73, 40 (89).

<sup>30</sup> BVerfGE 13, 204 (205); 14, 121 (134); 20, 56 (118); 24, 300 (345).

<sup>31</sup> *I. v. Münch* in: v. Münch (Anm. 15), Bd. 2 1976, Rn. 10 zu Art. 21; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 1990, S. 67 (Rn. 168); *Kunig* (Anm. 21), § 33, Rn. 52.

<sup>32</sup> BVerfGE 11, 266 (274 f., 276); 11, 351 (361); 12, 10 (25); 13, 1 (16).

Einschränkungen (§ 37 ParteiG) gilt. Aus diesem Grunde werden die politischen Parteien vom Bundesverfassungsgericht als „Verfassungsorgane“, nicht aber als „Staatsorgane“ angesehen. Dieser Qualifikation liegt die auf G. Leibholz zurückgehende<sup>33</sup> und von K. Hesse moderierte,<sup>34</sup> in ihren einzelnen Konsequenzen nicht ganz unproblematische Auffassung zugrunde, die Parteien seien an der Nahtstelle zwischen Gesellschaft und Staat angesiedelt, sie wurzelten im Bereich des Nicht-Staatlichen, wirkten aber in den Bereich der organisierten Staatlichkeit hinein. Als eine derartige Einwirkung in die Staatssphäre wird vor allem die Beteiligung an Wahlen angesehen. Praktische Konsequenzen haben sich aus dieser Konzeption vor allem auf dem Gebiet der Verfassungsrechtsprechung zur Zulässigkeit der staatlichen Parteienfinanzierung ergeben, auf die gleich einzugehen sein wird. Hier sei nur auf eine verfassungsprozessuale Folgeerscheinung hingewiesen. Sie besteht darin, daß die politischen Parteien als Verfassungsorgane ihre Rechte im Organstreit geltend machen können, d.h. im Organstreit beteiligtenfähig sind. Dies gilt aber nur, soweit sie ihre verfassungsmäßigen Aufgaben erfüllen, was namentlich für den Sachbereich der Wahlen im weitesten Sinne und die staatliche Parteienfinanzierung angenommen wird. Im übrigen haben sie wie „jedermann“ die Möglichkeit, eine Verletzung ihrer grundrechtlich geschützten Position mit der Verfassungsbeschwerde zu rügen. Diese Verfahrensart spielt in der Praxis vor allem dann eine Rolle, wenn es um Leistungszuwendungen durch öffentliche Verwaltungsträger geht.

### III.

#### *Politische Parteien und Wahlen*

Um generelle Aussagen über die Stellung der politischen Parteien im Wahlvorgang machen zu können, müssen zunächst die Einzelregelungen betrachtet werden. Dies soll im folgenden geschehen, und zwar dergestalt, daß der Wahlvorgang vom Ergebnis her bis zur Quelle hin zurückverfolgt wird. Das einschlägige Normenmaterial ist recht vielgestaltig, da die Wahlgesetzgebung bezüglich der Landesparlamente und der kommunalen Vertretungskörperschaften zur Zuständigkeit der Länder gehört, deren Zahl sich nach dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik am 3. Oktober 1990 von 11 auf 16 erhöht hat. Neben dem Bundeswahlgesetz (BWahlG)<sup>35</sup> sind also im

<sup>33</sup> Etwa G. Leibholz, Volk und Partei im neuen deutschen Verfassungsrecht, DVBl. 1950, S. 194 ff.; abgedruckt auch in: G. Leibholz, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl. 1967, S. 71 ff.

<sup>34</sup> K. Hesse, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17 (1959), S. 11 ff.

<sup>35</sup> Bundeswahlgesetz vom 7.5.1956 (BGBl. I S. 383) i.d.F. der Bekanntmachung vom 21.9.1990 (BGBl. I S. 2059) mit Änderung vom 19.10.1990 (BGBl. I S. 2218).

Prinzip je 16 Landes- (LWahlG)<sup>36</sup> und Kommunalwahlgesetze (KWahlG)<sup>37</sup> zu berücksichtigen. In den fünf neuen Bundesländern gilt allerdings vorerst noch das von der Volkskammer der DDR verabschiedete Länderwahlgesetz,<sup>38</sup> und ein Kommunalwahlrecht muß erst durch die am 14. Oktober 1990 gewählten Landtage geschaffen werden.<sup>39</sup> Im wiedervereinigten Land Berlin wurde für die am 2. Dezember 1990 – gleichzeitig mit den Bundestagswahlen – stattgefundenen Wahlen das Westberliner Wahlgesetz mit einigen Änderungen auf Ostberlin erstreckt.<sup>40</sup>

### 1. Mandatszuteilung

Das *Wahlssystem*, nach dem die abgegebenen Wählerstimmen in Mandate umgesetzt werden, ist durchweg die *Verhältnismahl* und folglich auf politische Parteien ausgelegt. Denn bei einer Listenwahl ist die (partei)politische Präferenz und nicht die Persönlichkeit des einzelnen Wahlbewerbers für die Wählerentscheidung ausschlaggebend. Es ist zwar richtig, daß die reine Verhältniswahl nur in wenigen und zudem kleineren Ländern maßgebend ist<sup>41</sup> und im übrigen die sog. „personalisierte“ Verhältniswahl vorherrscht, bei der der Wähler zwei Stimmen hat, um mit der Erststimme einen Direktkandidaten und mit der Zweitstimme eine Liste zu wählen. Aber die Verteilung aller Mandate erfolgt nach den Zweitstimmen auf politische Parteien, und die Erststimme hat in aller Regel – von den wenigen „Überhangmandaten“ abgesehen – nur die Bedeutung, mindestens die Hälfte der Personen namhaft zu machen,

<sup>36</sup> In den zehn alten Bundesländern gelten zur Zeit folgende Landeswahlgesetze: *Baden-Württemberg*: LWahlG vom 2. 5. 1955 i.d.F. vom 6. 9. 1983; *Bayern*: LWahlG vom 29. 3. 1949 i.d.F. vom 25. 11. 1988; *Bremen*: Bremisches WahlG vom 22. 5. 1955 i.d.F. vom 21. 4. 1983; *Hamburg*: Gesetz über die Wahl zur Hamburgischen Bürgerschaft vom 23. 3. 1971 i.d.F. vom 22. 7. 1986; *Hessen*: LWahlG vom 18. 9. 1950 i.d.F. vom 3. 11. 1982; *Niedersachsen*: LWahlG vom 31. 3. 1947 i.d.F. vom 28. 10. 1988; *Nordrhein-Westfalen*: LWahlG i.d.F. vom 6. 3. 1979; *Rheinland-Pfalz*: LWahlG vom 7. 12. 1950 i.d.F. vom 1. 9. 1982; *Saarland*: LWahlG Nr. 1232 vom 19. 10. 1988; *Schleswig-Holstein*: LWahlG vom 27. 2. 1950 i.d.F. vom 30. 5. 1985.

<sup>37</sup> In den acht alten Flächenstaaten gelten zur Zeit folgende Kommunalwahlgesetze: *Baden-Württemberg*: KWahlG i.d.F. vom 1. 9. 1983; *Bayern*: GemeindevahlG i.d.F. vom 17. 9. 1989; *Hessen*: KWahlG i.d.F. vom 1. 3. 1981; *Niedersachsen*: KWahlG i.d.F. vom 28. 10. 1988; *Nordrhein-Westfalen*: KWahlG i.d.F. vom 8. 1. 1979; *Rheinland-Pfalz*: KWahlG i.d.F. vom 7. 9. 1982; *Saarland*: KWahlG Nr. 984 vom 13. 12. 1973 i.d.F. vom 3. 12. 1988; *Schleswig-Holstein*: KWahlG i.d.F. vom 31. 5. 1985. In den Stadtstaaten, die zugleich Länder und Gemeinden sind, gibt es keine besonderen Kommunalwahlgesetze. Im Land Bremen gilt für die Wahl der Stadtverordnetenversammlung Bremerhaven das in Anm. 36 genannte Bremische WahlG.

<sup>38</sup> In den neuen Ländern *Brandenburg*, *Mecklenburg-Vorpommern*, *Sachsen*, *Sachsen-Anhalt* und *Thüringen* gilt somit das Gesetz über die Wahlen zu Landtagen in der DDR (Länderwahlgesetz – LWG) vom 22. 7. 1990 (GBl. I S. 960) bis zu seiner Ablösung durch neue Landesgesetze fort.

<sup>39</sup> Das Gesetz über die Wahlen zu Kreistagen, Stadtverordnetenversammlungen, Stadtbezirksversammlungen und Gemeindevertretungen am 6. Mai 1990 vom 6. 3. 1990 (GBl. I S. 99) ist von der Volkskammer der DDR nur für die Kommunalwahlen vom 6. Mai 1990 geschaffen worden.

<sup>40</sup> Gesetz über die Wahlen zum Abgeordnetenhaus und zu den Bezirksverordnetenversammlungen (Landeswahlgesetz) vom 25. 9. 1987 (GVBl. S. 2370) mit Änderungsgesetz v. 3. 9. 1990 (GVBl. S. 1881).

<sup>41</sup> So bei den Landtagswahlen in Bremen, Hamburg, Rheinland-Pfalz und im Saarland.

die die Mandate der einzelnen politischen Parteien wahrnehmen.<sup>42</sup> Insofern ist die relative Mehrheitswahl, mit der der Direktkandidat bestimmt wird, für die politische Zusammensetzung des Bundestages und der Länderparlamente von gänzlich untergeordneter Bedeutung. Ein stärkeres Gewicht pflegt das personale Element bei den Kommunalwahlen zu erhalten, wo vielfach auch ein Kumulieren und gar Panaschieren möglich ist, so daß der Wähler seine persönlichen Präferenzen im Rahmen seiner parteipolitischen Präferenz oder gar über die Parteigrenzen hinweg zur Geltung bringen kann. Wie die Erfahrungen zeigen, ist diese Differenzierung zwischen den einzelnen Wahlebenen sachgerecht, da in der überschaubaren und durch engeren Sozialkontakt gekennzeichneten Ordnung einer Gemeinde die Persönlichkeit des Kandidaten für den Wähler nicht selten wichtiger ist als dessen Parteizugehörigkeit. Auf Landes- und Bundesebene hingegen entscheidet sich der Bürger in erster Linie zwischen politischen Parteien.

Im Interesse stabiler Mehrheitsverhältnisse oder – spiegelbildlich ausgedrückt – zur Verhinderung der Parteienzersplitterung hat sich im deutschen Wahlrecht nach 1945 die 5-%-Sperrklausel eingebürgert, die die größeren Parteien naturgemäß begünstigt. Sie gilt heute in Bund und Ländern ausnahmslos, bei Kommunalwahlen ganz überwiegend.<sup>43</sup> Sie ist zwar im Grundgesetz nicht erwähnt und auch in den meisten Landesverfassungen nicht zwingend vorgesehen,<sup>44</sup> aber der Gesetzgeber hat sie überall eingeführt. Ihre Verfassungsmäßigkeit war schon in der Frühzeit der Bundesrepublik Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen, aber das Bundesverfassungsgericht hat unter Hinweis auf den Schutz der Funktionsfähigkeit der Volksvertretungen aller Ebenen – Gemeinderäte,<sup>45</sup> Landesparlamente,<sup>46</sup> Bundestag<sup>47</sup> und später Europäisches Parlament<sup>48</sup> – diese Sicherheitsvorkehrung ebenso frühzeitig und eindeutig mit dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien für vereinbar

<sup>42</sup> Im Bund, in Hessen und in den fünf neuen Bundesländern wird auf den ersten Blick die Hälfte der Abgeordneten in Einzelwahlkreisen nach der relativen Mehrheitswahl und die andere Hälfte nach Listen in reiner Verhältniswahl gewählt. In Baden-Württemberg (70 von 120), Bayern (105 von 204 mit gewissen Besonderheiten), Berlin (120 von 200), Niedersachsen (100 von 155), Nordrhein-Westfalen (151 von 201) und Schleswig-Holstein (44 von 74) wird sogar mehr als die Hälfte der Abgeordneten in Einzelwahlkreisen gewählt. Indes werden alle Mandate zunächst auf die Listen verteilt. Dann wird von der für die jeweilige Liste ermittelten Abgeordnetenzahl die Zahl der von dieser Partei erzielten Direktmandate abgerechnet. Die restlichen Mandate werden aus der Liste in der dort festgelegten Reihenfolge besetzt. Für die im einzelnen recht komplizierte Regelung ist § 6 BWahlG repräsentativ.

<sup>43</sup> Nur des Kommunalwahlrecht von Bayern. Baden-Württemberg und Niedersachsen kennt keine Sperrklausel. In der DDR wurden die Volkskammerwahl vom 18. März 1990 und die Kommunalwahlen vom 6. Mai 1990 ohne Sperrklausel durchgeführt. Für die Landtagswahlen vom 14. Oktober 1990 ist hingegen bereits die 5-%-Sperrklausel eingeführt worden.

<sup>44</sup> Zwingend ist die 5-%-Sperrklausel nur in den Verfassungen von Bayern (Art. 14 Abs. 2), Berlin (Art. 26 Abs. 2) und Bremen (Art. 75 Abs. 3) vorgesehen. In anderen Landesverfassungen ist ihre Einführung fakultativ dem Gesetzgeber überlassen: Baden-Württemberg (Art. 28 Abs. 3), Hessen (Art. 75 Abs. 3), Niedersachsen (Art. 4 Abs. 3 – sogar bis 10%) und Rheinland-Pfalz (Art. 80 Abs. 4). Die Verfassungen von Hamburg, Nordrhein-Westfalen, dem Saarland und Schleswig-Holstein enthalten – ebenso wie das Grundgesetz – keine Aussage.

<sup>45</sup> BVerfGE 6, 104; 6, 121 (130).

<sup>46</sup> BVerfGE 1, 208; 4, 375.

<sup>47</sup> BVerfGE 6, 84.

<sup>48</sup> BVerfGF 51, 222.

erklärt. Die Lehre hat an der Begründung dieser Rechtsprechung gelegentlich Kritik geübt,<sup>49</sup> aber ihre Richtigkeit im Ergebnis kaum ernsthaft angezweifelt. Vornehmlich die parlamentarische Etablierung der Grünen in den 80er Jahren hat auch gezeigt, daß die Sperrklausel die etablierten Parteien nicht dauerhaft vor Konkurrenz zu schützen vermag, sofern eine neue politische Strömung in einer nennenswerten Minderheit der Bevölkerung Fuß fassen kann. Der jüngste Erfolg, den die unheilige Allianz aus Republikanern, Grünen und Linker Liste/PDS beim Bundesverfassungsgericht erzielen konnte, hat den gewachsenen Verfassungskonsens hinsichtlich der Sperrklausel nicht erschüttert. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar in bezug auf die ersten gesamtdeutschen Bundestagswahlen die einheitliche Anwendung der 5-%-Sperrklausel im ganzen Wahlgebiet für verfassungswidrig erklärt und damit den Gesetzgeber in zeitliche Schwierigkeiten gebracht.<sup>50</sup> Aber das Urteil stellt ausdrücklich auf die „besonderen, so nicht wiederkehrenden Umstände“ ab, unter denen die Wahlen bereits zwei Monate nach der Wiedervereinigung stattfinden sollten. Diese Zeitspanne ist namentlich für die in der DDR erst wenige Monate zuvor entstandenen politischen Parteien als zu kurz erachtet worden, als daß sie sich auf ein wesentlich größeres Wahlgebiet hätten einstellen können. Es ist errechnet worden, daß die Beibehaltung der einheitlichen 5-%-Klausel dazu geführt hätte, daß die in der DDR entstandenen Parteien in ihrem ursprünglichen Wirkungsbereich 23,75% der Zweitstimmen hätten erzielen müssen, um die Sperrklausel zu überwinden, während die westdeutschen Parteien auf dem Gebiet der alten Bundesrepublik nur etwas über 6% der Zweitstimmen für den gleichen Erfolg benötigt hätten. So ist es dann für die Anwendung der Sperrklausel zu einer Zweiteilung des Wahlgebiets gekommen: In den am 2. Dezember 1990 gewählten Bundestag konnten Parteien einziehen, die entweder in der alten Bundesrepublik oder in der früheren DDR mindestens 5% der im jeweiligen Gebiet abgegebenen Zweitstimmen erhalten haben. Es kann mit Sicherheit davon ausgegangen werden, daß bei den nächsten Bundestagswahlen die Sperrklausel wieder einheitlich im ganzen Wahlgebiet gelten wird, da bis dahin „normale“ Verhältnisse eingekehrt sein werden.

Von der Sperrklausel gibt es zwei *traditionelle Ausnahmen* geringerer Bedeutung. Die erste ist die sog. „*Grundmandatsklausel*“, die auf Bundesebene besagt, daß eine Partei, die die 5-%-Hürde nicht zu überspringen vermag, zur Mandatsverteilung auch dann zugelassen wird, wenn sie drei Direktmandate erzielt (§ 6 Abs. 6 Satz 1 BWahlG). Diese Regelung ist auch in das Landeswahlrecht der früheren DDR übernommen worden (§ 7 Abs. 6 Satz 1 LWahlG-DDR), während von den alten Bundesländern nur Berlin (Art. 26 Abs. 2 Verf., § 18 LWahlG) und Schleswig-Holstein (§ 3 Abs. 1 Satz 1 LWahlG) eine auf ein einziges Direktmandat bezogene Grundmandatsklausel kennen. Die Verfassungsmäßigkeit der Grundmandatsklausel, die Parteien mit ausgeprägt regionalen Schwerpunkten begünstigt, wird im Schrifttum überwiegend angezweifelt.<sup>51</sup> Eine verfassungsgerichtliche Entscheidung ist zu ihr nicht ergangen, und eine praktische Bedeutung kommt ihr seit Anfang der 60er Jahre nicht

<sup>49</sup> So z.B. H. Meyer (Anm. 6), § 38, Rn. 26 ff.

<sup>50</sup> Urteil vom 29.9.1990 (NJW 1990, S. 3001).

<sup>51</sup> Vgl. H. Meyer (Anm. 6), § 38, Rn. 30 mit weiteren Hinweisen in Fn. 113.

mehr zu.<sup>52</sup> Die zweite Ausnahme betrifft *Parteien nationaler Minderheiten*, die nach § 6 Abs. 6 Satz 2 BWahlG von der Sperrklausel befreit sind. Da es in Deutschland keine im Bundesmaßstab beachtlichen Minderheiten gibt, hat diese Bestimmung auf Bundesebene auch keine Rolle gespielt. Bis zur Wiedervereinigung war die dänische Minderheit in Schleswig-Holstein die einzige nennenswerte Minderheit, deren Privilegierung durch eine entsprechende Freistellungsklausel in § 3 Abs. 1 Satz 2 des LWahlG Schl-H dem Südschleswigschen Wählerverband (SSW) kontinuierlich zu einem Sitz im Kieler Landtag verholfen hat.<sup>53</sup> Nach der Wiedervereinigung mag die vergleichbare Regelung in § 7 Abs. 6 Satz 2 LWahlG-DDR für die sorbische Minderheit in Sachsen – weniger in Brandenburg – eine ähnliche Bedeutung erlangen. Die ersten freien Landtagswahlen vom Oktober 1990 haben allerdings noch keine Anzeichen hierfür geliefert.

Für die Verteilung der Mandate auf die einzelnen Listen wurde lange Zeit fast ausschließlich das *d'Hondt'sche* Höchstzahlverfahren verwandt, das die großen Parteien leicht begünstigt. Aus diesem Grunde wurde es seit den 70er Jahren zunehmend kritisiert und im Landes- und Kommunalwahlrecht vom Verrechnungsverfahren *Hare-Niemeyer* verdrängt, das eine genauere Proportionalität gewährleistet und die kleinsten Parteien eher bevorzugt. Ins BWahlG wurde diese Methode durch Änderungsgesetz vom 8.3.1985 (BGBl. I S. 521) eingeführt und kam erstmals bei den Bundestagswahlen von 1987 zur Anwendung. Inzwischen scheint allerdings der Siegeszug der Hare-Niemeyer-Methode wieder gebremst zu sein und eine Rückbesinnung auf die – letztlich freilich marginalen – stabilitätsfördernden Vorzüge des *d'Hondt'schen* Verfahrens einzusetzen.

## 2. Wahlvorschlagsrecht

Die politischen Parteien haben bei der Aufstellung von Kandidaten *kein Nominierungsmonopol*. Dies wäre im Hinblick auf das in Art. 38 Abs. 2 GG als Grundrecht garantierte passive Wahlrecht auch nicht zulässig, das jedem Volljährigen die Chance verbürgt, zum Abgeordneten gewählt zu werden. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage nur auf der Ebene des Kommunalwahlrechts beschäftigt, und es hat hier ein Nominierungsmonopol politischer Parteien wegen Verstoßes gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG) für verfassungswidrig erklärt.<sup>54</sup> So hat es auch bei Bundestags- und Landtagswahlen immer wieder Einzelbewerbungen gegeben, doch hat unter den Bedingungen des Parteienstaates ein unabhängiger

<sup>52</sup> Sieht man von der ersten Bundestagswahl im Jahre 1949 ab, bei der die Sperrklausel auf das Gebiet der einzelnen Länder bezogen war, so schaffte die Deutsche Partei 1953 (3,2%) und 1957 (2,8%) mit Hilfe der Grundmandatsklausel – und der Unterstützung durch die CDU – den Einzug in den Bundestag. Bei den Bundestagswahlen 1953, als sogar noch ein Direktmandat genügte, kam auch das Zentrum auf diese Weise zu einer parlamentarischen Vertretung.

<sup>53</sup> Ursprünglich galt in Schleswig-Holstein die 5%-Klausel, an der der SSW erstmals bei den Landtagswahlen 1954 scheiterte, allgemein. Ihre Aufhebung für den SSW erfolgte durch ein Gesetz vom 23.5.1955, nachdem es am 28.3.1955 durch ein deutsch-dänisches Protokoll und die Bonn-Kopenhagener Erklärungen zu einem Ausgleich in der Frage der dänischen Minderheit gekommen war. Auf dieser Grundlage hat der SSW 1958 zwei und seit 1962 immer einen Abgeordneten in den Landtag entsenden können, obwohl sein sinkender Stimmanteil sich seit Anfang der 70er Jahre um 1,5% eingependelt hat.

<sup>54</sup> BVerfGE 11, 266.

Kandidat praktisch keine Chance. Allein bei den Wahlen zum ersten Bundestag im Jahre 1949 ist es drei und bei den Bürgerschaftswahlen in Bremen im Jahre 1951 vier parteilosen Bewerbern gelungen, ein Abgeordnetenmandat zu erringen. Die gesetzliche Ausgestaltung des Wahlvorschlagsrechts ist ebenfalls in erster Linie an Parteivorschläge orientiert, obwohl sich um Direktmandate in den Wahlkreisen auch Einzelkandidaten bewerben können. Darüber hinaus zeichnen sich die gesetzlichen Regelungen dadurch aus, daß nicht nur die Parteien gegenüber Einzelbewerbern, sondern auch die etablierten gegenüber den nicht-etablierten Parteien bevorzugt werden. „Etabliert“ bedeutet in diesem Zusammenhang, daß eine Partei bereits in einem Parlament vertreten ist.

Die Privilegierung der etablierten Parteien bei der Einreichung von Wahlvorschlägen macht sich normalerweise in zweierlei Hinsicht bemerkbar. Erstens gilt für sie nicht das Erfordernis der *Beteiligungsanzeige*, die nicht-etablierte Parteien noch vor Einreichung der Wahlvorschläge beim Wahlleiter zu erstatten haben. Letztere haben der Beteiligungsanzeige ihre Satzung, ihr Programm sowie einen Nachweis über die satzungsmäßige Bestellung ihres Vorstandes beizufügen, und anhand dieser Unterlagen wird geprüft, ob sie über die Eigenschaften einer politischen Partei im Rechtsinne verfügen. Zweitens benötigen die nicht-etablierten Parteien und die Einzelbewerber für die Wahlvorschläge ein *Unterschriftenquorum*.

Bei *Bundestagswahlen* gelten als etabliert diejenigen Parteien, die im Bundestag oder in einem Landtag seit deren letzter Wahl ununterbrochen mit mindestens fünf Abgeordneten vertreten waren (§ 18 Abs. 2 Satz 1 BWahlG).<sup>55</sup> Ist dies nicht der Fall, so müssen sie ihre Beteiligung spätestens 90 Tage vor dem Wahltag dem Bundeswahlleiter anzeigen, und der Bundeswahlausschuß stellt spätestens am 72. Tag vor dem Wahltag fest, ob sie als Parteien anzuerkennen sind (§ 18 Abs. 4 BWahlG).<sup>56</sup> Die Wahlvorschläge selbst müssen spätestens am 66. Tag vor dem Wahltag eingereicht sein (§ 19 BWahlG).<sup>57</sup> Die Wahlvorschläge sind entweder Landeslisten (für die Zweitstimme) oder Kreiswahlvorschläge (Direktkandidaten für die Erststimme). Landeslisten können nur politische Parteien einreichen, wobei die nicht-etablierten Parteien ein Unterschriftenquorum in Höhe von 0,1% der Wahlberechtigten des jeweiligen Landes bei der letzten Bundestagswahl, höchstens jedoch 2.000 Unterschriften benötigen (§ 27 Abs. 1 Satz 2 BWahlG).<sup>58</sup> Das Recht, Kreiswahlvorschläge einzureichen,

<sup>55</sup> Nach der Übergangsregelung des § 53 Abs. 4 BWahlG wurde dieses Erfordernis für die erste gesamtdeutsche Wahl am 2. Dezember 1990 auf die Vertretung durch einen Abgeordneten herabgesetzt, wobei auch die Vertretung in der letzten Volkskammer der DDR genügte.

<sup>56</sup> Für die ersten gesamtdeutschen Bundestagswahlen am 2. Dezember 1990 wurden diese Fristen auf 47 bzw. 37 Tage abgekürzt.

<sup>57</sup> Auch diese Frist wurde für die erste gesamtdeutsche Bundestagswahl auf 34 Tage abgekürzt.

<sup>58</sup> Wegen der unterschiedlichen Größe der Länder könnte die uneingeschränkte Prozentregel zu unververtretbaren Verzerrungen führen. Legt man die Zahl der Wahlberechtigten bei der Bundestagswahl 1987 zugrunde, so wären für eine Landesliste in Bremen nur 522, in Nordrhein-Westfalen hingegen 12.827 Unterschriften erforderlich. Wegen der unterschiedlichen Ausgangsbedingungen in den beiden Wahlgebieten des wiedervereinigten Deutschland hat übrigens das Bundesverfassungsgericht durch Einstweilige Anordnung vom 17. 10. 1990 (NJW 1990, S. 3005) für die Bundestagswahlen 1990 alle registrierten Parteien und politischen Vereinigungen in den Ländern der früheren DDR sowie diejenigen Parteien der westdeutschen Länder, die bei der Bundestagswahl 1987 mindestens 75.000 Zweitstimmen erhielten, vom Unterschriftenquorum befreit.

steht demgegenüber nicht nur Parteien, sondern auch 200 Wahlberechtigten zu (§ 18 Abs. 1 i.V.m. § 20 Abs. 3 BWahlG). Das gleiche Unterschriftenquorum von 200 Wahlberechtigten wird auch von den Kreiswahlvorschlägen nicht-etablierter Parteien verlangt (§ 20 Abs. 2 Satz 2 BWahlG).<sup>59</sup>

Bei *Landtagswahlen* gelten mit geringfügigen Variationen ähnliche Regelungen. Zu beachten ist, daß in vielen Ländern auch Wählergruppen oder Wählervereinigungen unter den gleichen Bedingungen vorschlagsberechtigt sind wie politische Parteien.<sup>60</sup> Die im einzelnen etwas unterschiedlich definierten „etablierten“ Wählergruppen sind also von den Erfordernissen der Beteiligungsanzeige und des Unterschriftenquorums ebenfalls befreit. In einigen Ländern sind keine Einzelbewerber zugelassen,<sup>61</sup> was auf den ersten Blick befremdlich erscheint. Bei näherem Zusehen schwindet aber der ungute Eindruck, weil es sich durchweg um Länder handelt, in denen auch Wählergruppen vorschlagsberechtigt sind. Folglich können auch in diesen Ländern parteilose Bewerber kandidieren, nur müssen sie eine Wählergruppe organisieren können, welches Erfordernis sich in der Sache nur wenig von einem Unterschriftenquorum unterscheidet.

Bei *Kommunalwahlen* sind die Besonderheiten zahlreicher, aber die Grundsätze der Privilegierung sind die gleichen. Das Vorschlagsrecht der Wählergruppen und Wählervereinigungen ist hier eine allgemeine Erscheinung. Ihre Gleichbehandlung mit den politischen Parteien ist zwingend. Aus diesem Grunde hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß für den Fall, daß das Kommunalwahlrecht die etablierten politischen Parteien vom Unterschriftenquorum befreit oder von diesen eine geringere Zahl von Unterschriften verlangt, die gleiche Vergünstigung auch den etablierten Wählergruppen eingeräumt werden muß.<sup>62</sup> Eine besondere Beteiligungsanzeige ist bei Kommunalwahlen nicht erforderlich. Die nicht-etablierten Parteien und Wählergruppen reichen die üblichen Unterlagen (Satzung, Programm, Nachweis über demokratische Wahl des Vorstandes) zusammen mit dem Wahlvorschlag ein. Eine Einzelbewerbung ist in den meisten Kommunalwahlgesetzen nicht vorgesehen,<sup>63</sup> so daß ein parteiloser Kandidat in der Regel auf den Weg über eine Wählergruppe verwiesen ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsmäßigkeit des Unterschriftenquorums in ständiger Rechtsprechung anerkannt, soweit es eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung und keine Beeinträchtigung des Grundsatzes der Chancengleichheit darstellt, und zwar für die Bundes-,<sup>64</sup> die Landes-<sup>65</sup> und die kommunale Ebene<sup>66</sup> gleichermaßen. Die sachliche Rechtfertigung hat es in der Überlegung er-

<sup>59</sup> Auch hier galt bei den ersten gesamtdeutschen Bundestagswahlen 1990 die in Anm. 58 genannte Befreiung vom Unterschriftenquorum.

<sup>60</sup> So in Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, im Saarland sowie in allen Ländern der früheren DDR, wo die aus der friedlichen Revolution hervorgegangenen „politischen Vereinigungen“ praktisch die gleiche Funktion erfüllen.

<sup>61</sup> So in Bayern, Bremen, Rheinland-Pfalz und im Saarland.

<sup>62</sup> BVerfGE 12, 10 (26 ff.).

<sup>63</sup> Ausnahmen sind Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein.

<sup>64</sup> BVerfGE 3, 19 ff.; 5, 77 (81 f.); 6, 84 (98 f.).

<sup>65</sup> BVerfGE 3, 383 ff.; 4, 375 (381 ff.); 12, 132 (133 f.).

<sup>66</sup> BVerfGE 6, 121 ff.; 12, 135 (137).

blickt, daß Wahlvorschläge ernsthaft sein müßten und eine Vermutung für ihre Ernsthaftigkeit dann bestünde, wenn eine gewisse Zahl von Bürgern sie unterstütze. Wo die Grenze zur unzulässigen Beeinträchtigung der Chancengleichheit verläuft, ist freilich schwer zu sagen. Die Verfassungsjudikatur markiert die Obergrenze bei etwa 0,25% der im jeweiligen Wahlkreis Wahlberechtigten.

### 3. Aufstellung von Parteibewerbern und Parteilisten

Da in einem Parteienstaat die Parteien die Kandidaten bestimmen und der Wähler höchstens eine Auswahl unter den ihm angebotenen Personen treffen kann, besteht ein legitimes Interesse daran, daß sich das parteiinterne Auswahlverfahren nach demokratischen Grundsätzen vollzieht. Die darüber hinausgehende Möglichkeit, das Nominierungsverfahren – etwa nach dem Vorbild der amerikanischen „primaries“ – durch Einbeziehung der Wähler zu demokratisieren, ist nach 1968 zeitweise erwogen,<sup>67</sup> schließlich aber verworfen worden. Das Parteiengesetz schreibt in § 17 für die parteiinterne Kandidatenauslese nur die geheime Wahl vor und überläßt die Regelung ansonsten der Wahlgesetzgebung und dem Satzungsrecht der Parteien. Die Wahlgesetze des Bundes und der Länder enthalten dann die entscheidenden Regelungen zur Durchsetzung des Demokratieprinzips.

Diese machen die Aufstellung von Parteibewerbern als *Direktkandidaten* (Kreiswahlvorschlag) im allgemeinen von folgenden Voraussetzungen abhängig:<sup>68</sup>

- Der Parteibewerber muß in einer Mitglieder- oder Vertreterversammlung der im Wahlkreis wahlberechtigten Parteimitglieder in geheimer Abstimmung gewählt werden.
- Sofern für die Wahl nach der Parteisatzung eine Vertreterversammlung zuständig ist, so müssen die Vertreter auf Mitgliederversammlungen der unteren Parteiorganisationen ebenfalls geheim gewählt werden.
- In den meisten Wahlgesetzen sind für die Wahl der Vertreterversammlungen wie der Parteibewerber bestimmte Fristen vorgesehen, die sicherstellen sollen, daß zwischen den Parlamentswahlen und der Bestellung der Kandidaten nicht allzuviel Zeit verstreicht und die Person des Parteibewerbers folglich eine relativ „aktuelle“ Präferenz des Parteivolkes widerspiegelt.<sup>69</sup>
- Im Bund und in drei Ländern<sup>70</sup> kann der Landesvorstand der Partei gegen den Nominierungsbeschluß der Mitglieder- oder Vertreterversammlung Einspruch erhe-

<sup>67</sup> U. Müller-Wigley, *Primary-Wahlen in der Bundesrepublik?*, Politische Studien 1971, S. 337 ff.; Wolfrum (Anm. 24), S. 186 ff.

<sup>68</sup> Bei den Parlamentswahlen in Bremen, Hamburg, Rheinland-Pfalz und im Saarland gibt es keine Direktkandidaten.

<sup>69</sup> Keine Fristen enthalten die Landeswahlgesetze von Berlin, Hessen, Niedersachsen und der früheren DDR. Bei Bundestagswahlen dürfen die Wahlen für die Vertreterversammlungen frühestens 23 Monate, der Parteibewerber frühestens 32 Monate nach Beginn der Wahlperiode des amtierenden Bundestages stattfinden (§ 21 Abs. 3 BWahlG). Die gleiche Regelung findet sich in § 22 LWahlG Schl.-H. Die übrigen Landeswahlgesetze beziehen die Frist auf das Ende der laufenden Legislaturperiode: frühestens 18 bzw. 15 Monate davor in Baden-Württemberg (§ 24 LWahlG), frühestens 24 bzw. 15 Monate davor in Bayern (Art. 30 Abs. 2 LWahlG), frühestens 15 Monate davor für beide Wahlen in Nordrhein-Westfalen (§ 18 Abs. 5 LWahlG).

<sup>70</sup> Bayern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen.

ben. Der Einspruch hat zur Folge, daß die Wahl wiederholt werden muß. Das Ergebnis der Wiederholungswahl ist endgültig.

- Der Bundesvorstand der Partei hat keinerlei rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten bei der Kandidatennominierung.

Die Folge dieser Regelungen ist nicht nur eine Demokratisierung, sondern auch eine *Dezentralisierung* der Nominierungsentscheidung. Sie wird innerhalb der jeweiligen Partei auf Wahlkreisebene getroffen und kann auch vom Landesvorstand nicht generell beeinflußt werden. Dies hat wiederum zur Folge, daß die Wahlkreisabgeordneten des Bundestages wie der Landesparlamente sich zuerst in der Kommunalpolitik bewährt haben müssen und ihren politischen Rückhalt in erster Linie bei der örtlichen Parteiorganisation haben. Dies bürgt für „Volksnähe“, garantiert aber nicht eine Auslese im Hinblick auf die persönlichen Eigenschaften, die in der Landes- und erst recht in der Bundespolitik benötigt werden.

Für die Aufstellung von *Parteilisten* gelten ähnliche Regelungen. Freilich ist hier das Nominierungsgremium der Partei höher angesiedelt. Die Parteilisten sind meistens Landeslisten,<sup>71</sup> und deshalb ist die zuständige Vertreterversammlung normalerweise der Landesparteitag. Dem Landesvorstand steht gegenüber dem Listenbeschluß des Parteitags in aller Regel kein Einspruchsrecht zu.<sup>72</sup> Erst recht gilt dies für den Bundesvorstand. Dies bedeutet, daß der Bundesvorstand einer Partei auch bei Bundestagswahlen keine rechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Kandidatenauswahl und die Reihenfolge der Kandidaten auf der Landesliste besitzt. Diese *Dezentralisierung* kann die Parteiführung in erhebliche Schwierigkeiten bringen, da eine Personalplanung in bezug auf die nach Sachkunde und sonstigen Kriterien wünschenswerte Zusammensetzung der Fraktion unter diesen Umständen nur bedingt möglich ist. Der gesetzliche Ausgleich zwischen den widerstreitenden Gesichtspunkten der Demokratisierung und der Effektivität der Kandidatenauslese ist schwerpunktmäßig zugunsten des dezentralistisch interpretierten Demokratieprinzips erfolgt.

#### 4. Gleichbehandlung im Wahlkampf

Eines der praktisch bedeutsamsten Problemfelder der Chancengleichheit ist die Behandlung der politischen Parteien im Wahlkampf. Die Grundnorm stellt § 5 ParteiG dar, der den Grundsatz der *abgestuften Gleichbehandlung* für den Fall proklamiert, daß Träger der öffentlichen Gewalt politischen Parteien Einrichtungen zur Verfügung stellen oder andere öffentliche Leistungen gewähren. Die Abstufung der Leistungsgewährung richtet sich nach der Bedeutung der Parteien, die sich insbesondere nach den letzten Wahlergebnissen bemißt. Die zulässige Reduzierung öffentli-

<sup>71</sup> Bei den Landtagswahlen kennen Baden-Württemberg, Bayern und Rheinland-Pfalz keine Landeslisten. Während es in Baden-Württemberg überhaupt keine Listen gibt, werden in den beiden anderen Ländern auf regionaler Ebene Listen aufgestellt, und zwar in Bayern in den sieben Bezirken und in Rheinland-Pfalz in vier Wahlkreisen, in die das Land zu diesem Zweck eingeteilt ist. Im Saarland gibt es neben drei Wahlkreislisten eine Landesliste. In Berlin ist es den Parteien freigestellt, ob sie eine Landesliste oder Bezirkslisten in den Stadtbezirken aufstellen. Schließlich bestehen im Land Bremen mit den Stadtgemeinden Bremen und Bremerhaven zwei Wahlgebiete, in denen getrennte Listen aufgestellt werden.

<sup>72</sup> Ausnahmen sind nur Bremen und Hamburg.

cher Leistungen an weniger bedeutsame Parteien wird zugleich unter zwei Gesichtspunkten begrenzt. Zunächst ist das Mindestmaß das für die jeweilige Zweckerreichung Erforderliche. Dies bedeutet etwa, daß es unzulässig wäre, einer Partei für eine Wahlveranstaltung eine Halle nur für fünf Minuten zur Verfügung zu stellen, weil in einer so kurzen Zeit eine Wahlveranstaltung gar nicht abgehalten werden kann. Ob hierfür sinnvollerweise mindestens eine Stunde einzuräumen wäre, ist eine Frage, über die man diskutieren kann. Zweitens muß die Leistung an eine Partei, die im Bundestag in Fraktionsstärke vertreten ist, mindestens halb so groß sein wie für jede andere Partei. Wenn also der CDU, die in dem am 2. Dezember 1990 gewählten Bundestag mit 268 Abgeordneten vertreten ist, im Rundfunk eine Sendezeit von 10 Minuten eingeräumt wird, so muß die FDP mit 79 Abgeordneten mindestens 5 Minuten erhalten. Nach dem gegenwärtigen Stand der Dinge würden die PDS und das Bündnis '90/Grüne, die nur dank der regionalen Begrenzung der Sperrklausel mit 17 bzw. 8 Abgeordneten in den Bundestag gelangt sind, nicht in den Genuß dieser Regelung kommen, da die Maßeinheit der „Fraktionsstärke“ in § 10 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Bundestages auf 5% aller Abgeordneten festgesetzt ist; bei zur Zeit 662 Abgeordneten sind für eine Fraktion folglich 34 Abgeordnete erforderlich. Ob den beiden Neankömmlingen im Bundestag im Hinblick auf die besonderen Umstände der ersten gesamtdeutschen Wahlen der Fraktionsstatus eingeräumt wird, bleibt abzuwarten. Wichtig ist festzuhalten, daß § 5 ParteiG *keinen Anspruch* auf öffentliche Leistungen begründet. Er ist nur eine Ausprägung des Grundsatzes der Chancengleichheit, der dann eingreift, wenn überhaupt Leistungen an eine Partei gewährt werden: dann müssen auch die anderen Parteien entsprechende Leistungen erhalten. Ein Anspruch auf öffentliche Leistungszuwendungen kann sich aber unter Umständen aus anderen Rechtsvorschriften ergeben.

In der Praxis ist die Gleichbehandlung der Parteien vor allem bei *drei Fallgruppen* relevant geworden.

Die erste betrifft die Einräumung von *Wahlsendezeiten* in Rundfunk und Fernsehen, die die Verwaltungs- und Verfassungsrechtsprechung schon seit den Anfängen der Bundesrepublik häufig beschäftigt hat. Das Bundesverfassungsgericht ist in zahlreichen Einzelfällen veranlaßt worden, den Grundsatz der abgestuften Chancengleichheit zu konkretisieren und namentlich kleineren und neuen Parteien zur Einräumung angemessener Sendezeiten zu verhelfen.<sup>73</sup> Mit seiner Hilfe haben sich auch materiell offenkundig verfassungswidrige, aber nicht verbotene politische Parteien die begehrten Sendezeiten erkämpft, die ihnen von Rundfunk- und Fernsehanstalten mit anschließender Billigung durch die Verwaltungsgerichte wegen des Verdachts auf strafbare Äußerungen verweigert worden waren.<sup>74</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat zwar die allgemeinen Strafgesetze als eine zulässige Schranke des Sendeinhalts anerkannt und den Rundfunk- und Fernsehanstalten ein entsprechendes Prüfungsrecht zugebilligt, aber eine großzügige Handhabung des Prüfungsrechts anempfohlen, die nur bei evidenten und ins Gewicht fallenden Strafrechtsverstößen zur Verweigerung von Sendezeiten führen dürfe. Auch wenn hierzu nach h.M. keine verfassungsrechtliche Verpflichtung besteht, räumen die einschlägigen Landesgesetze und

<sup>73</sup> BVerfGE 7, 99; 13, 204; 14, 121; 34, 160. Vgl. auch *Lipphardt* (Anm. 25), S. 364 ff.

<sup>74</sup> BVerfGE 47, 198; 67, 149; 69, 257.

Staatsverträge den politischen Parteien einen – über die bloße Gleichbehandlung hinausgehenden – Anspruch auf Sendezeiten für Wahlwerbung gegen öffentlich-rechtliche Rundfunk- und Fernsehanstalten ein.<sup>75</sup> Dies ist im Hinblick auf die lange Zeit monopolartige und auch heute noch dominante Stellung der öffentlich-rechtlichen Anstalten naheliegend, da es in einer „Mediendemokratie“ kaum vertretbar wäre, den Parteien den Zugang zu Rundfunk und Fernsehen zu verwehren. Ob in dem in den 80er Jahren entstandenen „dualen System“ öffentlich-rechtlicher und privater Veranstalter ein Zulassungsanspruch auch gegen private Rundfunk- und Fernsehgesellschaften gesetzlich verankert werden soll, mag rechtspolitisch umstritten sein. Tatsächlich sind die Landesgesetzgeber zunehmend dazu übergegangen, diesen Anspruch auch gegen private Veranstalter von Vollprogrammen einzuräumen.<sup>76</sup> Damit sind sie – bis auf Bayern und Berlin – über die in dem am 1. Dezember 1987 in Kraft getretenen Rundfunkstaatsvertrag eingegangene Verpflichtung hinausgegangen, den in § 5 ParteiG enthaltenen Gleichbehandlungsgrundsatz auf den privaten Rundfunk zu erstrecken.<sup>77</sup>

Anders liegen die Dinge bei der ausschließlich privat organisierten und vielgestaltigen *Presse*. Schon im Hinblick auf die Pressefreiheit besteht weitgehende Einigkeit darüber, daß keine Verpflichtung besteht, Wahlanzeigen politischer Parteien anzunehmen oder diese auch nur gleich zu behandeln.<sup>78</sup> Die Chancengleichheit politischer Parteien zu wahren, ist nicht Aufgabe der privaten Presse. Allein für den Fall, daß ein Zeitungsverlag auf dem betroffenen Pressemarkt eine Monopolstellung be-

<sup>75</sup> So in bezug auf den Bayerischen Rundfunk (Art. 4 Abs. 2 Nr. 2 BR-Gesetz), den Hessischen Rundfunk (§ 3 Nr. 6 HR-Gesetz), den Norddeutschen Rundfunk (§§ 1, 15 Abs. 1 NDR-Staatsvertrag), Radio Bremen (§ 20 Abs. 2 Landesmediengesetz Bremen), den Saarländischen Rundfunk (§ 9 Abs. 2 Landesrundfunkgesetz Saarland), den Süddeutschen Rundfunk (§ 3 Abs. 1 SDR-Gesetz i. V. m. § 2 Abs. 4 Nr. 4 SDR-Satzung), den Südwestfunk (§ 6 Abs. 1 SWF-Staatsvertrag), den Westdeutschen Rundfunk (§ 8 Abs. 2 WDR-Gesetz) und das Zweite Deutsche Fernsehen (§ 6 Abs. 1, 2 ZDF-Staatsvertrag). Allein hinsichtlich des Senders Freies Berlin fehlt es an einer ausdrücklichen Bestimmung.

<sup>76</sup> So in Baden-Württemberg (§ 56 Abs. 2 LandesmedienG), Bremen (§ 20 Abs. 2 LandesmedienG), Hamburg (§ 25 Abs. 1 LandesmedienG), Hessen (§ 24 PrivatrundfunkG), Niedersachsen (§ 21 Abs. 1 LandesrundfunkG), Nordrhein-Westfalen (§ 19 Abs. 2 LandesrundfunkG), Rheinland-Pfalz (§ 15 Abs. 2 LandesrundfunkG), Saarland (§§ 1 Abs. 2, 9 Abs. 2 LandesrundfunkG) und Schleswig-Holstein (§ 25 Abs. 1 LandesrundfunkG). In Art. 25 Abs. 1 des Bayerischen Medienerprobungs- und -entwicklungsgesetzes wird demgegenüber nur auf § 5 ParteiG hingewiesen und folglich kein Anspruch eingeräumt. Im Berliner Kabelpilotprojektgesetz findet sich überhaupt keine Regelung.

<sup>77</sup> Art. 9 Abs. 5 Satz 2 des Rundfunkstaatsvertrags vom 1./3.4.1987 lautet: „Politische Parteien oder Vereinigungen, für die ein Wahlvorschlag zum Deutschen Bundestag oder zum Europäischen Parlament zugelassen ist, erhalten zur Vorbereitung der Wahlen angemessene Sendezeiten entsprechend § 5 Absätze 1 bis 3 des Parteiengesetzes; sie sind bei einer Kostenerstattung gemäß dem Umfang der jeweiligen Sendungen gleichzubehandeln.“

<sup>78</sup> So etwa *W. Henke*, Das Recht der politischen Parteien, 2. Aufl. 1972, S. 240; *E. Kull*, Wahlanzeigen und Pressefreiheit, AfP 1974, S. 689 ff.; *J. Schwarze*, Zur Pflicht der Presse, politische Anzeigen zu veröffentlichen, DVBl. 1976, S. 557 ff.; *Ch. Degenhart* in: Bonner Kommentar, Rn. 349 zu Art. 5 Abs. 1 u. 2 (1988). Anderer Ansicht: *K. Lange*, Ist die Ablehnung der Wahlanzeigen einzelner politischer Parteien durch Zeitungsverleger verfassungsgemäß?, DÖV 1973, S. 476 ff.

sitzt und diese für eine „totale Pressesperre“ gegen einzelne Parteien benutzen sollte, könnte ausnahmsweise ein Kontrahierungszwang in Erwägung gezogen werden.<sup>79</sup>

Eine zweite Fallgruppe, die vor allem die Verwaltungsgerichte beschäftigt hat, bildet die Vergabe kommunaler Räumlichkeiten (Stadthallen) für *Wahlveranstaltungen*. Die Linie der umfangreichen Judikatur<sup>80</sup> ist insofern eindeutig, als den politischen Parteien zumindest dann ein Nutzungsanspruch zugesprochen wird, wenn sie in der betreffenden Gemeinde einen Ortsverband haben. Dies folgt aus den übereinstimmenden Regelungen in den Gemeindeordnungen aller Länder, die den Gemeindevohnern einen Anspruch auf Benutzung kommunaler Einrichtungen einräumen und die juristischen Personen und sonstigen Personenvereinigungen den Einwohnern gleichstellen.<sup>81</sup> Wenn aber ortsansässigen Parteien in Erfüllung dieses kommunalrechtlichen Nutzungsanspruchs Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt werden, so könnten sich die übrigen Parteien auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 5 ParteiG berufen und ebenfalls einen Nutzungsanspruch geltend machen. Diese Auffassung wird in der Tat vertreten,<sup>82</sup> ohne zu größeren Auseinandersetzungen Veranlassung gegeben zu haben. In der Praxis haben zeitweise die Fälle eine große Rolle gespielt, in denen Gemeinden die Vermietung von Stadthallen an die NPD unter Hinweis auf deren verfassungsfeindlichen Charakter verweigert haben. Die Rechtsprechung konnte dieses Argument selbstverständlich nicht gelten lassen, weil das Gleichbehandlungsgebot für alle und so auch möglicherweise „verfassungswidrige“ Parteien gilt, solange sie vom Bundesverfassungsgericht nicht verboten worden sind.<sup>83</sup> Nur wenn eine durch Tatsachen begründete dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung besteht, kann nach polizeirechtlichen Grundsätzen die Vergabe von Räumlichkeiten verweigert werden. So hat es etwa der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg anlässlich des Bundestagswahlkampfes 1987 für zulässig erachtet, keine Räumlichkeiten für Wahlveranstaltungen zur Verfügung zu stellen, für die im voraus ein Aufruf zum Volkszählungsboykott – ein damals beliebtes Steckenpferd der Linken – und damit zu massenhaften Ordnungswidrigkeiten angekündigt worden war.<sup>84</sup>

Ähnlich umfangreich ist die Verwaltungsjudikatur zur *Wahlsichtwerbung*.<sup>85</sup> Die rechtliche Problematik ist nur dann die gleiche wie bei der zweiten Fallgruppe, wenn

<sup>79</sup> Henke (Anm. 78), S. 251; Ch. Starck in: H. v. Mangoldt – F. Klein – Ch. Starck, Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 1985. Rn. 143 zu Art. 5. In BVerfGE 48, 271 (278) bleibt die aufgeworfene Frage dahingestellt.

<sup>80</sup> BVerwGE 31, 368; BVerwG DVBl. 1969, S. 552; OVG Münster DVBl. 1968, S. 842; VGH Baden-Württemberg DÖV 1980, S. 105 und NVwZ 1985, S. 679; OVG Lüneburg NJW 1985, S. 2347; VGH Hessen NJW 1979, S. 997 und 1986, S. 2660; VGH Bayern NJW 1969, S. 1078. Vgl. auch W. Knies, Die Überlassung gemeindlicher Räume an Parteien, BayVBl. 1968, S. 230 ff.; F. Ossenbühl, Zulassung zu öffentlichen Stadthallen, DVBl. 1973, S. 289 ff.

<sup>81</sup> So z.B. § 18 Abs. 2 u. 4 Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen; Art. 21 Abs. 1 u. 4 Gemeindeordnung Bayern.

<sup>82</sup> Ossenbühl (Anm. 80), S. 296.

<sup>83</sup> BVerwGE 31, 368 (370); VGH Hessen NJW 1979, S. 997 und 1986, S. 2660 (2661).

<sup>84</sup> VGH Baden-Württemberg NJW 1987, S. 2697.

<sup>85</sup> BVerwGE 47, 280; 47, 293; 56, 56; BVerwG NJW 1978, S. 1933 und 1981, S. 472; VGH Bayern BayVBl. 1968, S. 67 und 1978, S. 467; ESVGH Baden-Württemberg 23, 26; OVG Münster DÖV 1975, S. 205; OVG Berlin DÖV 1975, S. 200.

die Gemeinde Plakatsäulen oder -wände ständig unterhält, die als kommunale Einrichtungen qualifiziert werden können.<sup>86</sup> Wenn es darum geht, daß die Gemeinde eigens zum Zwecke der Wahlwerbung eigene Plakatwände zur Verfügung stellen oder Aufstellplätze bestimmen soll, wo die Parteien ihre Plakatwände aufstellen dürfen, kann auf den kommunalen Nutzungsanspruch nicht zurückgegriffen werden. In Ermangelung sonstiger Rechtsgrundlagen bleibt hier nur § 5 ParteiG übrig, der aber – wie dargelegt – für sich allein noch keinen Anspruch gewährt. Es kommt hinzu, daß bei beiden Fallgestaltungen noch eine wegerechtliche Problematik mitspielt. Die Plakatwerbung an öffentlichen Straßen stellt nach unbestrittener Meinung eine den Gemeingebrauch übersteigende und deshalb genehmigungspflichtige Sondernutzung dar. Die benötigte Genehmigung wird nach der insofern übereinstimmenden Wegegesetzgebung des Bundes und der Länder von der zuständigen Straßenbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen erteilt.<sup>87</sup> Der behördliche Ermessensspielraum ist aber durch das Bundesverfassungsgericht unter Hinweis auf das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) und den verfassungsrechtlichen Status politischer Parteien (Art. 21 GG) erheblich eingeeengt worden, indem es die Plakatwerbung der Parteien als ein „gewissermaßen selbstverständliches Wahlkampfmittel“ angesehen und den Parteien einen zumindest „dem Grunde nach“ in Bundesrecht verankerten Anspruch auf Wahlsichtwerbung an öffentlichen Straßen zugesprochen hat.<sup>88</sup> Ungeachtet der rechtsdogmatischen Unterschiede, kommt man also in der Praxis zu ähnlichen Ergebnissen wie bei Wahlveranstaltungen in kommunalen Gebäuden.

### 5. Parteienfinanzierung

Die Parteienfinanzierung kann in der Bundesrepublik auf eine lange, wechsel- und leidvolle Geschichte zurückblicken. Ihre Grundsätze sind weniger durch den politischen Gestaltungswillen des eigentlich dazu berufenen Parlaments als durch das *Bundesverfassungsgericht* geformt worden, das vor allem in *fünf großen Grundsatzentscheidungen* vom 24. Juni 1958 (BVerfGE 8, 51), vom 19. Juli 1966 (BVerfGE 20, 56), vom 3. Dezember 1968 (BVerfGE 24, 300), vom 24. Juli 1979 (BVerfGE 52, 63) und vom 14. Juli 1986 (BVerfGE 73, 40) Anstöße zur gesetzlichen Regelung gegeben hat und Korrekturen an der gesetzgeberischen Lösung vorgenommen hat.<sup>89</sup> Der *Bundesgesetzgeber* selbst hat die Parteienfinanzierung erstmals im Parteiengesetz vom 24. Juli 1967 (BGBl. I S. 773) geregelt und dann durch eine Novelle vom 22. Dezember 1983 (BGBl. I S. 1577) mit Wirkung vom 1. Januar 1984 neu geordnet. Parallel hierzu und nach den gleichen Grundsätzen haben die *Länder* die Erstattung von Wahlkampfkosten bei Landtagswahlen in ihren Landeswahlgesetzen oder in besonderen Wahlkampfkostengesetzen normiert.

<sup>86</sup> So VGH Bayern BayVBl. 1968, S. 67.

<sup>87</sup> Vgl. z.B. § 8 Bundesfernstraßengesetz; § 18 Straßen- und Wegegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen; Art. 18 Bayerisches Straßen- und Wegegesetz.

<sup>88</sup> BVerwGE 47, 280 (283 f.).

<sup>89</sup> Die ersten drei Entscheidungen sind ausführlich analysiert bei *Lipphardt* (Anm. 25), S. 244 ff. 457 ff. Vgl. im übrigen zur Gesamtproblematik *H. v. Arnim*, Verfassungsfragen der Parteienfinanzierung, Juristische Ausbildung 1985, S. 121 ff. 207 ff.

Verständlich wird die Problematik nur bei einer historischen Betrachtung, die die einzelnen *Entwicklungsstadien* der Parteienfinanzierung verdeutlicht.

a) 1949–1954

In den ersten Jahren der Bundesrepublik wurden die politischen Parteien vom Staat *weder direkt noch indirekt* finanziell gefördert. Sie waren ausschließlich auf die Selbstfinanzierung angewiesen, deren wichtigste Quellen – je nach Parteienstruktur in unterschiedlichem Verhältnis – die Mitgliedsbeiträge, die Beiträge der Fraktionsmitglieder, die Spenden Dritter, die Einnahmen aus eigenem Vermögen, aus Veranstaltungen und Veröffentlichungen darstellen.

b) 1955–1958

Eine Übergangsphase der *indirekten* staatlichen Parteienfinanzierung begann mit dem Gesetz zur Neuordnung der Steuern vom 16. 12. 1954 (BGBl. I S. 373), das die steuerliche Abzugsfähigkeit von Spenden an politische Parteien als Sonderausgaben wieder einführt, die bereits 1920 zugelassen und später von den Nationalsozialisten 1934 verboten worden war. Nach § 10 b des Einkommensteuergesetzes (EStG) und § 11 Ziff. 5 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) konnten nunmehr Ausgaben zur Förderung „staatspolitischer Zwecke“ bis zur Höhe von 5% der Gesamteinkünfte oder 0,2% der Umsatz- und Lohnsumme von den steuerpflichtigen Einkünften (Besteuerungsgrundlage) abgezogen werden, wobei § 49 der Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV) und § 26 der Körperschaftsteuer-Durchführungsverordnung (KStDV) erläuternd klarstellten, daß „staatspolitische Zwecke“ auch Spenden an politische Parteien umfaßten. Von der durch staatlichen Steuerverzicht eröffneten Möglichkeit der indirekten Parteienfinanzierung profitierten hauptsächlich die sich in größeren finanziellen Schwierigkeiten befindenden „bürgerlichen“ Parteien, deren Mitglieder sich traditionell durch eine geringere Beitragsdisziplin und deren wohlhabendere Wähler sich durch eine größere Spendenbereitschaft auszeichneten, als dies bei den Sozialdemokraten der Fall war. Die SPD ärgerte sich über die Neuregelung, weil sie ihren in der größeren Mitgliederzahl und strengeren Beitragsdisziplin begründeten Finanzvorteil schwinden sah, und ließ die von ihr beherrschte Hessische Landesregierung einen Normenkontrollantrag gegen die genannten steuerrechtlichen Bestimmungen beim Bundesverfassungsgericht stellen.

Der Vorstoß war erfolgreich, und das Bundesverfassungsgericht erklärte die angegriffenen Steuerbestimmungen im *ersten großen Parteienfinanzungsurteil* vom 24. 6. 1958<sup>90</sup> für verfassungswidrig. Zwar sei – so das Gericht – nicht – wie die Hessische Landesregierung behauptete – jede finanzielle Förderung der Parteien durch den Staat verfassungswidrig, da die Abhaltung von Wahlen eine öffentliche Aufgabe sei und den Parteien eine wichtige Rolle bei den Wahlen zukomme. Wenn aber der Staat den Parteien eine finanzielle Förderung angedeihen lasse, so müsse er den Grundsatz der Chancengleichheit beachten. Diesen sah das Gericht deshalb als verletzt an, weil die gesetzliche Regelung wegen der Steuerprogression einen größeren Spendenanreiz auf die Bezieher höherer Einkommen ausübe und deshalb die in der

<sup>90</sup> BVerfGE 8, 51.

verschiedenen soziologischen Struktur der Parteien wurzelnde faktische Ungleichheit der Wettbewerbschancen verschärfe. Parteien, deren Programm kapitalkräftige Kreise anspreche, würden durch die steuerliche Abzugsfähigkeit der Spenden stärker begünstigt als Parteien mit einkommensschwächeren Wählerschichten.

c) 1959–1966

Wie nicht anders zu erwarten, schlug sich das Urteil in einem rapiden Rückgang des Spendenaufkommens der Parteien nieder, der vornehmlich die „bürgerlichen“ Parteien traf. Die im Bund regierenden christlich-liberalen Parteien mußten nach einem anderen Ausweg aus ihrer finanziellen Notlage suchen und fanden ihn in der *direkten Parteienfinanzierung aus dem Staatshaushalt*. Der Weg schien gangbar, da das Bundesverfassungsgericht die staatliche Parteienfinanzierung an sich für zulässig hielt. So wurden in die Bundeshaushaltspläne 1959–1961 zunächst je 5 Mill. DM für „Zuschüsse zur Förderung der politischen Bildungsarbeit der Parteien“ eingestellt, die nur mit Zustimmung des Haushaltsausschusses des Bundestags freigegeben werden durften. Der Haushaltsausschuß beschloß dann, daß die Aufteilung der Mittel auf die im Bundestag vertretenen Parteien nach dem Schlüssel ihrer Stärke im Bundestag erfolgen soll. Nach dem gleichen Schlüssel wurden die im Haushaltsplan 1962 auf 20 Mill. DM erhöhten Mittel verteilt, von denen 5 Mill. DM als „Sondermittel für politische Bildungsarbeit“ und 15 Mill. DM als „Sondermittel für die Aufgaben der Parteien nach Art. 21 GG“ ausgewiesen wurden. In den folgenden vier Haushaltsjahren wurden alle Mittel unter die letztgenannte Überschrift gestellt, und zwar 1963–1964 je 20 Mill. DM und 1965–1966 je 38 Mill. DM. Zugleich wurde der Verteilerschlüssel zugunsten der kleineren Parteien insofern geändert, als die vier im Bundestag vertretenen Parteien (CDU, CSU, SPD, FDP) zunächst je 5% der Sondermittel erhielten und die restlichen 80% im Verhältnis der Fraktionsstärken verteilt wurden.

Nach den ersten Krisenzeichen in der seit Gründung der Bundesrepublik regierenden CDU/FDP-Koalition sah die SPD im Wahljahr 1965 die Zeit reif für einen neuen Vorstoß. Wiederum wurde die Hessische Landesregierung an die Front geschickt, die den entsprechenden Titel im Bundeshaushaltsplan 1965 mit einem Normenkontrollantrag beim Bundesverfassungsgericht angriff. Der Angriff war auch diesmal erfolgreich und führte zum *zweiten Parteienfinanzierungsurteil* vom 19. 7. 1966.<sup>91</sup> Am selben Tag entschied das Bundesverfassungsgericht auch über die gleichgerichteten Organklagen der NPD (ebenfalls gegen den Haushaltsplan 1965)<sup>92</sup> und der Gesamtdeutschen Partei /BHE sowie der Bayernpartei (gegen den Haushaltsplan 1962)<sup>93</sup> im gleichen Sinne. Der Grundsatz der Chancengleichheit spielte beim Verdikt der Verfassungswidrigkeit nur in den beiden letzteren Entscheidungen, die von den drei kleinen, im Bundestag nicht vertretenen und folglich von der staatlichen Parteienfinanzierung ausgeschlossenen Parteien erwirkt wurde, eine untergeordnete Rolle. Die tragenden Argumente des erstgenannten und wichtigeren Urteils beruhten auf einer verfassungstheoretischen Position, die maßgebend auf den Verfassungsrichter

<sup>91</sup> BVerfGE 20, 56.

<sup>92</sup> BVerfGE 20, 134.

<sup>93</sup> BVerfGE 20, 119.

G. Leibholz zurückging und von der Wissenschaft mit einiger Überraschung und überwiegender Kritik aufgenommen wurde.<sup>94</sup> Sie bestand im wesentlichen in einer dualistischen Entgegensetzung von Staat und Gesellschaft, wobei die Parteien grundsätzlich der letzteren zugeordnet wurden: „Art. 21 GG hat sie als verfassungsrechtlich notwendige Instrumente für die politische Willensbildung des Volkes anerkannt und sie in den Rang einer verfassungsrechtlichen Institution erhoben. Die Parteien gehören jedoch nicht zu den obersten Staatsorganen. Sie sind vielmehr frei gebildete, im gesellschaftlich-politischen Bereich wurzelnde Gruppen, dazu berufen, bei der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken und in den Bereich der institutionalisierten Staatlichkeit hineinzuwirken.“<sup>95</sup> Das Bundesverfassungsgericht entwickelte aus der Grundstruktur der freiheitlich-demokratischen Grundordnung das Verfassungsgebot der grundsätzlich staatsfreien und offenen Meinungs- und Willensbildung im gesellschaftlichen Bereich. Da es dem Staat verwehrt sei, in diesen gesellschaftlich-politischen Prozeß einzugreifen, dürfe er auch den Parteien für ihre gesamte politische Tätigkeit keine Zuwendungen gewähren. Eine zulässige Ausnahme wurde aber für die Erstattung der notwendigen Kosten eines angemessenen Wahlkampfes mit der Begründung angedeutet, daß es sich bei den Wahlen um einen für die Demokratie wesensnotwendigen Vorgang handle, der in der modernen Massendemokratie ohne Parteien nicht ablaufen könne. Offenbar sollen die Parteien bei den Wahlen die Grenze zwischen Gesellschaft und Staat überschreiten und in den Bereich der institutionalisierten Staatlichkeit hineinwirken, wofür sie auch staatliche Gelder empfangen dürfen.

#### d) 1967–1983

Nun war der Bundestag aufgerufen, den in Art. 21 Abs. 3 GG erteilten Gesetzgebungsauftrag zu erfüllen und dabei die Parteienfinanzierung anhand der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu regeln. Er tat dies am 24. Juli 1967 mit der Verabschiedung des *Parteiengesetzes*, das im IV. Abschnitt (§§ 18–22) die Wahlkampfkostenerstattung und im V. Abschnitt (§§ 23–31) die Rechenschaftslegung regelte. Die Grundzüge der Regelung waren die folgenden:

- Dem zweiten Parteienfinanzierungsurteil entsprechend wurde die *direkte Parteienfinanzierung aus dem Staatshaushalt* auf die *Wahlkampfkostenerstattung* beschränkt. Sie erfolgte in Gestalt einer Wahlkampfkostenpauschale, deren Höhe ursprünglich auf 2,50 DM je Wahlberechtigten festgelegt und später erhöht wurde, und zwar 1974 auf 3,50 DM (ab Bundestagswahl 1976) und 1983 auf 5,– DM (ab Bundestagswahl 1983). Im ParteiG selbst wurde die Wahlkampfkostenerstattung für Bundestagswahlen geregelt. Die Länder hatten entsprechende Regelungen für die Landtagswahlen zu erlassen, und mit der ersten Direktwahl des Europäischen Parlaments im Jahre 1979 wurde auch die Wahlkampfkostenerstattung für Europawahlen eingeführt.<sup>96</sup> Für Kommunalwahlen gibt es keine Kostenerstattung. Die Wahlkampfkostenpauschale sollte auf die Parteien verteilt werden, die einen Anteil von mindestens 2,5% der Zweitstimmen (oder 10% der Erststimmen in einem

<sup>94</sup> Ausführlich hierzu mit weiteren Hinweisen *Lipphardt* (Anm. 25), S. 523 ff.

<sup>95</sup> BVerfGE 20, 100 f.

<sup>96</sup> § 28 Europawahlgesetz vom 16.6.1978 (BGBl. I S. 709).

Wahlkreis, falls in dem betreffenden Land keine Landesliste der Partei zugelassen war) erreichten. Die Verteilung auf die berechtigten Parteien erfolgte im Verhältnis der erreichten Zweitstimmen. (War eine Partei wegen der erzielten Erststimmen berechtigt, so erhielt sie pro Erststimme das genannte „Kopfgeld“.) Die im Bundestag vertretenen Parteien konnten für die bevorstehenden Bundestagswahlen Abschlagszahlungen in bestimmter Höhe erhalten.

- Zugleich wurde die *indirekte* staatliche Parteienfinanzierung in begrenztem Umfang wieder eingeführt. Die einschlägigen Steuergesetze (§ 10 b EStG, § 11 KStG) wurden dahingehend geändert, daß Spenden an politische Parteien bis zu 600,- DM von der Besteuerungsgrundlage abgezogen werden konnten; 1980 wurde dieser abzugsfähige Spendenbetrag auf 1800,- DM erhöht.
- Im Abschnitt über die *Rechenschaftslegung* wurden die Parteien erstmals verpflichtet, jedes Jahr eine von einem Wirtschaftsprüfer geprüfte *Einnahmerekchnung* vorzulegen. Dabei mußten *Großspender* namentlich ausgewiesen werden; es handelte sich um Spenden natürlicher Personen über 20 000,- DM und juristischer Personen über 200 000,- DM pro Jahr.

Auch gegen die gesetzliche Neuregelung der Materie wurde das Bundesverfassungsgericht postwendend angerufen. Als Antragsteller im Organstreitverfahren traten diesmal fünf kleinere Parteien (NPD, Europa-Partei, Bayerische Staatspartei, Deutsche Friedens-Union, Bund der Deutschen) auf, die befürchten mußten, nicht den Wahlerfolg erzielen zu können, den das Gesetz als Voraussetzung für den Anspruch auf eine Wahlkampfkostenerstattung vorsah. Das von ihnen erstrittene *dritte Parteienfinanzierungsurteil* vom 3. 12. 1968<sup>97</sup> konnten sie als einen Teilerfolg verbuchen. Das Grundkonzept der gesetzlichen Regelung wurde vom Bundesverfassungsgericht als verfassungskonform akzeptiert, was im wesentlichen auch zu erwarten war. Eine kleine Überraschung war nur die Bestätigung der gesetzlichen Spendenregelung. Im Hinblick auf die Geringfügigkeit der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Parteispenden stimmte die Regelung mit dem im ersten Parteienfinanzierungsurteil dargelegten Grundsatz der Chancengleichheit sicherlich überein; ihre Vereinbarkeit mit dem im zweiten Parteienfinanzierungsurteil ausgebreiteten dualistischen Konzept von Staat und Gesellschaft war aber durchaus zweifelhaft. Auf diesen Gesichtspunkt ging das Bundesverfassungsgericht aber nicht näher ein, was man durchaus als eine gewisse stillschweigende Selbstkorrektur interpretieren konnte. Unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit bzw. des allgemeinen Gleichheitssatzes wurden nur zwei Regelungen beanstandet und für verfassungswidrig erklärt: der Mindeststimmanteil von 2,5% als Voraussetzung für die Teilhabe an der Wahlkampfkostenerstattung und die summenmäßige Differenzierung der Nennpflicht bei Spenden natürlicher und juristischer Personen. Diesen Beanstandungen trug der Gesetzgeber im Juli 1969 Rechnung: er setzte den Mindeststimmanteil – der Anregung des Bundesverfassungsgerichts folgend – auf 0,5% herab und legte die Nennpflichtgrenze für Spenden aller Art einheitlich auf 20 000,- DM fest.<sup>98</sup> Eine weitere kleine Korrektur mußte dann noch Ende der 70er Jahre vorgenommen werden, nachdem das Bundesverfassungsgericht 1976 den Ausschluß unabhängiger Bewerber von der Wahlkampf-

<sup>97</sup> BVerfGE 24, 300.

<sup>98</sup> Änderungsgesetz vom 22. 7. 1969 (BGBl. I S. 925).

kostenerstattung wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Chancengleichheit nicht nur der Parteien, sondern aller Wahlbewerber für verfassungswidrig erklärt hatte.<sup>99</sup> Im Anschluß an diese Entscheidung wurde auch den unabhängigen Einzelbewerbern ein Erstattungsanspruch eingeräumt, die in ihrem Wahlkreis mindestens 10% der Erststimmen erzielten.<sup>100</sup>

Die gesetzliche Regelung der Parteienfinanzierung konnte den wachsenden *Finanzbedarf* der Parteien *nicht befriedigen*. Insbesondere die begrenzte und praktisch kaum ins Gewicht fallende steuerliche Abzugsfähigkeit der Parteispenden brachte die Parteien in zunehmende Geldnot. Dies hatte verschiedene *Folgen*.

Insbesondere seit der zweiten Hälfte der 70er Jahre begannen die Parteien verschiedene Methoden der „*Umwegfinanzierung*“ zu entwickeln, um ihren Geldbedarf zu decken. Die am weitesten verbreitete Methode war die Gründung von als gemeinnützig anerkannten Fördervereinigungen. Die an sie gegebenen Spenden konnten als Sonderausgaben von der Steuer abgesetzt werden und wurden dann ganz oder zum Teil an Parteien weitergeleitet. In ähnlicher Weise gaben Berufsverbände Beiträge an Parteien weiter, die von den beitragszahlenden Mitgliedern der Berufsverbände als Betriebsausgaben von der Steuer abgesetzt werden konnten. Schließlich wurden anstelle von Spenden Gutachtenaufträge an parteinahe Unternehmen vergeben, für die keine gleichwertigen Gegenleistungen erwartet und erbracht wurden; das Honorar kam praktisch den Parteien zugute. Diese Umgehungspraxis blieb den Finanzverwaltungen nicht verborgen, aber sie schlossen die Augen und duldeten sie. Erst nachdem ein kleiner Finanzbeamter die Angelegenheit in die Öffentlichkeit gebracht hatte, kam 1983 die Lawine der *Spendenaffären* ins Rollen,<sup>101</sup> die dann zur nächsten und vorerst letzten Phase der Parteienfinanzierung führte.

Neben diesen Manipulationen am Rande der Legalität versuchten die vom rückläufigen Spendenaufkommen besonders hart getroffenen „bürgerlichen“ Parteien auch mit Hilfe des Bundesverfassungsgerichts eine Besserung ihrer Lage zu erreichen. Die Initiative ergriff die CDU über die Niedersächsische Landesregierung, die einen Normenkontrollantrag gegen die die Abzugsfähigkeit von Parteispenden auf 600,- DM beschränkenden steuerrechtlichen Vorschriften (§ 10 b Abs. 2 EStG, § 9 Nr. 3 b KStG) mit der Begründung einreichte, durch diese Beeinträchtigung der lange Zeit wichtigsten Einnahmequelle der Parteien würde der Staat die Parteien daran hindern, ihre verfassungsmäßigen Aufgaben im politischen Willensbildungsprozeß wirksam wahrzunehmen; zudem würde die im Vergleich zu Spenden für mildtätige, kirchliche, religiöse, wissenschaftliche und gemeinnützige Zwecke geringere steuerliche Abzugsfähigkeit der Parteispenden ebenfalls Art. 21 GG verletzen. Der Versuch schlug fehl. In seinem *vierten Parteienfinanzierungsurteil* vom 24. 7. 1979<sup>102</sup> stellte das Bundesverfassungsgericht fest, daß Art. 21 GG den Parteien das Risiko des Fehlschlagens eigener Bemühungen um ihre Finanzierung nicht abgenommen habe und der Staat nicht verpflichtet sei, dafür Sorge zu tragen, daß den politischen

<sup>99</sup> BVerfGE 41, 399. Anlaß für den Beschluß vom 9. 3. 1976 war der Fall des populären Bonner Oberbürgermeisters Daniels, der aus der CDU ausgetreten war, sich bei den Bundestagswahlen 1969 als unabhängiger Kandidat bewarb und in seinem Bonner Wahlkreis 20% der Erststimmen erzielte.

<sup>100</sup> Änderungsgesetz vom 21. 12. 1979 (BGBl. I S. 2358).

<sup>101</sup> Vgl. hierzu etwa H.-L. Schreiber, Parteispenden und Strafrecht, 1989.

<sup>102</sup> BVerfGE 52, 63.

Parteien die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung stehen. In der Urteilsbegründung ließ das Gericht nur durchblicken, daß die Grenze für die steuerliche Abzugsfähigkeit der Parteispenden nicht notwendigerweise bei 600,- DM liegen müsse. Dieser Strohhalm wurde dann auch von den im Bundestag vertretenen Parteien ergriffen und der abzugsfähige Betrag auf 1800,- DM verdreifacht.<sup>103</sup> Eine Lösung des Problems hat dies freilich nicht bewirkt.

Im Hinblick auf die anhaltenden Finanzprobleme der Parteien und die offenkundigen Mißstände der Umwegfinanzierung, die gerade mit der Flick-Parteispenden-Affäre öffentliche Aufmerksamkeit erregt hatten, berief Bundespräsident Carstens im März 1982 eine *unabhängige Sachverständigenkommission* mit dem Auftrag, Vorschläge für eine künftige Regelung der mit der Parteienfinanzierung zusammenhängenden Fragen zu erarbeiten. Im April 1983 legte die Sachverständigenkommission ihre Vorschläge vor,<sup>104</sup> die dann der bereits im Dezember erfolgten gesetzlichen Neuordnung weitgehend als Grundlage dienten.

#### e) Seit 1984

Die *Neuregelung* der Parteienfinanzierung erfolgte mit Wirkung vom 1. Januar 1984.<sup>105</sup> Ihre wichtigsten *Elemente* waren die folgenden:

- Die Grundprinzipien der *Wahlkampfkostenerstattung* blieben unangetastet, aber die Wahlkampfkostenpauschale wurde durch Erhöhung des „Kopfgeldes“ von 3,50 DM auf 5,- DM kräftig *angehoben*.<sup>106</sup> Um eine Kollision mit dem vom Bundesverfassungsgericht namentlich im zweiten Parteienfinanzungsurteil postulierten Grundsatz der Staatsfreiheit der Parteien zu vermeiden, wurde zugleich eine begrenzende Bestimmung des Inhalts in das ParteiG aufgenommen, daß die Wahlkampfkostenerstattung nicht mehr als die Hälfte der Gesamteinnahmen einer Partei betragen dürfe.
- Die *steuerliche Absetzbarkeit von Parteispenden* wurde wesentlich *erweitert*. Natürliche Personen konnten fortan Parteispenden bis zur Hälfte, höchstens aber 600,- DM unmittelbar von der Einkommensteuerschuld – also nicht bloß vom steuerpflichtigen Einkommen – abziehen (§ 34 g EStG). Darüber hinaus konnten Parteispenden – wie Ausgaben zur Förderung mildtätiger, kirchlicher, religiöser, wissenschaftlicher und gemeinnütziger Zwecke auch – bis zur Höhe von 5% der Gesamteinkünfte oder 0,2% der Umsatz- und Lohnsumme von der Besteuerungsgrundlage für die Einkommen- und Körperschaftsteuer abgesetzt werden (§ 10 b Abs. 1 EStG, § 9 Nr. 3 KStG). Um die Nennpflicht bezüglich der Großspender auch steuerrechtlich abzustützen, wurde des weiteren bestimmt, daß Spenden über 20 000,- DM nur dann steuerlich absetzbar sind, wenn sie im Rechenschaftsbericht der jeweiligen Partei ausdrücklich benannt worden sind.

<sup>103</sup> Gesetz zur Änderung und Vereinfachung des Einkommensteuergesetzes vom 18.8.1980 (BGBl. I S. 1537).

<sup>104</sup> Bericht zur Neuordnung der Parteienfinanzierung. Vorschläge der vom Bundespräsidenten berufenen Sachverständigen-Kommission, 1983.

<sup>105</sup> Änderungsgesetz vom 22.12.1983 (BGBl. I S. 1577). Neufassung des Parteiengesetzes bekanntgemacht am 15.2.1984 (BGBl. I S. 242).

<sup>106</sup> Bei damals rund 45 Mill. Wahlberechtigten bedeutete dies eine Erhöhung der Wahlkampfkostenpauschale um ca. 67,5 Mill. DM, nämlich von 157,5 Mill. DM auf 225 Mill. DM.

- Mit dieser Regelung kehrte man in Ergänzung zur Wahlkampfkostenerstattung im wesentlichen zu der indirekten staatlichen Parteienfinanzierung zurück, die in den Jahren 1955/58 praktiziert und dann im ersten Parteienfinanzungsurteil wegen Verstoßes gegen die Chancengleichheit für verfassungswidrig erklärt worden war. Um einem erneuten Verdikt dieser Art zu entgehen, wurde als Gegengewicht der *Chancenausgleich* erfunden, der ein Kernstück der Reform darstellte. Um seine in § 22 a ParteiG enthaltenen Regelungen im einzelnen zu verstehen, sind Kenntnisse der höheren Mathematik vonnöten. Der Grundgedanke besteht jedenfalls darin, daß die den einzelnen Parteien in unterschiedlichem Maße zukommenden Steuervorteile in einem komplizierten Verfahren dem letzten Wahlergebnis entsprechend durch staatliche Zahlungen ausgeglichen werden, um die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Wettbewerbsgleichheit zu wahren. Als Voraussetzung für die Teilnahme am Chancenausgleich wurde festgelegt, daß die Partei mindestens 0,5% der Zweitstimmen erhalten haben muß. Wie die Erfahrungen der folgenden Jahre gezeigt haben, haben vom Chancenausgleich, der den Staat rund 12 Mill. DM pro Jahr kostet, außer den Grünen die „bürgerlichen“ Parteien am stärksten und die SPD am wenigsten profitiert:<sup>107</sup> ein überzeugender Beweis für den sozialen Wandel, der sich seit den 50er Jahren an der Basis der Volksparteien vollzogen hat.
- Um dem Mißbrauch der „Umwegfinanzierung“ entgegenzuwirken, wurde den Parteien die *Annahme bestimmter Spenden untersagt* (§ 25 Abs. 1 PartG). Es handelt sich hierbei u. a. um die Annahme von Spenden politischer Stiftungen, gemeinnütziger Vereinigungen und von Spenden, die über Berufsverbände weitergeleitet worden sind. Diese unzulässigen Spenden sind von der Partei unverzüglich an das Präsidium des Bundestages weiterzuleiten, das sie karitativen Einrichtungen zur Verfügung stellt. Tut die Partei dies nicht, so geht sie nicht nur der rechtswidrig erlangten Spende verlustig, sondern verliert auch den Anspruch auf Wahlkampfkostenerstattung in doppelter Höhe des Spendenbetrags.
- Schließlich wurde die *Rechenschaftspflicht* bedeutend *erweitert*. Während die Parteien zuvor nur über ihre Einnahmen Rechenschaft ablegen mußten, erstreckt sich diese Pflicht nunmehr auch auf die jährliche Vorlage einer Ausgaben- und einer Vermögensrechnung.

Es konnte nicht ausbleiben, daß das Bundesverfassungsgericht auch diesmal mit der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung befaßt wurde. Nun waren es die Grünen, die mit einer Organklage und einer parallel erhobenen Verfassungsbeschwerde eines ihrer Mitglieder das ausgeklügelte Werk der Parteienfinanzierung zu Fall bringen wollten. Dies ist ihnen jedoch mißlungen. Durch das *fünfte Parteienfinanzungsurteil* vom 14. 7. 1986<sup>108</sup> wurde die Organklage abgewiesen und der Verfassungsbeschwerde nur in einem eher nebensächlichen Punkte stattgegeben. Entscheidend war, daß die Verfassungsmäßigkeit des neuen Regelungskonzepts und vor allem

<sup>107</sup> In den vier Jahren 1985/88 zahlte der Bund 44,83 Mill. DM als Chancenausgleich, und zwar 12,72 Mill. DM an die CDU, 10,62 Mill. DM an die Grünen, 9,73 Mill. DM an die FDP, 9,42 Mill. DM an die CSU und nur 1,91 Mill. DM an die SPD. Quelle: A. Mintzel – H. Oberreuter (Hrsg.), *Parteien in der Bundesrepublik Deutschland*, 1990, S. 415.

<sup>108</sup> BVerfGE 73, 40.

der umstrittenen Einrichtung des Chancenausgleichs bestätigt wurde. Beanstandet wurde nur die Bemessung der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Parteispenden nach Prozentsätzen (§ 10 b Abs. 1 EStG, § 9 Nr. 3 KStG), da dies die Bezieher höherer Einkommen begünstige und deshalb einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz darstelle. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts hätte die Höhe abzugsfähiger Spenden mit einem absoluten Betrag bestimmt werden müssen. Bis zu einer gesetzgeberischen Neuregelung setzte das Gericht diesen Betrag auf 100 000,- DM fest.

Der Bundestag trug dem Urteil durch eine *Änderung des Parteiengesetzes* und der Steuergesetze Ende 1988 Rechnung.<sup>109</sup> Dabei nutzte er den vom Bundesverfassungsgericht gewährten Spielraum nicht aus und begnügte sich bei den steuerlich absetzbaren Spenden mit einem Höchstbetrag von 60 000,- DM. Andererseits erhöhte er die Grenze für namentlich auszuweisende Großspenden von 20 000,- DM auf 40 000,- DM. Des weiteren gestattete er den Parteien, die bei einer Bundestagswahl mindestens 2% der Zweitstimmen erreichen, einen zusätzlichen Griff in den Staatssäckel durch Einführung eines *Sockelbetrags* bei der Wahlkampfkostenerstattung (§ 18 Abs. 6 PartG). Dieser Sockelbetrag wird neben der Wahlkampfkostenpauschale ausgeschüttet und beträgt pro Partei 6% der gesamten Wahlkampfkostenpauschale, darf allerdings 80% des Anteils der jeweiligen Partei an der Wahlkampfkostenpauschale nicht übersteigen. Praktisch dürfte der Sockelbetrag zu einer durchschnittlichen Erhöhung der Wahlkampfkostenpauschale von 5,- DM auf 6,50 DM pro Wahlberechtigten führen und die kleineren Parteien trotz der letztgenannten Begrenzung unverhältnismäßig begünstigen. Die Grünen haben sogleich ihre Absicht angekündigt, die Angelegenheit vor das Bundesverfassungsgericht zu bringen. Um die unerfreulichen Streitigkeiten künftig in Grenzen zu halten, wurde schließlich eine Bestimmung in das ParteiG aufgenommen, wonach vor beabsichtigten Änderungen des Rechts der Parteienfinanzierung eine vom Bundespräsidenten zu berufende unabhängige Sachverständigenkommission Empfehlungen ausarbeiten solle.

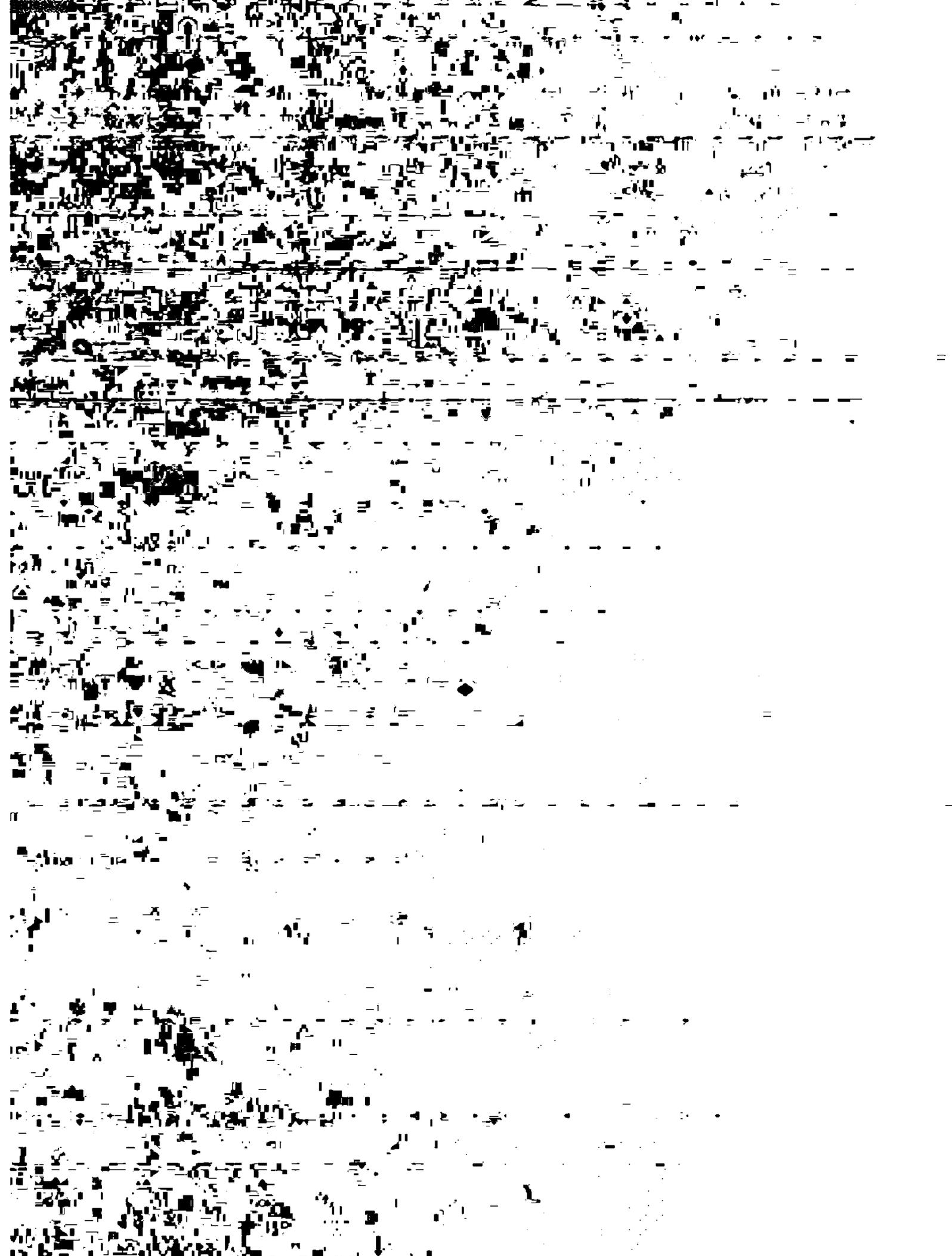
#### IV.

#### *Schlußbemerkung*

Die vorgetragene Entwicklungsskizze der Rechtsstellung politischer Parteien und namentlich ihrer Finanzierung in der Bundesrepublik Deutschland mag gemischte Gefühle hervorrufen. Auf der einen Seite ist es aus rechtsstaatlicher Sicht gewiß höchst eindrucksvoll, welch gewaltige Rolle die Verfassung und die sie auslegende Verfassungsgerichtsbarkeit auf diesem politisch sensiblen Rechtsgebiet spielen. Auf der anderen Seite bietet die Entwicklung der Parteienfinanzierung ein augenfälliges Beispiel für die gewachsene Neigung politischer Parteien, ihre im Grunde politischen Streitigkeiten vor dem Bundesverfassungsgericht auszutragen und damit das höchste Gericht in die Rolle eines Ersatzgesetzgebers zu drängen. Des weiteren kann man eine zunehmende Komplexität des Parteienrechts konstatieren, die man bis zu einer

<sup>109</sup> Änderungsgesetz vom 22. 12. 1988 (BGBl. I S. 2615). Neufassung des Parteiengesetzes bekanntgemacht am 3. 3. 1989 (BGBl. I S. 327).

gewissen Grenze als einen differenzierten Ausgleich widerstreitender Interessen und Werte rühmen mag, jenseits dieser aber als übertriebene und die Rechtssicherheit beeinträchtigende Kompliziertheit rügen muß. Ob diese Grenze in Deutschland bereits überschritten ist, soll der Leser selbst beurteilen. Jedenfalls gibt es nicht nur einen unterentwickelten, sondern auch einen überzüchteten Rechtsstaat.



PÉTER SCHMIDT, BUDAPEST

## **Die Rechtsstellung der politischen Parteien und das Wahlrecht in Ungarn**

Der Rechtsstellung der Parteien, kurz gesagt dem Verhältnis der Parteien zu den staatlichen Organen, kann man sich von zwei Seiten aus nähern. Zum einen kann man die Parteien unter dem Aspekt des Vereinsrechts, das die Gründung von Parteien sowie die staatlichen Eingriffsbefugnisse zum Gegenstand hat, betrachten. Zum anderen ist die Rolle zu untersuchen, die die Parteien im Rahmen des Funktionierens des Staates spielen, was, wenn auch nicht ausschließlich, so doch letzten Endes ihre Teilnahme an der Arbeit der Vertretungsorgane und hiermit auch an der Arbeit der Regierung betrifft. Diesem zweiten Bereich ist der auch im Titel angesprochene Überblick über die Rechte der Parteien im Rahmen der Kreation der Vertretungsorgane gewidmet.

Zum ersten Fragenkomplex sei nur soviel gesagt, daß in Ungarn bei der Herausbildung der politischen Strukturen eines Mehrparteiensystems als erstes ein Vereinsgesetz (Gesetz Nr. II/1989) verabschiedet wurde, das sich jedoch nicht auf die Parteien erstreckte. In der Begründung des Gesetzes durch den Minister wurde jedoch bereits die Absicht der Regierung deutlich, dem Parlament einen speziellen Gesetzentwurf über die Rechtsstellung der Parteien vorzulegen. Dieses Gesetz, das Gesetz Nr. XXXIII/1989 über die Tätigkeit und die Wirtschaftsführung der Parteien, wurde dann im Oktober 1989 verabschiedet.

Damit ist Ungarn in die Reihe jener Länder getreten, die sich für eine spezielle Regelung der Rechtsstellung der Parteien entschieden haben. Der Grund dafür ist in Ungarn eindeutig. Im Frühjahr wollte die Regierung den Prozeß der Umwandlung verlangsamen, um ihn praktikabler gestalten zu können. Deshalb faßte sie den Entschluß, das Partei- vom Vereinsrecht zu trennen.

Das Parteiengesetz selbst sprengt unter dem Gesichtspunkt der Regelungsart den üblichen Rahmen des Vereinsrechts nicht. Spezifische Regelungen existieren jedoch insofern, als am Arbeitsplatz keine Parteien organisiert werden dürfen und die aktiven Angehörigen der Streitkräfte und der Polizei keine führenden Parteiämter bekleiden dürfen. Schließlich werden spezifische und relativ detaillierte Vorschriften über das Vermögen der Parteien, ihre Wirtschaftsführung und die Publizität aufgestellt. Das Parteiengesetz behandelt die Parlamentswahlen grundsätzlich nicht. Eine Ausnahme besteht nur insoweit, als ein Gericht das Aufhören des Bestehens einer Partei feststellen kann, wenn eine Partei bei zwei aufeinanderfolgenden Parlamentswahlen keinen Kandidaten nominiert hat.

Was die Wahl der Parlamentsabgeordneten anbelangt, basiert das Gesetz Nr. XXXIV/1989 eindeutig auf dem Mehrparteiensystem.

Das Gesetz benennt drei Arten der Mandatsvergabe.

1. Mandate können in 176 persönlichen (individuellen) Wahlkreisen erworben werden. Theoretisch können hier von Parteien unterstützte oder nicht unterstützte Kandidaten antreten. Nominiert ist, wer mindestens 750 sogenannte Empfehlungsabschnitte für sich sammeln konnte. Von den Bewerbern erhält derjenige

das Mandat – sofern mehr als 50% der Stimmberechtigten ihre Stimme abgegeben haben –, der mehr als die Hälfte der abgegebenen gültigen Stimmen auf sich vereint (absolute Mehrheit).

Wenn dies im ersten Wahlgang keinem Bewerber gelungen ist, wird die Wahl in einem zweiten Wahlgang wiederholt. Hier reicht eine Wahlbeteiligung von 25% der Stimmberechtigten aus. Zum zweiten Wahlgang sind die Bewerber zugelassen, die im ersten Wahlgang mindestens 15% der abgegebenen Stimmen auf sich vereinen konnten. Mindestens zuzulassen sind indes die drei Bewerber mit den meisten Stimmen. Im zweiten Wahlgang ist gewählt, wer die meisten Stimmen erhält (relative Mehrheit).

2. Ein Mandat kann ferner über die territorialen Listen (Komitatslisten) errungen werden. Die Zahl der hierüber zu vergebenden Mandate beträgt im ganzen Land 156. Komitatslisten können nur Parteien einreichen, die mindestens in einem Viertel der individuellen Wahlkreise des betreffenden Komitats einen Bewerber nominieren konnten.

Hier geben die Stimmberechtigten ihre Stimme einer Partei; sie stimmen für die von der Partei aufgestellte Liste. Die Liste ist gebunden, das heißt, die auf der Liste stehenden Namen oder deren Reihenfolge können nicht geändert werden.

Mandate entfallen auf die Parteien im Verhältnis zu den errungenen Stimmen. Voraussetzung ist aber, daß die Partei im Landesmaßstab mindestens 4% der abgegebenen Stimmen erhalten hat. Dies ist bei den Parlamentswahlen vom Frühjahr 1990 sechs Parteien gelungen.

3. Mandate können schließlich über die Landeslisten der Parteien erworben werden. Auf die Landesliste entfallen 58 Mandate. Eine derartige Liste können nur Parteien aufstellen, die in mindestens sieben der 20 Gebiete – 19 Komitate und die Hauptstadt Budapest – eine (Komitats-)Liste aufstellen konnten. Diese Voraussetzung haben im Frühjahr 1990 zwar 12 Parteien erfüllt, infolge der 4-%-Klausel sind letztlich jedoch nur auf sechs Parteien Mandate entfallen. Denn auch hier gilt die Regel, daß nur die Partei über die Landesliste Mandate erhalten kann, die im Landesmaßstab mindestens 4% der abgegebenen Stimmen erhalten hat. Mit dieser Liste werden die sogenannten Reststimmen berücksichtigt, d.h. die Stimmen, die zwar für eine Partei abgegeben worden sind, dieser jedoch zu keinem Mandat verholfen haben. Reststimmen können sich sowohl in den individuellen Wahlkreisen als auch hinsichtlich der Komitatslisten ergeben. Die 58 Mandate werden auf die Parteien nach dem Verhältnis der auf sie entfallenden Reststimmen verteilt.

Das vorstehend beschriebene Wahlsystem verfolgt vier Ziele.

1. Die Parteien und Schöpfer des Gesetzes wollten ein Wahlsystem schaffen, das jeder Partei ermöglicht, das Ausmaß ihrer gesellschaftlichen Unterstützung unter Beweis zu stellen. Diesem Ziel sollte die Komitats- bzw. Hauptstadtparteiliste dienen.
2. Des weiteren sollte ein Wahlsystem etabliert werden, das imstande ist, die aus der Direktwahl in den individuellen Wahlkreisen folgende Disproportionalität zu mildern. Eine gerechtere Verteilung der Mandate nach dem Stimmenverhältnis der Parteien sollte mittels der Komitats- und Hauptstadtlisten sowie der Aufstellung einer auch die Reststimmen berücksichtigenden Landesliste erreicht werden.

3. Die Parteien wollten ein Wahlsystem schaffen, das imstande ist, die sehr zergliederte Parteienstruktur zu konzentrieren, womit in der Praxis die großen Parteien begünstigt werden und der Einzug kleiner Parteien ins Parlament verhindert wird.
4. Schließlich sollten – wobei die nichtentwickelte politische Struktur der Gesellschaft bedacht wurde – neben der Vertretung durch die Parteien die Vorzüge der individuellen Wahlkreise beibehalten und damit jedem einzelnen Wahlkreis, unabhängig von der – u.U. nur relativ geringen – Zahl von Wahlberechtigten, ein Abgeordneter zugesprochen werden.

Eine Existenzberechtigung der parallelen Beibehaltung des individuellen und des Listenwahlsystems besteht nur dann, wenn diese bei der Kreation der Vertretungsorgane unterschiedliche Funktionen erfüllen. Grund dieser Konstruktion war im Herbst 1989 anscheinend die noch mangelnde gesellschaftliche Akzeptanz der Parteienstruktur. Es sollte also einerseits eine Abstimmung über Parteien erfolgen (Listenwahl), andererseits mußte es gestattet werden, daß die gesellschaftlichen Bestrebungen nicht nur von den Parteien, sondern auch von individuellen Kandidaten zum Ausdruck gebracht werden können.

Im Gegensatz zu diesen Bestrebungen hat das Gesetz – mit anderen Mitteln – auch die individuellen Wahlkreise sehr „verparteilicht“. So wurden die Parteien in den individuellen Wahlkreisen zur Nominierung von Kandidaten gedrängt, um die Aufstellung von Komitatslisten zu erreichen. Denn nur eine Partei, die in individuellen Wahlkreisen in entsprechender Zahl Kandidaten nominieren konnte, kann eine Parteiliste aufstellen. Diese „Verparteilichung“ wurde dadurch verstärkt, daß die in den individuellen Wahlkreisen erfolglosen Stimmen als Reststimmen zählen, die dann über die Landesliste den Parteien zugute kommen. Die bereits erwähnte 4-%-Klausel hatte auch die kleinen Parteien dazu veranlaßt, überall Kandidaten aufzustellen, weil sie sich einmal größere Chancen hinsichtlich des Erreichens der 4-%-Grenze, zum anderen im Hinblick auf den Erwerb von Mandaten über die Landeslisten versprachen.

So hat das zweispurige Wahlsystem, die parallele Beibehaltung der Parteiliste und der individuellen Kandidaten, größtenteils seinen Sinn verloren. Dies hatte zur Folge, daß in den individuellen Wahlkreisen die Stimmen – ebenso wie im Hinblick auf die Listen – an Parteien vergeben wurden. Die Direktwahl in den individuellen Wahlkreisen führte schließlich allein zu einer Disproportionalität in dem Sinne, daß die großen Parteien begünstigt wurden. Von den sogenannten unabhängigen Kandidaten haben nur sieben ein Mandat errungen.

In der Zukunft wird sich die Frage der Abschaffung der beiden parallelen Wahlsysteme, der weitergehenden Berücksichtigung von Proportionalitätsgesichtspunkten und gegebenenfalls auch der vollständigen Abschaffung der individuellen Wahlkreise stellen.

Das neue Wahlsystem hat in erster Linie infolge der Aufrechterhaltung der individuellen Wahlkreise eine disproportionale Vertretung zustande gebracht. Die größte Partei, das Ungarische Demokratische Forum, hat nach den Komitatslisten nur 24% der abgegebenen Stimmen erhalten, jedoch 42,5% der Mandate erworben. Die Allianz der Freien Demokraten hat mit einem Stimmenanteil von 21% 24,4% der Mandate errungen. Auf die übrigen kleineren im Parlament vertretenen Parteien sind dagegen im Verhältnis zu den abgegebenen Stimmen zu wenig Mandate entfallen.

Die politische Gliederung der ungarischen Gesellschaft von heute ist übertrieben, in vielen Beziehungen fehlt die politische Integration. Solange der Mangel an politischer Integration nicht mit den Mitteln der politischen Bewegung ersetzt werden kann, scheint auch der Einsatz administrativer Mittel begründet zu sein. Eine Zunahme der politischen Integration, eine Verringerung der heutigen Parteienzahl (heute existieren noch mehr als 60 Parteien) und die Herausbildung von Gemeinsamkeiten können auch in bezug auf das Parlament eine Einschränkung oder Aufhebung der administrativen Mittel, die eine Konzentration bewerkstelligen sollen, ermöglichen. Es ist wahrscheinlich, daß im Zusammenhang mit einer Vereinfachung des Wahlsystems vor den nächsten Wahlen auch diese Schranken verringert werden können. Auch diese Möglichkeit weist in die Richtung einer Stärkung der proportionalen Vertretung.

Das geltende ungarische Wahlgesetz hat parteipolitisch gesehen einen weiteren Schwachpunkt. Da ein Mandat auf dreierlei Weise errungen werden kann, garantiert es übermäßig, daß die führenden Persönlichkeiten der Parlamentsparteien in das Parlament gelangen können. Von den meisten Parteien wurde dies auch ausgenutzt, da sie ihre Funktionäre sowohl in den individuellen Wahlkreisen als auch auf den beiden Listen antreten ließen. Dieses Ergebnis ist bei einer Vertretung durch Parteien verständlich. Dennoch hat es Anstoß erregt, wenn die Kandidaten, die in den individuellen Wahlkreisen ein großes Fiasko erlitten haben, anschließend als Abgeordnete in den Reihen des Parlaments aufgetaucht sind.

GERHARD HOFFMANN

## Das Parlamentarische Prinzip in Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Bundesrepublik Deutschland

### *Einführung\**

Die parlamentarische Demokratie weist in der dem westlichen Demokratieverständnis zuzuordnenden Staatenwelt (zu der auch, wie z.B. Japan und Indien, außerhalb der westlichen Hemisphäre angesiedelte Staaten gehören können) verschiedene Formen auf. Von diesen sind das Präsidialsystem und das parlamentarische System in ihren jeweiligen Ausgestaltungen hervorzuheben. Beide Erscheinungsformen demokratischer Staatsleitung haben gemeinsam, daß das Parlament aus allgemeinen Wahlen hervorgegangen ist. In beiden Fällen auf Zusammenarbeit mit dem Parlament angewiesen, hängt im parlamentarischen System die Existenz der Regierung vom Vertrauen des Parlaments ab, wohingegen im reinen Präsidialsystem der Staatspräsident als Chef der Exekutive vom Parlament nicht gestürzt werden kann (so z.B. in den USA).<sup>1</sup>

Zwar werden Wahl und gegebenenfalls Abwahl des Regierungschefs dem Parlament als solchem zugerechnet. Tatsächlich ist es aber in aller Regel nur ein Teil der Abgeordneten, nämlich eine Mehrheit von Parlamentsabgeordneten, welche derartige Rechtshandlungen zustande bringen. Das „parlamentarische Vertrauen“ ist also in der sozialen Wirklichkeit das Vertrauen nur einer rechtlich den Ausschlag gebenden Anzahl von Abgeordneten, die in der Regel die Mehrheit der Mitglieder des Parlaments darstellen.

Im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland ist das parlamentarische System statuiert und inhaltlich konkretisiert. Die Bundesregierung ist vom Bundestag existenziell abhängig, d.h. ihre Konstituierung und ihr Fortbestand hängen verfassungsrechtlich davon ab, daß der Bundeskanzler bei seiner Wahl und dann während seiner Amtszeit das Vertrauen des Bundestages besitzt.

\* Es handelt sich bei dem vorliegenden Bericht um die teilweise ergänzte, teilweise auch gekürzte sowie aktualisierte Fassung des am 10. Juli 1990 gehaltenen Vortrages. –

Die in den Fußnoten enthaltenen Literaturangaben sind nicht erschöpfend; sie beziehen sich im allgemeinen auch nur auf Abhandlungen zu speziellen Fragen.

Die Bedeutung der in den Fußnoten verwendeten Abkürzungen „Schindler“ ist:

Schindler II: Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages 1980 bis 1984, Baden-Baden 1986;

Schindler III: Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages 1980 bis 1987, Baden-Baden 1988;

beide herausgegeben von *P. Schindler*.

<sup>1</sup> Für viele (außerhalb der allgemeinen Lehrbücher) hierzu *P. Badura*, Parlamentarismus und parteienstaatliche Demokratie, in Festschr. *K. Michaelis*, 1972, S. 9 ff.; *ders.*, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Herausg. *J. Isensee* u. *P. Kirchhof*, Bd. I, 1987, § 23 Rdn. 10 ff.; *M. Schröder*, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Herausg. *J. Isensee* und *P. Kirchhof*, Bd. II, 1987, § 51.

## I.

*Die Bundesregierung und das parlamentarische Vertrauen**1. Die Konstituierung der Bundesregierung**a) Wahl und Ernennung des Bundeskanzlers sowie Ernennung der Bundesminister*

Die Wahl des Bundeskanzlers erfolgt durch den Bundestag, d.h. durch die in der Verfassung vorgeschriebene (meist qualifizierte) Mehrheit (Art. 63 GG). Der Gewählte ist, vom Fall des Art. 63 IV GG abgesehen, vom Bundespräsidenten zu ernennen.<sup>2, 3</sup> Dieser darf die Ernennung nicht aus politischen Gründen verweigern. Wohl aber darf und muß er prüfen, ob die zur Ernennung vorgeschlagene Persönlichkeit auch „gewählt“ ist, also die erforderliche Mehrheit der Stimmen auf sich vereinigt hat. Wer so nicht gewählt ist, darf auch nicht ernannt werden.

Die Bundesminister hingegen werden auf Vorschlag des Bundeskanzlers vom Bundespräsidenten ernannt, und zwar unabhängig davon, ob sie das „Vertrauen des Bundestages“ besitzen oder nicht.<sup>4</sup> Auf das Vertrauen des Bundespräsidenten in die Eignung der vom Bundeskanzler zur Ernennung vorgeschlagenen Persönlichkeiten kommt es ebenfalls nicht an.<sup>5</sup> Nur das Erfülltsein der rechtlichen Voraussetzungen für die Ernennung zum Bundesminister hat der Bundespräsident zu prüfen. Bei deren Nicht-Erfülltsein (wenn z.B. der Vorgeschlagene nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt) hat er die Ernennung zu verweigern.

*b) Das parlamentarische Vertrauen*

Art. 63 GG stellt für die Wahl zum Bundeskanzler nicht das Erfordernis auf, daß der Bewerber, um gewählt werden zu dürfen, das Vertrauen des Bundestages (d.h. der Bundestagsmehrheit) besitzen müsse. Es ist auch nicht die Annahme überzeugend, daß die Wahl zum Bundeskanzler das Vertrauen impliziere. Erkennbarer Inhalt

<sup>2</sup> Art. 63 GG [Wahl des Bundeskanzlers]

(1) Der Bundeskanzler wird auf Vorschlag des Bundespräsidenten vom Bundestage ohne Aussprache gewählt.

(2) Gewählt ist, wer die Stimmen der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages auf sich vereinigt. Der Gewählte ist vom Bundespräsidenten zu ernennen.

(3) Wird der Vorgeschlagene nicht gewählt, so kann der Bundestag binnen vierzehn Tagen nach dem Wahlgange mit mehr als der Hälfte seiner Mitglieder einen Bundeskanzler wählen.

(4) Kommt eine Wahl innerhalb dieser Frist nicht zustande, so findet unverzüglich ein neuer Wahlgang statt, in dem gewählt ist, wer die meisten Stimmen erhält. Vereinigt der Gewählte die Stimmen der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages auf sich, so muß der Bundespräsident ihn binnen sieben Tagen nach der Wahl ernennen. Erreicht der Gewählte diese Mehrheit nicht, so hat der Bundespräsident binnen sieben Tagen entweder ihn zu ernennen oder den Bundestag aufzulösen.

<sup>3</sup> Die Mehrheiten sind bei den Kanzlerwahlen teilweise äußerst knapp gewesen. So hatte 1987 Bundeskanzler Kohl nur vier Stimmen mehr als erforderlich erhalten (nämlich 253 Stimmen von 497 Abgeordneten). Noch knapper kam die Wahl Adenauers zum ersten Bundeskanzler zustande; dieser erhielt 202 Stimmen von 402 Abgeordneten. Vgl. DAS PARLAMENT Nr. 13 vom 28. 3. 1987, S. 16.

<sup>4</sup> In einigen Bundesländern werden auch die Minister (Senatoren) vom Landesparlament gewählt. S. die Aufstellung bei *Pestalozza*, Verfassungen der deutschen Bundesländer, 3. Aufl., 1988, S. 22 ff.

<sup>5</sup> So auch *W.-R. Schenke*, BK, Erl. zu Art. 64 Rdn. 9 ff.; dort auch Darstellung der Diskussion zu dieser kontrovers erörterten Frage.

dieser Wahl ist allein das Einverständnis der Bundestagsmehrheit, daß der zum Bundeskanzler Gewählte dieses Amt übernimmt.

Zwar ist in Art. 67 und 68 GG der Entzug des parlamentarischen „Vertrauens“ als ein Grund für den Amtsverlust statuiert. Doch zeigt sich, daß das „Vertrauen“ nur als Einverständnis mit der weiteren Amtsführung des Bundeskanzlers zu verstehen ist<sup>6</sup> – ein Einverständnis, das durch Wahl eines neuen Bundeskanzlers widerrufen wird. Wie echtes Vertrauen als eine innere Einstellung, als eine Gesinnung, nicht förmlich beschlossen werden kann, kann es auch nicht durch Mehrheitsbeschluß widerrufen werden. Allenfalls könnte aus der Wahl und aus der Nicht-Abwahl echtes Vertrauen als eine Vermutung abgeleitet werden. Diese Vermutung erweist sich jedoch als falsch; denn es ist möglich, daß der Chef einer Minderheitsregierung von der Parlamentsmehrheit nur toleriert wird, ohne jedoch deren echtes Vertrauen zu genießen. Darüber hinaus ermöglicht Art. 68 I S. 1 GG einem Bundeskanzler, dessen Antrag, ihm das Vertrauen auszusprechen, vom Parlament abgelehnt worden ist, sein Amt trotz Vertrauensentzuges weiterhin innezuhaben. Die vom Bundestag beschlossene Verweigerung des Vertrauensausspruches bedeutet rechtlich also nicht ipso iure, dem Bundeskanzler das Einverständnis zu dessen weiterer Innehabung der Kanzlerschaft zu entziehen.

## 2. Der Sturz der Bundesregierung durch Abwahl des Bundeskanzlers

Der Fortbestand einer Bundesregierung hängt gem. Art. 67 GG davon ab, daß der Bundestag weiterhin der Kanzlerschaft des gegenwärtigen Amtsinhabers zustimmt. Das so zu verstehende Vertrauen des Bundestages kann dem Kanzler grundsätzlich nur dadurch entzogen werden, daß der Bundestag mit der Mehrheit seiner Mitglieder einen Nachfolger wählt und den Bundespräsidenten ersucht, den Bundeskanzler zu entlassen. Der Bundespräsident muß dem Ersuchen entsprechen und den Gewählten ernennen (Art. 67 I GG<sup>7</sup>). Diese Regelung wird als „konstruktives Mißtrauensvotum“ bezeichnet.<sup>8</sup> – Von dieser Möglichkeit des Regierungswechsels während einer Wahlperiode ist seit 1949 erfolgreich nur einmal Gebrauch gemacht worden,

<sup>6</sup> So z.B. auch *H.-P. Schneider*, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1989, Erl. vor Art. 62 (1, 2).

<sup>7</sup> Art. 67. [Mißtrauensvotum]

(1) Der Bundestag kann dem Bundeskanzler das Mißtrauen nur dadurch aussprechen, daß er mit der Mehrheit seiner Mitglieder einen Nachfolger wählt und den Bundespräsidenten ersucht, den Bundeskanzler zu entlassen. Der Bundespräsident muß dem Ersuchen entsprechen und den Gewählten ernennen.

(2) Zwischen dem Antrage und der Wahl müssen achtundvierzig Stunden liegen.

<sup>8</sup> Es ist von politischem und rechtshistorischem Interesse, daß die sehr bald mittels (von der Volkskammer beschlossener) einfacher Gesetze ihres demokratischen Charakters entkleidete DDR-Verfassung von 1949 das konstruktive Mißtrauensvotum zum Inhalt hatte (Art. 95). Von dieser Möglichkeit konnte niemals Gebrauch gemacht werden, weil die das DDR-Verfassungsrecht zunehmend durchdringende sozialistische Staats- und Rechtskonzeption diese Regelung stillschweigend außer Kraft setzte.

nämlich 1982, als Bundeskanzler H. Schmidt (SPD) infolge eines Koalitionswechsels der FDP durch H. Kohl (CDU) abgelöst wurde.<sup>9, 10</sup>

### 3. Exkurs:

#### *Wahl und Abwahl des Regierungschefs bzw. der Regierung im Recht der deutschen Länder*

Wahl und Abwahl des Regierungschefs bzw. der Regierungen (Senate) sind in den Landesrechtsordnungen verschiedenartig geregelt.

So wird z.B. in einigen Stadtstaaten (Berlin, Bremen, Hamburg) die gesamte Regierung vom Parlament gewählt. Teilweise wird (z.B. in Berlin) zunächst der Regierungschef (Regierender Bürgermeister), alsdann das restliche Kabinett gewählt. In den anderen Stadtstaaten (Bremen und Hamburg) wird sogleich die gesamte Regierung (der Senat) gewählt; diese wählt dann aus ihrer Mitte den Regierungschef. In einigen Ländern wird vom Landesparlament nur der Regierungschef gewählt; die von diesem ernannten Regierungsmitglieder bedürfen dann der Bestätigung durch den Landtag.

Auch die Abwahl ist in den Ländern verschiedenartig geregelt. In einigen Landesverfassungen findet sich das konstruktive Mißtrauensvotum (z.B. in Baden-Württemberg: Art. 54 der Landesverfassung; Nordrhein-Westfalen: Art. 61). Eine dem konstruktiven Mißtrauensvotum des Bundesverfassungsrechts (Art. 67 GG) entsprechende Regelung enthält z.B. die hessische Verfassung: Wird dem Ministerpräsidenten das Vertrauen entzogen oder versagt, so hat der Regierungschef zurückzutreten. Spricht der Landtag nicht binnen zwölf Tagen einer neuen Regierung das Vertrauen aus, so ist er aufgelöst (Art. 114 hess. Landesverfassung).<sup>11</sup> In beiden Fällen (Bundesverfassungsrecht und hess. Landesverfassungsrecht) kommt es darauf an, im Interesse einer vollen Handlungsfähigkeit des Staates eine regierungslose Zeit zu vermeiden.

Die im Bundesverfassungsrecht getroffene Regelung – parlamentarische Abhängigkeit der Regierung und Möglichkeit des Regierungsturzes mittels des konstruktiven Mißtrauensvotums – ist den Ländern nicht mit dem im GG normierten Inhalt durch Art. 28 I S. 1 GG vorgeschrieben. So führt das BVerfG aus, der demokratische Rechtsstaat im Sinne des Grundgesetzes setze zwar notwendig eine funktionsfähige und verantwortliche Regierung voraus; doch könne die Abgrenzung der Regierungsbefugnisse und die Ausgestaltung der Verantwortlichkeit im einzelnen verschieden sein.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Chronik des Mißtrauensvotums von 1982 bei *Schindler III*, S. 351 ff. – Ein im April 1972 gegen den damaligen Bundeskanzler Brandt nach Art. 67 GG gerichteter Antrag scheiterte, indem er keine Mehrheit fand (s. *Schindler III*, a.a.O.).

<sup>10</sup> Zur Ministerverantwortlichkeit u.a. *P. Badura*, ZParl 1980, S. 573 ff.; *U. Wengst*, ZParl 1984, S. 539 ff.

<sup>11</sup> Näheres bei *C. Pestalozza*, a.a.O. (Fn. 4).

<sup>12</sup> BVerfGE 9, 268 ff., 281.

## II.

*Die Kontrolle der Bundesregierung durch Bundestagsabgeordnete und deren Gruppierungen**1. Das Informationsbedürfnis und dessen Befriedigung*

Parlamentarische Kontrolle bedeutet, daß im Bundestag regierungsamtliche Aktionen und Aktivitäten analysiert und bewertet werden; dabei können einzelne Maßnahmen selbst, aber auch das mit diesen verfolgte Ziel Gegenstand der meist kritischen Beurteilung sein. Maßstab dieser Kontrolle können rechtliche, aber auch politische Gesichtspunkte sein. Die Politikbezogenheit zulässiger Bewertungsmaßstäbe bringt es mit sich, daß das Ergebnis einer Bewertung ebenso subjektiv ist wie der Maßstab selbst. Je nach den politischen Standorten der Bewertenden, also der kontrollierenden Personen und Personengruppen, ist das Urteil über regierungsamtliche Maßnahmen und Ziele der Bundesregierung positiv oder negativ.

Das Bedürfnis möglichst umfassender Informationen ist denen, die durch derartige Bewertung parlamentarische Kontrolle ausüben, gemeinsam. Den Angehörigen der die Bundesregierung stellenden Fraktionen fällt es in aller Regel nicht schwer, die für sie wünschenswerten Informationen zu erlangen. Die Bundesregierung wird sie ihnen zugänglich machen – wenn auch nur fraktionsintern. Die im Bundestag die Opposition bildenden Fraktionen hingegen sind weniger günstig gestellt. Doch können sie mit Hilfe Großer und Kleiner Anfragen sich von der Bundesregierung die ihnen wünschenswert erscheinenden Informationen erteilen lassen. Selbstverständlich steht diese Möglichkeit auch den Koalitionsfraktionen offen; nur haben diese es in aller Regel nicht nötig, hiervon Gebrauch zu machen.

Die rechtliche Möglichkeit des Bundestages (und seiner Ausschüsse), die Anwesenheit jedes Mitgliedes der Bundesregierung zu verlangen (Art. 43 I GG), dient ebenfalls der Informationserteilung, ist aber zugleich auch ein Kontrollmittel des Parlaments. Auf Antrag einer Fraktion oder von anwesenden fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages ist die Herbeirufung eines Mitgliedes der Bundesregierung zu beschließen (Zitierrecht; § 42 GO/BT). In der Zeit von 1949 bis zum Ende des Jahres 1987 sind in 39 Fällen Mitglieder der Bundesregierung zu Plenarsitzungen des Bundestages zitiert worden. Die Fälle der Zitierung zu Ausschuß-Sitzungen sind bei Ende des Jahres 1987 noch nicht zusammengestellt worden.<sup>13</sup>

*2. Die Anforderung von Berichten der Bundesregierung*

Eine Möglichkeit der Informationsbeschaffung und der Kontrolle besteht für den Bundestag auch darin, daß dieser von der Bundesregierung einen Bericht zu bestimmten Vorgängen anfordert. So verlangte die SPD-Fraktion in einem Entschließungsantrag (12/60 neu) vom 1. Februar 1991, die Bundesregierung solle dem Bundestag bis zum 28. Februar schriftlich mitteilen, welche deutschen Unternehmen oder Staatsangehörigen seit Beginn des irakisch-iranischen Krieges an der Entwicklung und am Aufbau der militärischen Rüstung des Irak beteiligt waren. Die Bundes-

<sup>13</sup> Schindler III, S. 363.

regierung soll außerdem u.a. sagen, welche Stellen und Mitglieder der Bundesregierung durch Informationen befreundeter Nachrichtendienste wann von einer möglichen Beteiligung Deutscher gewußt haben und was unternommen worden ist, um die weitere Beteiligung Deutscher vor allem an der Entwicklung und Produktion von Giftgas und Raketen zu unterbinden. – Bereits im Jahr 1989 ist von der Bundesregierung schon einmal ein Bericht – und zwar über die Beteiligung deutscher Unternehmen und Staatsangehöriger an der Giftanlage im libyschen Rabta – erstattet worden.<sup>14</sup>

### 3. Große und Kleine Anfragen als Mittel der Informationsbeschaffung und der Kontrolle

#### a) Die Anfragen, allgemein

Die Rechtsinstitute der Großen und Kleinen Anfrage sind zwar im GG nicht genannt; sie haben ihre rechtliche Regelung in der Geschäftsordnung des Bundestages (§§ 100 ff.) erfahren. Von den Kontrollmitteln des Bundestages sind sie am häufigsten angewandt.

Große Anfragen an die Bundesregierung müssen kurz und bestimmt gefaßt sein. Über die Antwort der Bundesregierung ist eine Beratung zulässig, wenn sie von einer Fraktion oder von fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages verlangt wird. – Es waren 175 Große Anfragen, die z.B. während der 10. Wahlperiode (1983–1987) an die Bundesregierung gerichtet worden sind.

In Kleinen Anfragen (§ 104 GO/BT) kann von der Bundesregierung Auskunft über bestimmt bezeichnete Bereiche verlangt werden. Diese Anfragen werden von der Bundesregierung schriftlich beantwortet. Beide Arten von Anfragen können von Abgeordneten in Fraktionsmindeststärke vorgetragen werden (§§ 75, 76 I, 100 bzw. 104 GO/BT).

Kurze Einzelfragen können von jedem Mitglied des Bundestages zur mündlichen oder schriftlichen Beantwortung an die Bundesregierung gerichtet werden (§ 105 GO/BT). Zulässig sind Fragen aus Bereichen, für die die Bundesregierung unmittelbar oder mittelbar verantwortlich ist (Anlage 4 zur GO/BT).

Schließlich sind noch die mündlichen Fragen zu erwähnen, die im Rahmen der 1952 eingeführten Aktuellen Stunde vorgetragen werden können (§ 106 GO/BT, Anlage 5 zur GO/BT).

#### b) Die Großen Anfragen

Themen Großer Anfragen können sich auf die verschiedensten Sachgebiete beziehen. So hatten sich die während der 10. Wahlperiode eingebrachten 175 Großen Anfragen z.B. auf die NATO-Nachrüstung, die Lagerung von Giftgas, das Kriegsvölker-

<sup>14</sup> Wib 2/91-IX/7 v. 6. 2. 1991. – Die FAZ vom 2. 2. 1991, Nr. 28, S. 1 weiß davon zu berichten, daß der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) in bezug auf den Irak von der Bundesregierung einen Bericht gefordert habe, wie ihn diese im Falle Rabta erstattet hat. – Doch kann es sich hier nicht um den Versuch einer außerparlamentarischen Kontrolle der Bundesregierung handeln, sondern eher um den öffentlichen Nachweis der eigenen Schuldlosigkeit.

recht, den Schutz des Bodens, die Frauenarbeitslosigkeit, die gesellschaftlichen Kosten des Autoverkehrs, die Reform des Auswärtigen Dienstes, die Hochschulförderung in der Dritten Welt sowie das Leseverhalten und die Lesekultur in der Bundesrepublik bezogen.<sup>15</sup>

Nach Eingang der von der Bundesregierung gegebenen Antwort wird die Große Anfrage auf die Tagesordnung des Bundestages gesetzt; eine Beratung muß erfolgen, wenn sie von einer Fraktion oder von fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages gefordert wird (§ 101 GO/BT). In diesem Rahmen hat die Opposition die ihr willkommene Gelegenheit, Kritik an der Bundesregierung zu üben und Alternativen zu entwickeln, damit sich selbst sowie ihre Wert- und Zielvorstellungen dem Parlament und einer interessierten Öffentlichkeit darstellend und für sich selbst Propaganda treibend.

Damit ist das Rechtsinstitut der Großen Anfrage für die Opposition nicht nur ein Kontrollinstrument, sondern zugleich auch ein Mittel im Kampf um die Übernahme der Regierung oder zumindest um Teilhabe an ihr.

#### 4. *Opposition und Regierung als die wirklichen Gegenspieler in den Kontrollvorgängen*

##### a) *Fragesteller*

Ein Blick in die Statistik über die Großen Anfragen zeigt, daß es praktisch nur die Oppositionsfraktionen sind, die von dem Recht der Großen Anfrage Gebrauch machen. Die Fraktionen der Koalitionsparteien halten sich demgegenüber stärkstens zurück.

So ist in der 10. Wahlperiode (1983–1987) von den einzelnen Fraktionen der Koalitionsparteien (CDU/CSU und FDP) keine einzige Große Anfrage vorgelegt worden. Gemeinsam haben diese Fraktionen von insgesamt 175 Großen Anfragen nur 27 solche Anfragen (15,4% aller Großen Anfragen) eingebracht. Demgegenüber stammen in derselben Wahlperiode von der SPD 61 (34,9%) und von den GRÜNEN 87 Anfragen (49,7%).<sup>15</sup> Als die CDU/CSU in der Opposition war (z.B. in der 8. Wahlperiode, 1976–1980), kamen 70,2% aller Großen Anfragen von dieser Fraktion, wohingegen die damaligen Koalitionsfraktionen (SPD und FDP) keine einzige Große Anfrage und gemeinsam nur 29,8% aller Großen Anfragen eingebracht hatten.<sup>16</sup>

Ähnlich liegen die Verhältnisse in bezug auf die Kleinen Anfragen während der 10. Wahlperiode: Unter 1006 Anfragen stammt keine einzige von einer der Koalitionsfraktionen CDU/CSU und FDP, von diesen gemeinsam sind 4,0% der Kleinen Anfragen eingebracht worden. Von der SPD stammen 14,4% und von den GRÜNEN 81,5%<sup>17</sup>.

Die geringe Beteiligung der Koalitionsfraktionen muß teilweise darauf zurückgeführt werden, daß die Bundesregierung „ihre“ Fraktionen fraktionsintern mit den gewünschten Informationen ausstattet. Überdies werden diese Fraktionen Große Anfragen dann nicht einbringen, wenn deren Beantwortung durch die Bundesregierung

<sup>15</sup> Schindler III, S. 646.

<sup>16</sup> Schindler II, S. 708.

<sup>17</sup> Schindler III, S. 646.

zu deren Lasten negative Kritik seitens der Opposition auslösen würde. Kritik an der Bundesregierung können die Koalitionsfraktionen innerhalb dieser parlamentarischen Gruppe üben, so daß die Bundesregierung nach außen geschont bleibt.

*b) Regierungsmitglieder als stille Teilhaber der sie kontrollieren sollenden Fraktionen*

Die auffallende Zurückhaltung der Koalitionsfraktionen in bezug auf das Einbringen Großer und Kleiner Anfragen ist – zumindest teilweise – auch organisatorisch bedingt; d.h. sie ergibt sich aus der Verquickung der Bundesregierung mit Teilen des Bundestages. So sind in allen Wahlperioden fast alle Regierungsmitglieder auch Mitglieder des Bundestages gewesen; das ist auch heute noch der Fall. So waren im Kabinett Kohl der 10. Wahlperiode (1983–1987) von insgesamt 19 Kabinettsmitgliedern nur drei Minister nicht Mitglieder des Bundestages. Im Kabinett Kohl der 11. Wahlperiode (1987–1991) gab es nur einen mandatslosen Minister unter 19 Kabinettsmitgliedern.<sup>18</sup>

Einige der dem Bundestag angehörenden Mitglieder der Bundesregierung sind überdies Spitzenfunktionäre ihrer Partei, wie z.B. Bundeskanzler Kohl Vorsitzender seiner Partei ist. Gleichzeitige Innehabung von hohen Ämtern in Regierung, Partei und Fraktion sind für führende Politiker keineswegs seltene Ausnahmen. Faßt man ins Auge, daß die Regierungsmitglieder in ihrer Bundestagsfraktion einen erheblichen Einfluß auszuüben vermögen und so – z.B. auch im Bereich der parlamentarischen Kontrolle – die Fraktion zu steuern in der Lage sind, so zeigt sich die stille Teilhaberschaft der Regierungsmitglieder an Gremien, die auch der Regierungskontrolle zu dienen bestimmt sind.<sup>19</sup> Das macht die parlamentarische Opposition mit ihren Kontrollmöglichkeiten um so wichtiger. Ohne die Opposition wäre die partielle Mitwirkungsmöglichkeit der Bundesregierung an ihrer eigenen Kontrolle – auch unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung – nur schwer erträglich.

Da also nicht das Parlament als solches, sondern die parlamentarische Opposition im Rahmen der parlamentarischen Kontrolle der wirkliche Gegenspieler der Bundesregierung ist, kommt der Opposition im Parlament eine große Verantwortung zu. Unter diesem Gesichtspunkt sind Regierungen, die von einer sog. großen Koalition getragen sind, unerfreuliche Erscheinungen, die allenfalls in Krisensituationen politisch gerechtfertigt sein mögen.

Haben sich die Koalitionsfraktionen unter dem Gesichtspunkt kritischer Kontrolle der Bundesregierung in die Bedeutungslosigkeit zurückgezogen, so können sie – wiederum zu Gunsten der Bundesregierung – in den Untersuchungsausschüssen eine wichtige Rolle spielen, indem ihre Ausschußmitglieder z.B. auf Beweiserhebungen und auf die Abfassung des Schlußberichtes einen der Bundesregierung günstigen Einfluß nehmen (s.u.). Im Untersuchungsausschuß stehen jedenfalls den Vertretern der Opposition die der Koalition als Gegenspieler gegenüber.

<sup>18</sup> Schindler III, S. 310 ff.

<sup>19</sup> H.-P. Schneider, a.a.O. (Fn. 6) S. 378. weist auf die von Regierung und parlamentarischer Mehrheit gebildete „politische Handlungseinheit“ hin, die sowohl im Interesse der Regierung wie zum Vorteil der Mehrheitsfraktion(en) auch durch personelle Verflechtungen und Doppelmitgliedschaften zusammengehalten und effektiviert werden müsse.

## III.

*Die Kontrolle der Bundesregierung durch Untersuchungsausschüsse des Bundestages**1. Das Kontrollrecht<sup>20</sup>*

Während es sich bei dem Recht, an die Bundesregierung Große und Kleine Anfragen zu richten, und bei dem Recht zur individuellen Fragestellung um Rechte der Fraktionen, sonstiger Bundestagsgruppierungen und einzelner Abgeordneter handelt, ist es der Bundestag selbst, dem das in Art. 44 GG statuierte Untersuchungsrecht zusteht. Allerdings ist nicht das Plenum zur Ausübung dieses Rechtes befugt; vielmehr muß sich das Parlament hierzu seiner Untersuchungsausschüsse bedienen.<sup>21</sup> Das Plenum darf sich auch nicht selbst zum Untersuchungsausschuß erklären bzw. sich als solchen einsetzen. Dem steht der Wortlaut des Art. 44 I GG entgegen.<sup>22</sup>

Untersuchungsausschüsse sind ad hoc eingesetzte und mit hoheitlichen Beweiserhebungsrechten ausgestattete Unterorgane des Bundestages. Sie haben die Aufgabe, Sachverhalte, deren Aufklärung im öffentlichen Interesse liegt (Untersuchungsgegenstand), zu untersuchen und dem Plenum Bericht zu erstatten, um im Rahmen seiner allgemeinen Zuständigkeit liegende Beschlüsse des Bundestags vorzubereiten.<sup>23</sup> Wie die Beschlüsse des Bundestages nur im verfassungsmäßigen Aufgabenbereich des Bundestages liegen dürfen, kann die Untersuchung des Untersuchungsausschusses auch nur im Rahmen dieser Zuständigkeit vorgenommen werden (Korrolar-Grundsatz).

So besteht Einigkeit darin, daß unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Gewaltenteilung Untersuchungsausschüsse nicht in die Kernbereiche der Bundesregierung und der Justiz eingreifen dürfen. Aus dem obersten Verfassungsgrundsatz der Bundesstaatlichkeit ergibt sich ferner, daß in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder fallende Angelegenheiten nicht Untersuchungsgegenstände der vom Bundestag eingesetzten Untersuchungsausschüsse sein dürfen. Grundsätzlich dürfen nur abge-

<sup>20</sup> Hierzu die Monographie von A. Schleich, Das parlamentarische Untersuchungsrecht des Bundestages, 1985; ferner die Aufsätze und sonstigen Beiträge u.a. von H. Ehmke, Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages 1964, Band II 1965, E 39; G. Heinemann, ebenda, E 53 ff.; K. J. Partsch, Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag 1964, u.a. S. 213 ff.; H. Meyer, VVDStRL 33, 1975, S. 69 ff., 100 ff.; H. Rechenberg, Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung Art. 44, 1977; R. Scholz, AöR 105, 1980, S. 564 ff.; K. Stern, AöR 109, 1984, S. 199 ff.; R. Pietzner, Evangelisches Staatslexikon, 1987, Stichwort „Parl. Untersuchungsausschüsse“ Sp. 3673 ff.; G. Kretschmer, DVBl. 1988, S. 811 ff.; H. Meyer, in: Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, Herausg. H.-P. Schneider, 1989, § 4 S. 143 ff.

<sup>21</sup> Für viele Th. Maunz, in Maunz-Dürig, Komm. zum GG, Erl. zu Art. 44 Rdn. 9; H. Rechenberg, BK, Erl. zu Art. 44, Rdn. 10.

<sup>22</sup> Art. 44 [Untersuchungsausschüsse]

(1) Der Bundestag hat das Recht und auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder die Pflicht, einen Untersuchungsausschuß einzusetzen, der in öffentlicher Verhandlung die erforderlichen Beweise erhebt. Die Öffentlichkeit kann ausgeschlossen werden.

(2) Auf Beweiserhebungen finden die Vorschriften über der Strafprozeß sinngemäß Anwendung. Das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis bleibt unberührt.

(3) Gerichte und Verwaltungsbehörden sind zur Rechts- und Amtshilfe verpflichtet.

(4) Die Beschlüsse der Untersuchungsausschüsse sind der richterlichen Erörterung entzogen. In der Würdigung und Beurteilung des der Untersuchung zugrundeliegenden Sachverhaltes sind die Gerichte frei.

<sup>23</sup> So z.B. R. Pietzner, a.a.O. (Fn. 20), Sp. 3673.

schlossene Vorgänge Untersuchungsgegenstand sein. Die Kontrollkompetenz des Bundestages enthält nicht die Befugnis, in laufende Verhandlungen und in Entscheidungsvorbereitungen einzugreifen (BVerfGE 67, 139).

Anlässe für die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses können Mißstände im Bereich von Regierung, Verwaltung und Justiz (oder auch des Parlaments selbst) sein; deswegen werden diese Untersuchungsausschüsse als Mißstandsausschüsse (auch als Skandalausschüsse) bezeichnet. Enquete-Kommissionen, wie z.B. solche zur Vorbereitung komplexer oder komplizierter Gesetzesvorhaben, gehören nicht zu den (im vorliegenden Bericht behandelten) Untersuchungsausschüssen des Bundestages.<sup>24</sup> Demgegenüber hat der vom Bundestag bestellte Verteidigungsausschuß auch die Rechte eines Untersuchungsausschusses (Art. 45 a II GG).

Das von den Untersuchungsausschüssen durchgeführte Verfahren ist gerichtsähnlich. Das ergibt sich bereits aus Art. 44 II GG mit seinem Hinweis auf die Vorschriften über den Strafprozeß. Die Beschlüsse der Untersuchungsausschüsse sind der richterlichen Erörterung entzogen, insofern also justizfreie Hoheitsakte. Doch sind die Gerichte frei in der Würdigung und Beurteilung des der Untersuchung zugrunde liegenden Sachverhaltes (Art. 44 IV GG).

## 2. Die rechtlichen Regelungen für das Verfahren der Mißstandsausschüsse des Bundestages

Die die Tätigkeit der Untersuchungsausschüsse betreffende Regelung ist im geschriebenen Recht nur sehr lückenhaft vorgenommen.

Grundlegend ist Art. 44 GG.<sup>25,26</sup> Auf der Ebene einfacher Gesetze sind die einschlägigen, sinngemäß anzuwendenden Vorschriften über den Strafprozeß maßgeblich.

Bestimmungen der Geschäftsordnung des Bundestags – ohne Gesetzesrang – sind in § 74 GO/BT für anwendbar erklärt. Im übrigen sind dem Verfahren der Untersuchungsausschüsse seit einiger Zeit regelmäßig die sog. IPA-Regeln (Entwurf eines Gesetzes über Einsetzung und Verfahren von Untersuchungsausschüssen des Bundestages gem. Drucksache V/4209)<sup>27</sup> – ein lückenschließender Notbehelf – zugrunde gelegt.

<sup>24</sup> So z.B. H. Rechenberg, a.a.O. (Fn. 20), Rdn. 14.

<sup>25</sup> S. Fn. 22.

<sup>26</sup> Unter dem Gesichtspunkt der Entwicklung der damaligen DDR zu einem sozialistischen Staat ist von Interesse, daß die anfänglich auch demokratische Regelungen enthaltende Verfassung von 1949 (einem von der damaligen SED vorgelegten Verfassungsentwurf von 1946, dort Art. 54 entsprechend) das Rechtsinstitut des Untersuchungsausschusses kannte (Art. 65). Dort hieß es: „Zur Überwachung der Tätigkeit der Staatsorgane hat die Volkskammer das Recht und auf Antrag von einem Fünftel der gesetzlichen Zahl der Abgeordneten die Pflicht, Untersuchungsausschüsse einzusetzen.“ Es folgten dann in dieser Verfassungsbestimmung Regelungen, wie sie denen des Bundesverfassungsrechts entsprechen. (Texte in Tägliche Rundschau vom 17. 11. 1946, Nr. 270, S. 3 f., vom 9. 10. 1949, Nr. 237, S. 3 f.). Da die angeblich kontrollierenden Staatsorgane und die angeblich kontrollierende Volkskammer im Zeichen der sich schon damals anbahnenden Diktatur des Proletariats von der „Partei der Arbeiterklasse“ gesteuert waren, bestand keinerlei Anlaß oder Möglichkeit, solche Ausschüsse einzusetzen.

<sup>27</sup> S. Deutscher Bundestag, 11. Wahlperiode, Drucksache 11/8085 vom 20. 9. 1990, S. 1/2, A (Problem). Der Entwurf der Interparlamentarischen Arbeitsgemeinschaft ist wiedergegeben bei *Burhenne* (Herausg.), *Recht und Organisation der Parlamente (ROP)*, S. 231 005.

Das BVerfG hat in einigen Entscheidungen prozessuale Fragen geklärt (s.u., 4.b.bb).

Dennoch sind auch jetzt noch wichtige Fragen – wie z.B. die nach den Rechten der Ausschlußminderheit (s.u., 4.a.aa.) – offen geblieben. Aus diesem Grunde sind von verschiedenen parlamentarischen Seiten Entwürfe eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse vorgelegt worden (s.u., 4.bb).<sup>28</sup> Bedauerlicherweise ist das diesbezügliche Gesetzgebungsverfahren während der 11. Wahlperiode (1987–1991) nicht zu Ende gebracht worden.

### 3. Der Untersuchungsauftrag – Der Untersuchungsgegenstand –

#### a) Der Einsetzungsantrag

Da der Untersuchungsausschuß ein Kontrollmittel in der Hand gerade der Opposition geworden ist, muß auch der die Opposition darstellenden Bundestags-Minderheit die Möglichkeit gegeben sein, die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses gegen den Willen der die Bundesregierung tragenden, stützenden und schützenden Bundestagsmehrheit zu erreichen. Deshalb bestimmt Art. 44 I S. 1 GG, daß der Bundestag die Pflicht hat, einen Untersuchungsausschuß einzusetzen, wenn dies von einem Viertel der (neuerdings 656)<sup>29</sup> Abgeordneten beantragt wird.

Der Untersuchungsgegenstand muß im Einsetzungsantrag bestimmt sein. So hat z.B. der von der SPD-Fraktion in der sog. Flick-Affäre am 28. 4. 1983 eingebrachte Antrag auf Einsetzung eines Untersuchungsausschusses zunächst in allgemeiner Formulierung das Petitum enthalten, dieser Ausschuß „soli klären, ob – und falls ja, in welcher Weise – es der Flick-Konzern unternommen hat, auf Entscheidungen von Mitgliedern des Deutschen Bundestages, der Regierung, der Verwaltung oder sonstiger Stellen der Bundesrepublik Deutschland Einfluß zu nehmen“. „Insbesondere soll festgestellt werden, . . .“ „Es sollen insbesondere folgende Fragen untersucht werden, . . .“ Es folgt nun ein Fragenkatalog von anderthalb Druckseiten Länge. (Vgl. BVerfGE 67, 107 ff.)

#### b) Der Einsetzungsbeschluß

Die Einsetzung des Untersuchungsausschusses gilt bereits als mit dem diesbezüglichen Beschluß erfolgt.

Im Einsetzungsbeschluß darf der im Minderheitenantrag benannte Untersuchungsgegenstand zwar umformuliert werden. Die Bundestagsmehrheit darf ihn aber gegen den Willen der in der Minderheit befindlichen Antragsteller grundsätzlich nicht erweitern oder anderweitig verändern. Wäre dies zulässig, so könnte – z.B. durch Hinzufügen von Zusatzfragen – durch die Mehrheit die von der Minderheit gewünschte Untersuchung in andere Bahnen gelenkt, d.h. die von der Minderheit ins

<sup>28</sup> Zum Problem der Kodifizierung des Rechts der Untersuchungsausschüsse G. Kretschmer, DVBl. 1988, S. 811 ff.

<sup>29</sup> Art. 1 I BWahlG auf Grund Art. 2 Ziff. 1 des deutschen Einigungsvertrages vom 3. 8. 1990.

Auge gefaßte Stoßrichtung verfälscht werden.<sup>30</sup> Das der Opposition dienende Instrument der Kontrolle (und des Kampfes um die Regierungsgewalt) würde so entwertet.

Die Zusammensetzung des Untersuchungsausschusses ist bereits in den Einsetzungsbeschluß aufzunehmen. Jede Fraktion muß (so die Praxis und die Reformvorschläge, s.u. 4.a.bb.) vertreten sein. So setzte sich z.B. der Flick-Ausschuß aus 11 Mitgliedern zusammen; ihm gehörten fünf Mitglieder der Fraktion der CDU/CSU, vier Mitglieder der SPD-Fraktion sowie je ein Mitglied der FDP-Fraktion und der Fraktion der GRÜNEN an (BVerfGE 67, 109). Die Beschlußempfehlung und der Bericht des 1. Bundestagsausschusses vom 20.9.1990<sup>31</sup> enthält dementsprechend folgende Bestimmung: Der Untersuchungsausschuß „besteht in der Regel aus sieben Mitgliedern des Bundestages und der gleichen Anzahl von Stellvertretern. Der Bundestag bestimmt bei jeder Einsetzung die Zahl der Mitglieder. Jede Fraktion muß vertreten sein.“ (§ 4 I und II)

#### 4. Verfahrensrechtliche Probleme

##### a) Probleme des internen Verfahrens

Das im Untersuchungsausschuß ablaufende, interne Verfahren umfaßt u.a. das Zustandekommen von Rechtsakten, die den Prozeß fördern und vorantreiben sollen. Beweisbeschlüsse – auf die Vernehmung von Zeugen und auf die Vorlage von Akten bezogen –, aber auch das Ersuchen um Amts- und Rechtshilfe. Die Festsetzung oder Änderung von Terminen und Fristen sind in diesem Zusammenhang ebenfalls zu nennen.

##### aa) Die Ausschluß-Minderheit

Im vorliegenden Zusammenhang – Untersuchungsausschüsse als Kontrollmittel und als Instrumente im Ringen um die Regierungsgewalt – interessiert insbesondere die Frage, ob die in Art. 44 I GG statuierte Privilegierung der Parlamentsminderheit sich in das interne Ausschlußverfahrensrecht fortsetzt. Es ist die Frage, ob die Ausschlußminderheit gegen den Willen der Ausschlußmehrheit verfahrensrechtliche Handlungen wie z.B. den Erlaß von Beweisbeschlüssen erzwingen kann. Den Rechten der Ausschlußminderheit kommt besonderes Gewicht zu.<sup>32</sup>

Von wesentlicher Bedeutung ist im hier erörterten Zusammenhang, ob es für eine Ausschlußminderheit das Recht gibt, z.B. Beweisbeschlüsse gegen den Willen der Ausschlußmehrheit durchzusetzen. Dabei könnte es einen Unterschied machen, ob es sich bei der Minderheit um Angehörige derjenigen Bundestagsminderheit handelt, die im Plenum die Einsetzung des Untersuchungsausschusses durchgesetzt hat, oder um Ausschlußmitglieder, die sich erst während des Verfahrens zusammengefunden haben (sei es für einen Einzelfall oder grundsätzlich im Untersuchungsausschuß zusammenarbeitend).

Im Schrifttum wird teilweise eine Privilegierung der Ausschlußminderheit verneint; Beweisbeschlüsse könnten nur von der Ausschlußmehrheit gefaßt werden (*Rechen-*

<sup>30</sup> So z.B. Pietzner a.a.O. (Fn. 20) Sp. 3677.

<sup>31</sup> BT-Drucksache 11/8085 (s. Fn. 27).

<sup>32</sup> Hierzu u.a. G. Kretschmer, a.a.O. (Fn. 20), S. 815 ff.

berg<sup>33</sup>). Von anderer Seite hingegen wird der Rechtsstandpunkt eingenommen, bereits nach geltendem Verfassungsrecht müsse Art. 44 GG verfassungskonform dahin ausgelegt werden, daß der oppositionelle Einsetzungsanspruch seinem Sinn und Zweck nach auch das Beweisantragsrecht umschließe (Pietzner<sup>34</sup>).

Es mag im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben, ob dieses Recht der Ausschlußminderheit auf einer extensiven Interpretation des Einsetzungsanspruchs beruht oder aber stattdessen als ein ebenfalls im Wege der Interpretation gewonnener, „mitgeschriebener“ (d.h. „kraft Sachzusammenhangs“ gegebener) Beweiserhebungsanspruch zu erachten ist. Maßgebende Gesichtspunkte für diese Interpretation des Art. 44 I S. 1 GG sind die Bedeutung der parlamentarischen Kontrollfunktion als einer der tragenden Konstitutionsprinzipien des im GG verankerten Repräsentativsystems unter den besonderen Bedingungen des parlamentarischen Regierungssystems (s.o., Einleitung) sowie die Bedeutung der Opposition in diesem Zusammenhang (s.o. 1) (Pietzner<sup>35</sup>).

#### bb) Reform- und Kodifikationsbestrebungen

Angesichts der kontroversen Diskussion über den Rechtsstatus der Ausschlußminderheit sind Bemühungen um eine diesbezügliche Kodifikation nicht verwunderlich. Es entspricht der Rechtslage, zumindest aber einem verfassungsrechtlichen Gebot, daß die aus Wissenschaft und Parlamentspraxis vorgelegten Vorschläge ausgesprochen minderheitsfreundlich sind. So hat z.B. die vom Bundestag eingesetzte Enquete-Kommission Verfassungsreform in ihrem Schlußbericht vom 9.12.1976<sup>36</sup> empfohlen, Art. 44 I GG solle folgenden Zusatz erhalten: „Beweise, die von mindestens zwei stimmberechtigten Mitgliedern des Untersuchungsausschusses beantragt werden, müssen erhoben werden, es sei denn, daß sie offensichtlich außerhalb des Untersuchungsauftrages liegen“. (Die Mindestzahl zwei ist in Relation zur Ausschlußstärke [s.o., 3 b] zu sehen.)

Auch die Beschlußempfehlung und der Bericht des Bundestagsausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung (1. Ausschuß) vom 20.9.1990<sup>37</sup> enthält eine sehr ähnliche Regelung: „Jedes Mitglied des Untersuchungsausschusses hat das Recht, Beweiserhebungen . . . zu beantragen“ (§ 14 II). „Beweise sind zu erheben, wenn dies von einem Viertel der Mitglieder des Untersuchungsausschusses beantragt wird . . .“ (§ 14 III). (Gem. § 4 I dieser Beschlußempfehlung besteht der Untersuchungsausschuß „in der Regel“ aus sieben Mitgliedern des Bundestages.) In bezug auf das (in den Vorschlägen und Empfehlungen konkretisierte) Beweiserhebungsrecht ist es gleichgültig, ob die im Ausschußverfahrensrecht privilegierte Ausschlußminderheit zu der Bundestagsminderheit, die den Einsetzungsantrag gestellt hat, gehört oder ob es sich um eine Ausschlußminderheit handelt, die sich erst im Untersuchungsverfahren – vielleicht nur für einen einzigen Fall – zusammengefunden hat. So heißt es z.B. in § 14 des Entwurfes eines Mustergesetzes der SPD-Fraktionen des Bundes, der Landtage und Bürgerschaften über die Einsetzung und das Verfah-

<sup>33</sup> A.a.O. (Fn. 20). Rdn. 34 unter Hinweis auf *Partsch, Ehmke, Heinemann*.

<sup>34</sup> A.a.O. (Fn. 20) Sp. 3678.

<sup>35</sup> A.a.O. (Fn. 20) Sp. 3678.

<sup>36</sup> BT-Drucks. 7/5924. Kap. 4.

<sup>37</sup> BT-Drucks. 11/8085 unter Hinweis auf BT-Drucks. 11/1896 und 11/2025.

ren von Untersuchungsausschüssen vom September 1987:<sup>38</sup> „Beweise sind zu erheben, wenn dies von den Mitgliedern des Untersuchungsausschusses, die zu den Antragstellern gehören, oder von einem Fünftel der Mitglieder des Untersuchungsausschusses beantragt wird.“ Wie in Art. 44 I S. 1 GG ist auch im Untersuchungsausschuß-Verfahrensrecht nicht die Opposition als solche, sondern eine jede Minderheit – und sei sie eine Zufallsminderheit – privilegiert. Faktisch ist es aber in aller Regel die parlamentarische Opposition, der diese Minderheitenrechte nützliche Instrumente für die Kontrolle der Bundesregierung und im politischen Kampf gegen diese, d.h. im Kampf um die Regierungsgewalt, sind.

### b) Probleme des äußeren Verfahrens

Das im Rahmen des vorliegenden Berichts nur begrenzt interessierende äußere Verfahren umfaßt alle verfahrensrechtlichen Handlungen, welche Außenwirkungen entfalten, also z.B. Rechte und Pflichten von außenstehenden Personen begründen (wie z.B. grundsätzlich die Pflicht geladener Zeugen zur Aussage, Sachverständiger zur Abgabe von Gutachten und Behörden zur Herausgabe von Akten und sonstiger Unterlagen). Auch der Betroffene gehört zu diesem Personenkreis.

#### aa) Die Rechtsstellung des Betroffenen

Zwar ist der Begriff des Betroffenen gesetzlich nicht geklärt. Doch besteht weitgehend Übereinstimmung dahin, daß Betroffener vornehmlich derjenige ist, gegen den sich aufgrund des Untersuchungsauftrages die Untersuchung ganz oder teilweise richtet. Zu diesem Personenkreis können auch z.B. der Bundestagspräsident im Falle eines Untersuchungsausschusses zur Vorbereitung einer Präsidentenanklage, Abgeordnete und Mitglieder der Bundesregierung in einem Untersuchungsverfahren, das ihre Belastung oder Entlastung zum Ziel hat, sowie Richter im Falle eines Untersuchungsausschusses zur Vorbereitung einer Richteranklage gehören. – Möglich ist, daß sich erst im Verlaufe eines Untersuchungsverfahrens herausstellt, daß eine zunächst als Zeuge gedachte Person zum Betroffenen geworden ist.<sup>39</sup>

Obwohl der Betroffene für das Untersuchungsverfahren ähnlich wichtig ist wie der Angeklagte für das Strafverfahren, ist die Rechtsstellung des Betroffenen nicht ausdrücklich geregelt; im Schrifttum ist sie umstritten.<sup>40</sup>

In Ermangelung einschlägiger Rechtsnormen sind die die Rechtsstellung des Betroffenen regelnden Sätze im Wege der Lückenschließung zu entwickeln. Ausgangspunkte hierfür sind der oberste Verfassungsgrundsatz der Rechtsstaatlichkeit und der diesen konkretisierende Verfassungsgrundsatz des fairen Verfahrens.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Wiedergegeben in ZParl Heft 1/89, S. 5 ff.

<sup>39</sup> So z.B. die Aufzählung möglicher Betroffener in § 15 I und II des von den Abgeordneten Dr. Lammert, Porzner u.a. eingebrachten Entwurfes eines Gesetzes über Einsetzung und Verfahren von Untersuchungsausschüssen des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 11/1896 (26.2.1988).

<sup>40</sup> In diesem Zusammenhang vor allem I. Beckedorf, ZParl Heft 1/1989, S. 35 ff.; W. Steffani, ZParl Heft 1/1989, S. 55 ff.; B. K. Buchholz, Der Betroffene im parlamentarischen Untersuchungsausschuß, Berlin 1990.

<sup>41</sup> Näheres bei G. Hoffmann, Richterrecht und Verfassungsrichterrecht, in Festschr. E. Wolf, 1985, S. 183 ff., 188 Fn. 12, 200 ff.

Verfahrensrechte des Betroffenen – wie z.B. ein Recht auf Äußerung zur Sache, zum Vorbringen von Fragen und Anträgen auf einen Rechtsbeistand, auch ein Aussageverweigerungsrecht<sup>42</sup> – sind aus dem Verfassungsgrundsatz des fairen Verfahrens (Gebot des fairen Verfahrens) abzuleiten. Dieses Recht des Betroffenen auf ein faires Verfahren wird durch Art. 1 I GG mit der Pflicht aller Träger staatlicher Gewalt zu Achtung und zum Schutz der Menschenwürde inhaltlich geprägt. So verbietet dieses verfassungsrechtliche Gebot u.a., den einzelnen bloßes Objekt staatlichen Handelns oder gar Spielball staatlicher Willkür sein zu lassen.

Aus dem Umstand, daß die oben genannten Rechte des Betroffenen im Wege der Ableitung aus Verfassungsgrundsätzen gewonnen werden (also nicht Inhalt geschriebener oder ungeschriebener Rechtsnormen sind), ergibt sich, daß sie als Ergebnisse einer nur doktrinellen Lückenschließung keine Rechtsverbindlichkeit besitzen, also nicht dem positiven Recht angehören.<sup>43</sup> Die Mitglieder des Untersuchungsausschusses können sie in Ermangelung gesetzten Rechts, den in ihrem Verfahren zu treffenden Entscheidungen zugrundelegen; sie müssen es aber nicht. Sie können stattdessen ihrerseits – ebenfalls lückenschließend – Ableitungen aus den einschlägigen Verfassungsgrundsätzen (Rechtsstaatlichkeit, faires Verfahren) vornehmen und dabei als Entscheidungsgrundlage Sätze entwickeln, die ihnen – bei unerläßlicher Vereinbarkeit mit den Verfassungsgrundsätzen – sinnvoller erscheinen.

Solange der Gesetzgeber, der die Probleme seit mehreren Wahlperioden kennt, nicht tätig wird, ist der von einem Untersuchungsverfahren Betroffene insoweit nicht der Rechtsordnung mit allgemeiner Rechtsverbindlichkeit angehörenden Rechtssätzen unterstellt, sondern nur der seine Rechtsposition gestaltenden Befugnis der (Mehrheit der) Ausschußmitglieder. Mit den Pflichten der Volksvertretung in einem Rechtsstaat ist es unvereinbar, daß der Bundestag mit der gesetzlichen Regelung dieser Materie so unangemessen warten läßt.

#### bb) Zurückhaltung von Behörden bei der Beweiserhebung

Wird einem Untersuchungsausschuß der Auftrag erteilt, das von den Antragstellern als unkorrekt erachtete Verhalten z.B. der Bundesregierung oder einer anderen Behörde zu untersuchen, so kann es zuweilen im Interesse des Betroffenen liegen, daß nicht alle einschlägigen Unterlagen z.B. unterstellter Behörden dem Untersuchungsausschuß trotz einer diesbezüglichen Anforderung zugänglich gemacht werden. Es mag auch sein, daß der Betroffene sich aufgrund der Strafprozeßordnung (StPO) oder der Abgabenordnung (AO) für verpflichtet hält, anderen den von der StPO bzw. von der AO gewährten Geheimnisschutz nicht zu verkürzen. So haben in dem die Flick-Affäre betreffenden Untersuchungsverfahren der Bundesminister der Finanzen und der Wirtschaftsminister dem Untersuchungsausschuß nur lückenhafte Unterlagen zur Verfügung gestellt. Die Bundesminister beriefen sich zur Rechtfertigung auf die einschlägigen Bestimmungen der StPO<sup>44</sup> und

<sup>42</sup> Beispiele von I. Beckedorf, a.a.O. (Fn. 40), S. 42 ff.

<sup>43</sup> S. G. Hoffmann, a.a.O. (Fn. 41), S. 210 f.

<sup>44</sup> § 96 StPO (Amtliche Schriftstücke)

Die Vorlegung oder die Auslieferung von Akten oder anderen in amtlicher Verwahrung befindlichen Schriftstücken durch Behörden und öffentliche Beamte darf nicht gefordert werden, wenn deren oberste Dienstbehörde erklärt, daß das Bekanntwerden des Inhalts dieser Akten oder Schriftstücke dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde.

der AO<sup>45</sup>. Da die Bundesregierung und die beiden Bundesminister sich weiterhin weigerten, dem Untersuchungsausschuß die vollständigen Akten zur Verfügung zu stellen, kam es zu einem Organstreitverfahren zwischen einigen Bundestags-Fraktionen einerseits und der Bundesregierung sowie dem Bundesfinanzminister und dem Bundeswirtschaftsminister andererseits. Mit Urteil vom 17. 7. 1984 stellte das BVerfG fest: „Die Weigerung der Antragsgegner, die Akten vollständig herauszugeben, verletzt Art. 44 des Grundgesetzes“ (BVerfGE 67, 100 ff.). Im übrigen führte das Gericht, die Pflicht zur Aktenvorlage konkretisierend, schon in den Leitsätzen aus:

„Wird ein Untersuchungsausschuß des Bundestages zur Kontrolle der Bundesregierung eingesetzt, erstreckt sich das Beweiserhebungsrecht des Untersuchungsausschusses nach Art. 44 Abs. 1 GG auch auf das Recht auf Vorlage der Akten.

Auf ein solches Aktenherausgabeverlangen findet gemäß Art. 44 Abs. 2 Satz 1 GG die Vorschrift des § 96 Strafprozeßordnung sinngemäß, d.h. unter Beachtung des Sinns parlamentarischer Kontrolle, Anwendung.

Das Wohl des Bundes oder eines Landes (§ 96 Strafprozeßordnung) ist im parlamentarischen Regierungssystem des Grundgesetzes dem Bundestag und der Bundesregierung gemeinsam anvertraut. Die Berufung auf das Wohl des Bundes gegenüber dem Bundestag kann mithin in aller Regel dann nicht in Betracht kommen, wenn

---

<sup>45</sup> AO § 30 (Steuergeheimnis)

(1) Amtsträger haben das Steuergeheimnis zu wahren.

(2) Ein Amtsträger verletzt das Steuergeheimnis, wenn er

1. Verhältnisse eines anderen, die ihm

a) in einem Verwaltungsverfahren oder einem gerichtlichen Verfahren in Steuersachen,

b) . . .

c) . . .

bekanntgeworden sind, oder

2. ein fremdes Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, das ihm in einem der in Nummer 1 genannten Verfahren bekanntgeworden ist,

unbefugt offenbart oder verwertet oder

3. nach Nummer 1 oder Nummer 2 geschützte Daten im automatisierten Verfahren unbefugt abrufen, wenn sie für eines der in Nummer 1 genannten Verfahren in einer Datei gespeichert sind.

(3) . . .

(4) Die Offenbarung der nach Absatz 2 erlangten Kenntnisse ist zulässig, soweit

1. sie der Durchführung eines Verfahrens im Sinne des Absatzes 2 Nr. 1 Buchstaben a und b dient,

2. sie durch Gesetz ausdrücklich zugelassen ist,

3. der Betroffene zustimmt,

4. . . .

5. für sie ein zwingendes öffentliches Interesse besteht; ein zwingendes öffentliches Interesse ist namentlich gegeben, wenn

a) Verbrechen und vorsätzliche schwere Vergehen gegen Leib und Leben oder gegen den Staat und seine Einrichtungen verfolgt werden oder verfolgt werden sollen,

b) Wirtschaftsstraftaten verfolgt werden oder verfolgt werden sollen, die nach ihrer Begehungsweise oder wegen des Umfangs des durch sie verursachten Schadens geeignet sind, die wirtschaftliche Ordnung erheblich zu stören oder das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Redlichkeit des geschäftlichen Verkehrs oder auf die ordnungsgemäße Arbeit der Behörden und der öffentlichen Einrichtungen erheblich zu erschüttern,

oder

c) die Offenbarung erforderlich ist zur Richtigstellung in der Öffentlichkeit verbreiteter unwahrer Tatsachen, die geeignet sind, das Vertrauen in die Verwaltung erheblich zu erschüttern; (. . .).

beiderseits wirksame Vorkehrungen gegen das Bekanntwerden von Dienstgeheimnissen getroffen werden.

Nur unter ganz besonderen Umständen können sich Gründe finden lassen, dem Untersuchungsausschuß Akten unter Berufung auf das Wohl des Bundes oder eines Landes vorzuenthalten. Solche Gründe können sich insbesondere aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz ergeben. Die Verantwortung der Regierung gegenüber Parlament und Volk setzt notwendigerweise einen Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung voraus, der einen auch von parlamentarischen Untersuchungsausschüssen grundsätzlich nicht ausforschbaren Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich einschließt.

Zu den von § 96 Strafprozeßordnung erfaßten öffentlichen Belangen kann auch das Steuergeheimnis im Sinne des § 30<sup>46</sup> Abgabenordnung gehören.

Der Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 4 Nr. 5 Buchst. c Abgabeordnung ist verfassungskonform so auszulegen, daß er auch den Fall des Aktenvorlageverlangens des Untersuchungsausschusses erfaßt, mit dem der Bundestag in der Öffentlichkeit verbreiteten Zweifeln an der Vertrauenswürdigkeit der Exekutive nachgeht, die auch die Steuermoral der Bürger nachhaltig erschüttern könnten.

Das Beweiserhebungsrecht und das Recht auf Aktenvorlage gemäß Art. 44 Abs. 1 GG können durch die Grundrechte eingeschränkt sein. Beweiserhebungsrecht des parlamentarischen Untersuchungsausschusses und grundrechtlicher Datenschutz müssen im konkreten Fall einander so zugeordnet werden, daß beide soweit wie möglich ihre Wirkungen entfalten.

Die Bedeutung, die das Kontrollrecht des Parlaments sowohl für die parlamentarische Demokratie als auch für das Ansehen des Staates hat, gestattet in der Regel dann keine Verkürzung des Aktenherausgabeanspruchs zugunsten des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Eigentumsschutzes, wenn Parlament und Regierung Vorkehrungen für den Geheimschutz getroffen haben, die das ungestörte Zusammenwirken beider Verfassungsorgane auf diesem Gebiete gewährleisten, und wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.“

Von prozeßrechtlichem Interesse ist in dieser Entscheidung, daß das BVerfG eine Antragsbefugnis (für das Organklageverfahren) nur den Fraktionen des Bundestages zuerkannt, „Fraktionen im Ausschuß“ hingegen abgesprochen hat. Diesem Teil des Ausschusses stehen, so das Gericht, eigene Rechte aus dem GG gegen die Bundesregierung oder gegen Bundesminister auf Herausgabe der Akten nicht zu.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Zum Steuergeheimnis im Ausschußverfahren u.a. *R. Scholz*, AöR 105, 1980, S. 564 ff., 605; *K. Stern*, AöR 109 1984, S. 199 ff.; zur Geheimhaltungspflicht des Untersuchungsausschusses: Das Landgericht Bonn hat in einem Fall die Aushändigung beschlagnahmter Akten an einen Untersuchungsausschuß des Bundestages abgelehnt, da die Geheimhaltung nicht gewährleistet sei. Das Gericht begründete diese Weigerung damit, daß die GRÜNEN im Bundestag erklärt hätten, ihre Mitglieder im Untersuchungsausschuß würden „die Öffentlichkeit weiter informieren“ (Oberhessische Presse vom 1. 8. 1990). Demgegenüber erklärten die GRÜNEN, sie hätten in der Vergangenheit nicht gegen Geheimschutzvorschriften verstoßen und würden das auch in Zukunft nicht tun. Ein Antrag der SPD-Fraktion, der Untersuchungsausschuß möge feststellen, daß der Geheimschutz gewährleistet sei, wurde mit der Mehrheit der Regierungsfractionen abgelehnt. Der Ausschußvorsitzende äußerte die Befürchtung, daß auch in Zukunft Geheimschutzvorschriften durch Ausschußmitglieder verletzt werden könnten (woche im bundestag 14/90-VIII/211 vom 12. 9. 1990).

<sup>47</sup> BVerfGE 67, S. 126. – Kommentierung dieser Entscheidung u.a. von *M. Schröder*, ZParl Heft 4/1984, S. 473 ff.

### 5. Parteipolitische Implikationen und Komplikationen bei der Abfassung des Schlußberichtes

Der politischen Realität, daß Untersuchungsausschüsse zumindest auch für den Kampf der Opposition gegen die Regierung sowie für deren Verteidigung durch die Ausschuß-Mehrheit in Anspruch genommen werden, entspricht es letzten Endes, daß auch bei der Abfassung des Ausschuß-Schlußberichtes die Meinungen über das Ergebnis der Sachaufklärung und über dessen rechtliche und politische Bewertung fast immer in einem unüberbrückbaren Widerspruch zueinander stehen. Teilweise wird den gegnerischen Gruppierungen im Untersuchungsausschuß von der jeweils anderen Seite der Vorwurf gemacht, sie sei gar nicht bereit gewesen, über das Ergebnis der Sachaufklärung zu diskutieren. So kann es denn passieren, daß am Ende eines Untersuchungsverfahrens zwei inhaltlich voneinander abweichende Sachverhaltsfeststellungen präsentiert und zum Inhalt zweier voneinander abweichender Schlußberichtsentwürfe gemacht werden. Der von der Ausschußmehrheit vorgelegte Entwurf wird dann zum Schlußbericht gemacht, der der Minderheit zum Sondervotum erklärt.<sup>48</sup> Die sich regelmäßig über sehr lange Zeit erstreckende Tätigkeit eines Untersuchungsausschusses wird letzten Endes durch ein mehrere hundert Seiten umfassendes Konvolut, in welchem die bereits zu Beginn der Ausschuß-Tätigkeit vertretenen Positionen wiederholt werden<sup>49</sup>, beendet.

In dem vom hessischen Landtag eingesetzten Alkem-Untersuchungsausschuß z.B. kamen die Vertreter der Koalitionsfraktionen (CDU und FDP) zu dem nicht überraschenden Ergebnis, der hessische Umweltminister habe sich zu jeder Zeit pflichtgemäß und völlig korrekt verhalten, wohingegen die Ausschuß-Minderheit die überraschende Meinung äußerte, der Umweltminister habe seine Rolle als „politischer Hehler der Atomindustrie“ verstanden.<sup>50</sup>

Am Ende des 1988 vom Bundestag eingesetzten Atomskandal-Untersuchungsausschusses machten die SPD-Mitglieder dieses Ausschusses der CDU/CSU und der FDP den Vorwurf, den Abschlußbericht zu verschleppen, wohingegen diese Mitglieder des Untersuchungsausschusses den SPD-Mitgliedern zum Vorwurf machten, im Frühjahr 1990 einen Berichtsentwurf mit Fehlern und Lücken vorgelegt zu haben. Der zu beratende Bericht dieses Ausschusses umfaßte übrigens 1100 Seiten.<sup>51</sup>

Bereits im Zeichen des Bundestags-Wahlkampfes scheint die Diskussion über den Abschlußbericht des Untersuchungsausschusses des Bundestages über die U-Boot-Affäre gestanden zu haben. So wurde z.B. der SPD-Obmann im Ausschuß von einem Koalitionsmitglied als ein Problem für die „parlamentarische Hygiene“, die Bundesregierung andererseits als ein „Waffenschieberkabinett“ bezeichnet.<sup>52</sup>

Mag so der Wert eines Untersuchungsausschusses als Instrument im politischen Kampf zwischen Opposition und Koalition für die einander bekämpfenden Parteien

<sup>48</sup> So z.B. am Ende der Tätigkeit des vom nordrhein-westfälischen Landtag eingesetzten „Gladbeck-Ausschusses“, FAZ vom 22. 3. 1990, Nr. 70, S. 5.

<sup>49</sup> Vgl. DAS PARLAMENT vom 21. 9. 1990, Nr. 39, S. 10.

<sup>50</sup> DAS PARLAMENT a.a.O. (Fn. 49).

<sup>51</sup> FAZ vom 27. 7. 1990, Nr. 172, S. 4.

<sup>52</sup> FAZ vom 27. 10. 1990, Nr. 251, S. 2. Wiedergabe von Teilen der diesbezüglichen Bundestagsdebatte in DAS PARLAMENT vom 9./16. 11. 1990, Nr. 46–47.

erheblich sein. Als Mittel der Wahrheitsfindung erscheint ein Untersuchungsausschuß keineswegs immer geeignet.<sup>53</sup> So erhebt sich die hier nicht zu erörternde Frage, ob es nicht sinnvoller wäre, die Tatsachenfeststellung einem Gericht zu übertragen, diesem eventuell auch die rechtliche Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes zu überlassen,<sup>54</sup> wohingegen es den politischen Gruppierungen im Bundestag überlassen bliebe, die politische Würdigung des vom Gericht festgestellten Sachverhaltes vorzunehmen.

#### 6. Untersuchungsausschüsse als Arenen für den Kampf um die politische Macht

In den Untersuchungsausschüssen manifestiert sich sehr deutlich die Gegnerschaft zwischen den Oppositionsfraktionen (es kann sich auch nur um eine solche Partei handeln) einerseits und der Bundesregierung sowie den diese tragenden Koalitionsfraktionen (es kann sich auch nur um eine einzige Regierungsfraktion handeln) andererseits. Im Untersuchungsausschuß realisiert die Opposition ihre Möglichkeit einer Kontrolle der Bundesregierung. Dieses Kontrollinstrument mag in der Hand der Opposition vielleicht kein scharfes Schwert sein; eine wuchtige Keule ist es immerhin. So sind der Opposition die Untersuchungsausschüsse sehr willkommene Arenen für den Kampf um die Gunst der Wähler und für das Ringen um die politische Macht im Staat. Das Aufzeigen tatsächlicher oder angeblicher Mißstände sowie die Selbstdarstellung als die Gruppierung mit den (in ihren eigenen Augen) besseren Zielen und saubereren Mitteln. Ziel ist, mit Hilfe neuer Wähler und neuer politischer Freunde im Parlament, die Bundesregierung möglichst noch während der laufenden Wahlperiode oder spätestens bei der nächsten Wahl (im Bund oder in den Ländern) die Regierung stellen zu können.

Aber auch die Koalitionsfraktionen können sich eines Untersuchungsausschusses bedienen – nämlich um Mißstände im Bereich der Opposition aufzuzeigen und einer möglichst breiten Öffentlichkeit zur Kenntnis zu bringen, um so zu versuchen, die den Oppositionsparteien in deren Wählerschaft entgegengebrachten Sympathien möglichst stark zu schmälern.

Derselbe Vorgang ist natürlich auch in umgekehrter Richtung (Opposition gegen Koalition) vorstellbar.

Praktisch kaum vorstellbar, theoretisch aber möglich ist, daß sich die Koalitionsfraktionen (oder nur eine von ihnen, was eher vorstellbar ist) eines Untersuchungsausschusses bedienen, um der Bundesregierung Mißstände nachzuweisen. Innerer Anlaß für einen solchen Antrag auf Einsetzung eines Untersuchungsausschusses kann u.a. sein, daß die den Antrag stellende Fraktion die Regierungspolitik weiter-

<sup>53</sup> Bericht über einige parlamentarische Untersuchungsausschüsse, in: DAS PARLAMENT vom 6. 7. 1990, Nr. 28, S. 16.

<sup>54</sup> Übrigens können auch strafgerichtliche Verfahren zur Aufklärung von Mißständen bestimmter Art führen – etwa zur Klärung der Frage, ob z.B. ein Regierungsmitglied sich in strafrechtlich relevanter Weise einer falschen Aussage – im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens oder außerhalb dieses parlamentarischen Rahmens – schuldig gemacht hat. Derartige Strafanzeigen sind häufig erstattet worden. Regelmäßig sind die dann eingeleiteten Ermittlungsverfahren wegen Fehlens eines hinreichenden Tatverdachts oder aus anderen gesetzlich vorgeschriebenen Gründen eingestellt worden. Zuweilen wird bereits die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens abgelehnt, weil bereits die Anzeige erkennen läßt, daß eine strafbare Handlung nicht vorliegen kann.

hin mitzutragen nicht bereit ist. Sollte sich in der Tat „die Opposition innerhalb der Regierungskoalition“ zu einem solchen Schritt bereit finden, so könnte dies das fast sichere Ende der Zusammenarbeit in der Regierungskoalition signalisieren. Der Koalitionswechsel des einen Partners könnte zu einem Regierungswechsel führen. Der politische Kampf würde mit anders verteilten Rollen weitergehen – in bekannter Weise.

#### IV.

#### *Kurze Würdigung der parlamentarischen Kontrolle*

Zwar gelingt es den Untersuchungsausschüssen gerade in Aufsehen erregenden Angelegenheiten häufig nicht, auftragsgemäß einen bestimmten Sachverhalt zu ermitteln; die Ausschußmitglieder bringen es zuweilen nicht zustande, sich auf eine gemeinsame Beweismäßigkeit und auf die Abfassung eines gemeinsamen Schlußberichtes zu einigen. Die Repräsentanz divergierender Interessen im Untersuchungsausschuß wirkt sich hier aus. Sie mindert in dieser Hinsicht den Wert von Untersuchungsausschüssen, ist aber für diese geradezu unerlässlich, wenn viele Gesichtspunkte im Untersuchungsausschuß zum Tragen kommen sollen. (So ist ja auch jede parlamentarische Fraktion im Untersuchungsausschuß zu repräsentieren [s.o., III.4.a.bb]).

Eine in diesem Bericht bisher nicht erwähnte Funktion der Untersuchungsausschüsse begründen deren zusätzlichen Wert: Die Gefahr der Einsetzung eines gegen sie, d.h. auf sie bezogenen Untersuchungsausschusses mahnt diejenigen, die an den Schalthebeln von Politik und Wirtschaft tätig sind, zur Bedachtsamkeit, damit ihr einem öffentlichen Interesse zuzuordnendes Verhalten ihnen nicht unter rechtlichem, politischem oder moralischem Gesichtspunkt als fehlsam vorgeworfen werden kann. Der Verlust des Amtes (durch unvermeidlich gewordenen Rücktritt) und des guten Rufes ist für manchen zwar nicht das Ergebnis eines Untersuchungsverfahrens geworden, wohl aber dessen Begleiterscheinung.

Auch in dieser Hinsicht erweisen sich die Untersuchungsausschüsse wie auch die Fragerechte im Bundestag (s.o., II.3) als wichtige und wirksame Instrumente parlamentarischer Kontrolle,<sup>55</sup> die für die Verantwortlichkeit der Bundesregierung gegenüber dem Bundestag und für deren Abhängigkeit vom Parlament verfassungsrechtlich unerlässliche Voraussetzungen sind.

<sup>55</sup> So ist es – auf unentschuldbarer Unwissenheit oder auf noch schlimmerer Unwahrhaftigkeit beruhend – purer Unsinn, wenn es in einem Lehrbuch über die „Marxistisch-Leninistische Staats- und Rechtstheorie“ (Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin (Ost) 1975, S. 128/129) bezüglich der parlamentarischen Kontrolle im „staatsmonopolistischen Herrschaftssystem“ heißt: „Um eine parlamentarische Kontrolle der Regierungstätigkeit vorzutäuschen, werden spezielle . . . Gremien gebildet. Ihre Zusammensetzung bietet die Gewähr, daß die mit der Verfassung und den Gesetzen des imperialistischen Staates nicht zu vereinbarende Regierungs-, Repressiv- oder Verwaltungstätigkeit nicht entlarvt, sondern umfassender vor der Öffentlichkeit verschleiert wird.“

IMRE TAKÁCS

## **Das Prinzip des Parlamentarismus in der Theorie und Verfassungswirklichkeit Ungarns**

1. Im Wandel Ungarns, in der Realisierung des friedlichen Übergangs von der Diktatur zur Demokratie wurde und wird dem Parlament eine wichtige Rolle zuteil. Die verfassungsrechtlichen Zielsetzungen der Umgestaltung lassen sich in drei Punkten zusammenfassen: 1. Übergang zu einem parlamentarischen Regierungssystem, 2. Verwirklichung der Rechtsstaatlichkeit und 3. Garantie der Menschenrechte.

In dieser Zielsetzung waren sich alle aktiven Teilnehmer des Reformprozesses einig, und vereinbarungsgemäß traten die rechtlichen Rahmenbedingungen mit der Verfassungsrevision vom 23. Oktober 1989, dem Jahrestag des Volksaufstandes von 1956, in Kraft.

Hinsichtlich der konkreten Durchführung wurden allerdings – auch infolge unterschiedlicher parteipolitischer Interessen – kontroverse Standpunkte erkennbar. Insbesondere die Frage, ob der Staatspräsident indirekt oder direkt gewählt werden soll, und damit auch die Ausgestaltung seiner Kompetenzen in der Verfassung führten zu harten Auseinandersetzungen. Gerade der Wahlmodus wurde als Entscheidung für die politische Stellung des Präsidenten erachtet. In die Verfassung Eingang fand schließlich die indirekte Präsidentenwahl. Die Kompetenzen des Präsidenten wurden auf die Ausübung verfassungstechnischer und repräsentativer Funktionen beschränkt, womit das politische Gewicht dieses Amtes reduziert wurde.

Die Umgestaltung Ungarns wurde dadurch begünstigt, daß in Ungarn schon Mitte der 80er Jahre – zwar gebremst durch die regierende Ungarische Sozialistische Arbeiterpartei (USAP) – erste Reformen in Angriff genommen werden konnten.

In dieser Hinsicht erwähnenswert sind vor allem das Presse- (Gesetz Nr. II/1986), das Vereins- (Gesetz Nr. II/1989), das Versammlungs- (Gesetz Nr. III/1989) sowie das Streikgesetz (Gesetz Nr. VII/1989).

Im September 1988 trat Ungarn dem Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte bei. Damit verpflichtete sich Ungarn, die Ausübung der politischen Freiheitsrechte und damit auch die Gründung politischer Parteien zu ermöglichen.

1986 war die regierende USAP noch imstande, in die Geschäftsordnung der Nationalversammlung Beschränkungen einzubauen. Aber bereits 1987 konnte die Aufwertung des Parlaments nicht mehr verhindert werden. Mit dem Gesetz Nr. XI/1987 stellte die Nationalversammlung ihr Gesetzgebungsmonopol wieder her, indem sie das Recht des Präsidialrates, stellvertretend Verordnungen mit Gesetzeskraft zu erlassen, aufhob. Seit 1988 ist infolge des hierdurch gestiegenen Arbeitsanfalls ein ständig tagendes Parlament notwendig geworden. In den Reihen der Abgeordneten wuchs der parlamentarische Professionalismus, und der Reformflügel trat verstärkt in Erscheinung. Seit dieser Zeit konnte die USAP nicht mehr damit rechnen, daß die Abgeordneten jede Regierungsvorlage einmütig akzeptieren würden. Schon 1986 hat das Parlament den Entwurf eines Gebührengesetzes abgelehnt. Im Rahmen der

Erörterung des Boden- und des Familiengesetzbuchs wurde die Regierung zur Abänderung der Gesetzesvorlagen gezwungen. Nach dem Rücktritt János Kádárs konnten die Kompetenzen des Parlaments in der Verfassung erweitert werden: Das Mißtrauensvotum, das von einem Fünftel der Abgeordneten initiiert werden kann sowie – als Gegengewicht – die Möglichkeit, die Entscheidung über eine Regierungsvorlage mit der Vertrauensfrage zu verbinden, wurden nach französischem Beispiel eingeführt.

Der Zurückweisung einer auf eine Interpellation erfolgenden Stellungnahme eines Regierungsmitglieds durch das Parlament blieb auch weiterhin die Qualifikation als Mißtrauensvotum versagt. Auch nach der heute geltenden Geschäftsordnung wird die Sache in diesem Fall dem zuständigen Ausschuß zur Beratung vorgelegt.

Dasselbe Parlament billigte im März 1989 den Verfassungsentwurf der aus Reformsozialisten bestehenden Regierung (Miklós Németh, Rezső Nyers, Imre Pozsgay etc.). Von den am „runden Tisch“ vereinigten Oppositionsparteien wurde dieser allerdings zurückgewiesen. Die Verfassungsreform kam daher erneut auf die Tagesordnung und wurde nunmehr unter Einbeziehung der Vertreter der Opposition erörtert. Die Beratungen wurden im September beendet und der neue Entwurf als Regierungsvorlage der Nationalversammlung zugeleitet. Mit dem Gesetz Nr. XXXI/1989 wurde die umfangreiche Verfassungsrevision vom Parlament verabschiedet. Es folgten das Gesetz Nr. XXXII/1989 über die Verfassungsgerichtsbarkeit sowie – mit einigen Modifikationen – das Wahlgesetz (Gesetz Nr. XXXIV/1989).

Während der parlamentarischen und außerparlamentarischen Erörterung dieser Gesetze wurde des öfteren die Frage aufgeworfen, ob die im Jahre 1985 gewählte Nationalversammlung mit ihrem Mangel an Legitimation überhaupt befugt sei, das Beratungsergebnis der politisch legitimierten drei Gruppen, die die Gespräche am „runden Tisch“ führten (USAP, Oppositionsparteien und gesellschaftliche Organisationen wie z.B. die Vaterländische Front, Gewerkschaften und Jugendorganisationen), zu prüfen. Einen Höhepunkt erreichten diese Auseinandersetzungen bei der Beratung des Wahlgesetzes.

Nach einem kurzen Wahlkampf fanden schließlich im März und April die Parlamentswahlen statt. Der Wahlausgang bestätigte nicht nur die bis dahin durchgeführten Reformen, sondern begünstigte auch den Wechsel des Regierungssystems.

Als ein Paradoxon des Systemwechsels erweist sich dabei, daß dem Staat bei der Demontage des Staatssozialismus die bedeutendste Rolle zufällt. Da es der zivilen Gesellschaft noch an den notwendigen Strukturen fehlt, bleibt der Staat als einziges zentral organisiertes System übrig.

Eine wichtige Aufgabe des Staates ist zunächst, sein wirtschaftliches Übergewicht, seine Monopolstellung abzubauen, da anderenfalls die Einführung einer Marktwirtschaft behindert wird. Insofern ist zwar die Reprivatisierung des staatlichen Eigentums in Angriff genommen worden, diese läßt sich aber nicht an einem Tage durchführen.

Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sind abgesichert. Der Staatsgewalt sind durch die in der Verfassung gewährten Grundrechte Grenzen gesetzt, so daß die grundlegenden Bürgerrechte nicht mehr sanktionslos verletzt werden können. Der Staat hat vielmehr ihre Durchsetzbarkeit zu gewährleisten. Das parlamentarische Regierungssystem entspricht den historischen Traditionen Ungarns. Alle Teilnehmer der Beratungen während der Umgestaltungsphase verfolgten das gemeinsame Ziel, die Be-

deutung des Parlaments gegenüber der Exekutive aufzuwerten, zumal sie erkennen mußten, daß das parlamentarische System das Fundament einer Demokratie darstellt und zugleich die beste Gewähr gegen etwaige Restaurationsbestrebungen der alten Machthaber bietet. Ein parlamentarisches System ermächtigt die Mitglieder der Volksvertretung zur Gesetzgebung, bietet zugleich ein Forum für politische Auseinandersetzungen und Kompromißfindung und garantiert die Kontrolle der Regierung, die der Nationalversammlung verantwortlich ist.

Vor der Wahl der Abgeordneten des neuen Parlaments wurde eine Volksabstimmung über den Zeitpunkt der Wahl des Staatspräsidenten durchgeführt. Während der Vorbereitung des Referendums zerbrach das Bündnis der Opposition. Eine Dreiparteienkoalition trat der Sozialistischen Partei geschlossen entgegen, das Ungarische Demokratische Forum (UDF) hingegen rief zum Boykott des Referendums auf.

Auf dem Parteikongreß im Oktober 1989 zerfiel die Staatspartei. Es entstanden zwei neue Parteien: als Reformpartei die Ungarische Sozialistische Partei (USP) mit Horn und Pozsgay an der Spitze sowie die USAP, angeführt von Grósz und Berecz.

Das stärkste Gegengewicht auf der Seite der Opposition bildete das neu gegründete Demokratische Forum (Csóri, Antall), das mehr eine politische Sammlungsbeziehung mit pluralistischen Strukturen als eine Partei mit eigenem Programm und inhaltlicher Kohärenz darstellte.

Bei den Parlamentswahlen, bei denen das Wahlgesetz mit einer 4-%-Klausel kleinen Splittergruppen den Einzug ins Parlament verwehren sollte, kandidierten – neben den bisher genannten – einige traditionelle Parteien (Sozialdemokratische Partei, Kleinlandwirtepartei, Nationale Bauernpartei). Aber auch einige Neulinge in der politischen Landschaft Ungarns wagten den Sprung „aus dem Stand“. (Besonders zu erwähnen sind hier der Bund Junger Demokraten und der Bund Freier Demokraten.)

Den prägnantesten Erfolg bedeutete der klare Wahlsieg jener Parteien, die sich für den Systemwechsel stark gemacht hatten, womit die Wähler ein klares Votum für die Errichtung eines freien demokratischen Systems abgegeben haben. Die schwer geschlagenen sozialistischen Parteien hatten dies zur Kenntnis zu nehmen.

Die ungarische Nationalversammlung setzt sich seither wie folgt zusammen:

Partei	Mandate	%
Ungarisches Demokratisches Forum (UDF/MDF)	164	42,49
Bund Freier Demokraten (BFD/SZDSZ)	93	24,09
Kleinlandwirte	43	11,14
Ungarische Sozialistische Partei (USP/MSZP)	33	8,55
Bund Junger Demokraten (BJD/FIDESZ)	21	5,44
Christdemokratische Volkspartei (CDVP/KDNP)	21	5,44
Agrarverband	2	0,52
Unabhängige Kandidaten	6	1,58
Von mehreren Parteien unterstützte Kandidaten	3	0,78
<b>Insgesamt</b>	<b>386</b>	<b>100 %</b>

Die Bevölkerung hat großes Vertrauen in die Parlamentswahlen gesetzt, zumal die Nationalversammlung das Symbol des Systemwechsels verkörpert. Dieses fast vierhundertköpfige Gremium – gemessen an den Parlamenten anderer Kleinstaaten besitzt Ungarn ein relativ großes Parlament – hat sich aber zu Beginn als blutiger Anfänger erwiesen und ist von der attraktivsten zur meistkritisierten Institution des neuen Systems geworden.

Erst spät erkannten die Parlamentsparteien, daß sie zugleich mit der Macht im Land auch das Steuer eines sinkenden Schiffes in Händen halten und gemeinsam die Verantwortung für seine Rettung tragen.

Die geringe Wertschätzung des Parlaments zeigte sich schon in der geringen Wahlbeteiligung, mit der der Wähler dem Umstand Rechnung getragen hat, daß die Parteien das Wahlgesetz zuvor jeweils zu ihren Gunsten modifizieren wollten. In den Augen der Öffentlichkeit rückte sich das Parlament in ein sehr schlechtes Licht, als es den noch aus der Zeit vor der Konstituierung der neuen Nationalversammlung stammenden Gesetzesentwurf über die Diäten der Abgeordneten als einen der ersten Punkte auf seine Tagesordnung setzte. Unnötiges Gerede in der Öffentlichkeit, verbale Ausfälle der Abgeordneten, mangelnde Objektivität und fehlender Sachverstand sowie die ständige Berufung auf den „Wählerwillen“ ließen alle Illusionen zerfließen. Doch bald folgten erste Schritte zur Überwindung dieser parlamentarischen Kinderkrankheiten:

Die Organisation der Arbeit in den Fraktionen, die Umwandlung der Wahlprogramme in konkrete Parteiprogramme, die Aneignung parlamentarischer Debattentechnik, die sich positiv entfaltende, sachbezogene Arbeit in den einzelnen Ausschüssen sowie der sparsame Umgang mit der – gemessen am Umfang der zu bewältigenden Gesetzgebungsvorhaben – ohnehin knappen Zeit zeigen erste Erfolge.

2. Die Gründung der Koalition von UDF, der Kleinlandwirtpartei und der Christdemokraten hat eine erneute Änderung der Verfassung unausweichlich gemacht. Das Gesamtkonzept der Verfassung gab dem Parlament als Repräsentanten des Volkes den Vorrang, womit dem pluralistischen Prinzip der Vorrang eingeräumt wurde. Hiernach wählt die Nationalversammlung die Regierung, die mit dem Staatspräsidenten die Spitze der Exekutive bildet. Die Macht des Staatspräsidenten beruht überwiegend auf seiner persönlichen Autorität; seine Kompetenzen sind primär auf verfassungstechnische Aufgaben beschränkt. Damit soll der Gefahr der Bildung einer Diktatur durch eine Einzelperson a priori ein Riegel vorgeschoben werden. In der Entscheidung für eine Regierungsform auf der Basis eines starken Parlaments, wobei man dem Vorbild Italiens und Frankreichs nach dem Zweiten Weltkrieg folgte, wurde ein effizienter Schutz gegen diktatorische Bestrebungen gesehen.

In der Verfassung wurde freilich nicht vergessen, ein System wechselseitiger Kontrolle der Staatsorgane im Sinne der Gewaltenteilung zu errichten. Um einen parlamentarischen Absolutismus zu verhindern und um die Verfassungskonformität parlamentarischer Tätigkeit zu garantieren, wurde die Verfassungsgerichtsbarkeit etabliert. Ein weiteres Gegengewicht bilden die Möglichkeit, ein bereits angenommenes Gesetz einer Volksabstimmung zu unterziehen, sowie das Recht des Staatspräsidenten, ein Gesetz einmal zurückzuweisen (aufschiebendes Vetorecht). Wird im Rahmen der Regierungsbildung ein Konsens nicht erzielt, gibt die Verfassung dem Staatspräsidenten das Recht, das Parlament aufzulösen.

Weiterreichende Befugnisse wurden dem Staatspräsidenten gegenüber dem Parlament nicht eingeräumt. Die Verfassung verpflichtet den Präsidenten zur Konsultation der Fraktionsführer sowie des Vertreters der unabhängigen Mandatsinhaber, bevor er den Auftrag zur Regierungsbildung erteilt. Der Ausnahmezustand kann nur von dem Staatspräsidenten, dem Ministerpräsidenten und dem Präsidenten des Verfassungsgerichtshofes durch einen gemeinsamen Beschluß verhängt werden. Von der Illusion eines reibungslos funktionierenden Parlamentarismus zeugt aber die Tatsache, daß in der Verfassung keine Bestimmungen über die Verantwortlichkeit der Regierungsmitglieder enthalten sind. Auch beteiligt die Verfassung den Staatspräsidenten an der Parlamentsarbeit, ohne die einer solchen Regelung immanenten Gefahren zu berücksichtigen. Der Präsident, der den Sitzungen des Parlaments beiwohnen darf, kann sich aktiv in den Gesetzgebungsprozeß einschalten, indem er von seinem in der Verfassung verankerten Initiativrecht Gebrauch macht und eine Gesetzesvorlage einbringt. Offen ist, welche Folgen die Zurückweisung einer solchen Gesetzesvorlage durch das Parlament hat.

Bei der ersten Konfrontation mit den tatsächlichen politischen Kräfteverhältnissen verhinderten die hohen Anforderungen der Verfassung, daß das erste frei gewählte Parlament der Republik diese überhaupt erproben konnte. Bereits das Gesetz Nr. XXIX/1990 änderte unmittelbar nach den Wahlen unter Berufung auf die Notwendigkeit einer stabilen und verantwortlichen Regierung die Verfassungsbestimmungen über die Regierungsbildung. Die obligatorische Konsultation der Fraktionsführer durch den Staatspräsidenten wurde in der Neufassung des § 33 Abs. 3 der Verfassung wie folgt geändert: „Das Parlament wählt den Ministerpräsidenten aufgrund des Vorschlags des Staatspräsidenten mit einfacher Mehrheit der Abgeordnetenstimmen.“ Gemäß Abs. 4 werden die Minister sodann auf Vorschlag des Ministerpräsidenten vom Staatspräsidenten be- und abberufen, womit das Kanzlersystem eingeführt worden ist.

Unter Berücksichtigung des Wahlergebnisses war es offenkundig, daß infolge der großen Anzahl der Gesetzesmaterien, für die die Verfassung eine Zweidrittelmehrheit vorschreibt, das Schiff einer jeden Regierung in den Untiefen parlamentarischer Kompromisse auf Grund laufen würde. Dieser Gefahr konnte nur mit einer radikalen Verfassungsänderung begegnet werden, die die Zerbrechlichkeit parlamentarischer Mehrheiten berücksichtigt.

Andernfalls hätte die mit knapper Mehrheit regierende Koalition angesichts der zahlreichen zu verabschiedenden Gesetze mit Verfassungsrang, die dieses hohe Konsensquorum erfordern, einer ungewissen Zukunft entgegensehen müssen. Gleichzeitig verlangte aber das vorrangige politische Ziel, die Umgestaltung des Staats- und Gesellschaftssystems voranzutreiben, eine stabile Regierung. Diese Gesichtspunkte führten zu einer Übereinkunft zwischen der stärksten Regierungs- (UDF) und der stärksten Oppositionspartei (BFD), die von den nicht in diesen Prozeß eingebundenen Kräften zwar ohne Begeisterung, aber dennoch hingenommen wurde. Das gesellschaftliche Echo war indes ungünstig, da die öffentliche Meinung in Ungarn auf die gedeihliche Zusammenarbeit in einem demokratisch gewählten Parlament vertraut. Schließlich weist in der ungarischen Geschichte das Parlament als Kontrollorgan der Exekutive eine jahrhundertealte Tradition auf:

Im Mittelalter konnte die Ständeversammlung ohne Zustimmung des Königs keine Steuern erheben und keine Rekrutierungen vornehmen. Die Gesetzgebung

war gemeinsame Kompetenz des Königs und der Ständeversammlung. In späteren Reformperioden, die oftmals mit der jetzigen Änderung des Gesellschaftssystems verglichen werden, konnte die Nationalversammlung im Gegensatz zu den Zeiten beschränkter ständischer Monarchie ihre Kompetenzen erweitern. Der in den 30er Jahren des 19. Jahrhunderts aufkeimende und sich in den darauffolgenden Jahrzehnten weiter ausbreitende nationale Liberalismus kämpfte auf legalem Weg für die Beseitigung der feudalen Bindungen und die Garantie der „Allgemeinen Bürgerfreiheit“. Die Vorreiter dieser Bewegung sahen in den Ideen der den Absolutismus abschüttelnden bürgerlichen Gesellschaft, der Verfassungsstaatlichkeit, der Volkssouveränität, der Gleichheit vor dem Gesetz und der Realisierung der bürgerlichen Freiheitsrechte die Richtschnur ihres politischen Handelns. Die führenden Politiker und Staatsrechtler des Reformzeitalters (Kölcsey, Kossuth, Deák, Szalai, Csengery) schufen mittels extensiver Interpretation der in der ständischen Verfassung verbrieften Adelsrechte die allgemeingültigen Bürgerrechte.

Durch das Gesetz über die unabhängige Regierung Ungarns (Gesetz Nr. III/1848) wurde die konstitutionelle Monarchie etabliert und die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierungsmitglieder eingeführt. Das bürgerliche Ungarn entwickelte auch ohne die im österreichisch-ungarischen Ausgleich von 1867 enthaltene Verfassung unter anderem das parlamentarische Steuererhebungsrecht und die Immunität der Abgeordneten. Nach den Revolutionen im Gefolge des ersten Weltkrieges wurden die Lenkungsbefugnisse des mit den Geschäften des Staatsoberhauptes betrauten Organs gesetzlich geregelt. Nach der Ausrufung der Republik im Jahre 1946 knüpften die Bestimmungen über den Staatspräsidenten an diese Normen an. Wenn sich auch das Demokratieverständnis bei diesen Wahlen als unterentwickelt erwies, so wurde doch das Funktionieren des Parlaments mit großem Interesse verfolgt, so daß in Ungarn eine Regierung ohne Unterstützung durch die Parlamentsmehrheit nicht im Amt verbleiben konnte.

Die 1949 gewählte Nationalversammlung brach mit diesen Traditionen und spielte von diesem Zeitpunkt an jene Rolle, die ihr durch die von ihr selbst legitimierte Verfassung stalinistischer Provenienz zgedacht war, nämlich die Verschleierung der Parteidiktatur. Die Parlamentsarbeit wurde dadurch auf ein Minimum beschränkt, daß dem Ministerrat die Ermächtigung zum Erlaß von Verordnungen mit Gesetzeskraft eingeräumt wurde. Die übergroße Mitgliederzahl des 350köpfigen Organs konnte seiner Flucht in verantwortungsloses Schweigen den Anschein kollektiver Zustimmung geben und die moralistische Heuchelei des Dogmatismus mit bornierter Selbstgefälligkeit verdecken. Das Dogma der Unfehlbarkeit der Nationalversammlung sollte durch die Verleihung von Titeln wie „kollektive Weisheit“ und „weise Versammlung des arbeitenden Volkes“ volkstümlicher gemacht werden.

Mehrere Abgeordnete des nach der Wahl 1985 konstituierten Parlaments setzten dieser kollektiven Verantwortungslosigkeit ein Ende und brachen die vormals eiserne Disziplin des Schweigens. Dieses Parlament gestattete im letzten Jahr seiner Existenz die Bildung von Fraktionen, bestätigte die Wahl der Nachfolger aus den Reihen der Opposition in die frei gewordenen Positionen abberufener Abgeordneter und verabschiedete zahlreiche Gesetze, die den Systemwechsel einleiteten.

Infolge dieser Vorgeschichte richteten sich die Erwartungen im Hinblick auf die Änderung des Systems naturgemäß vor allem auf das neue Parlament, das sich aber

nach der bereits erwähnten Verfassungsänderung mit einer geringeren Rolle begnügt hat.

Bald nach Aufnahme seiner Tätigkeit am 19. Juni 1990 verabschiedete das Parlament das Gesetz Nr. XL/1990 über die Änderung der Verfassung, das die Macht der Nationalversammlung erheblich einschränkt, indem es die Kategorie der Gesetze mit Verfassungsrang abschafft. Mit einfacher Mehrheit können nunmehr Steuern festgesetzt, ausschließlich im Staatseigentum stehende Gegenstände bestimmt, Regelungen bezüglich der Staatsanwaltschaft und der Ministerien aufgestellt sowie die rechtliche Stellung der Bürgermeister, Richter und Staatsanwälte und die Inkompatibilität geregelt werden.

Bei den Gesetzen, deren Änderung einer qualifizierten Mehrheit bedarf, genügt eine Zweidrittelmehrheit bei normalem Präsenzquorum. Ziel der Reduzierung der „Zweidrittelgesetze“ war die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Regierung, die sich nur auf 59% der Parlamentsabgeordneten stützen kann.

Von nicht geringer Bedeutung sind auch die Bestimmungen, mit denen die Position des Ministerpräsidenten gestärkt, die Befugnisse des Parlaments beschränkt und das konstruktive Mißtrauensvotum eingeführt worden sind.

Gemäß § 39/A Abs. 1 der Verfassung „kann mindestens ein Fünftel der Abgeordneten einen Mißtrauensantrag gegen den Ministerpräsidenten einbringen. Dieser ist als Mißtrauensantrag gegen die Regierung zu qualifizieren. Spricht die Mehrheit der Abgeordneten dem Ministerpräsidenten ihr Mißtrauen aus, so gilt der dabei als Kandidat für das Amt des Ministerpräsidenten aufgestellte Bewerber als gewählt.“

Durch die Verfassungsrevision sollte kein langfristig stabiles Grundgesetz geschaffen werden. Aus dem Entwurf geht vielmehr hervor, daß hiermit bis zur Ausarbeitung einer neuen Verfassung verfassungsrechtliche Garantien bereitgestellt werden sollen, um in Ungarn die Entwicklung eines auf demokratischen Grundsätzen beruhenden parlamentarischen Systems zu gewährleisten.

Die Stabilität der Regierung ist eine unerläßliche Voraussetzung für eine verantwortungsbewußte Regierungsarbeit, sie wirkt sich jedoch hinderlich aus, wenn einzelne Mitglieder nicht sachkundig oder sich ihrer Verantwortung nicht bewußt sind:

Das Parlament kann sein Vertrauen nicht einzelnen Ministern entziehen. Die klassischen Instrumente parlamentarischer Kontrolle – Interpellations- und Fragerecht – erfüllen ihren Zweck nur in den Reihen der Opposition, weil diese mit diesen Mitteln der Regierung den eigenen Standpunkt entgegenhalten kann. In ähnlicher Weise verschmilzt das Initiativrecht der Abgeordneten auf der Seite der Mehrheit mit dem Antragsrecht der Regierung. Die Gegenseite kann auch im Falle konstruktiver Oppositionspolitik nicht damit rechnen, das Initiativrecht wirksam einsetzen zu können.

Dem Pluralismus am ehesten entspricht eine Volksvertretung, deren Wesen im Aufeinandertreffen gegensätzlicher Anschauungen und Standpunkte liegt und in der die Willensbildung der Mehrheit auf der Basis der Parlamentsdebatten erfolgt. Zugleich übt die Parlamentsdebatte eine Kontrollfunktion gegenüber verschiedenen fraktionsinternen Strömungen aus und ermöglicht deren Beeinflussung. Parlamentarische Rhetorik und Taktik haben zwar ihre frühere Bedeutung verloren, die Mutter der Kompromisse ist die parlamentarische Erörterung indes nach wie vor.

In der Tat ist das Parlament nicht der Schauplatz operativer Entscheidungen der Staatslenkung, weil es nicht über den Sachverstand verfügt, den sich die Regierung durch die Hinzuziehung von Experten verschaffen kann. Aus diesem Grund tritt die Aufgabe des Parlaments, über Regierungsvorlagen zu entscheiden und die Regierung zu kontrollieren, in den Vordergrund. So ist das Parlament zwar in seiner Eigenschaft als vom Volk ausgewähltes und beauftragtes Gremium als höchstes Staatsorgan anzusehen, im operativen Entscheidungsprozeß ist ihm aber nur eine geringere Rolle als der Regierung zgedacht.

Obwohl das heutige ungarische Parlament seinen realen Aufgabenkreis im Bereich der Staatslenkung noch nicht gefunden hat und es oftmals immer noch unmittelbar an Stelle der Regierung handelt, hat es in der sehr kurzen Zeit doch die Fähigkeit gezeigt, seine Tätigkeit im weitestmöglichen Umfang zu entfalten. Zu wenig hat es allerdings bisher im Hinblick auf die brennenden Fragen der Wirtschaft zu leisten vermocht. Die schweren nationalökonomischen Lasten haben das Parlament unvorbereitet getroffen. Nicht immer als geglückt hat sich auch die Besetzung der Ausschüsse erwiesen, und Improvisationen sind notwendig geworden. 100 Tage der Geduld, die sich die Regierung zu Anfang ihrer Amtszeit zur Orientierung erbat, haben auch die Parlamentarier zur Einarbeitung benötigt.

Jetzt erwartet uns die Aufgabe, auf der Grundlage der geltenden Verfassung in den Geschäftsordnungen Arbeitsbereiche, Aktivitäten und Entscheidungsbefugnisse des Parlaments zu regeln.

HARTMUT KRÜGER

# Das System der Rechtsquellen und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in der Bundesrepublik Deutschland

## I.

## *Rechtsquellen und Rechtsnormen*

Das deutsche<sup>1</sup> Verwaltungsrecht besteht aus einer Vielzahl unterschiedlicher Rechtsnormen. Zu nennen sind formelle Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen; Bundesrecht, Landesrecht und autonomes Recht; Gewohnheitsrecht und Observanz; hinzu kommen noch die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts und das sog. Richterrecht. Zunehmende Bedeutung gewinnt das europäische Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (EG-Recht), das im Rahmen dieser Darstellung nur knapp skizziert werden kann, zunächst aber noch aus der Betrachtung ausgespart bleibt. Mit Hilfe der Rechtsquellenlehre wird versucht, die Vielfalt der Rechtsnormen zu systematisieren.

Der Begriff der Rechtsquelle wird in der Literatur<sup>3</sup> unterschiedlich gedeutet. Überwiegend zustimmend wird die Formel des dänischen Rechtstheoretikers Alf Ross zitiert, der die Rechtsquelle als „Erkenntnisgrund für etwas als positives Recht“ umschreibt.<sup>4</sup> Nach Maurer<sup>5</sup> hängt die „Rechtsquelle eng mit der Entstehung und damit der Form des Rechts zusammen. In diesem Sinne sei sie auch geeignet, als Ordnungsfaktor in der Vielzahl von Rechtsnormen zu dienen. Rechtsquelle sei danach die Form, in der die Rechtsnormen zur Entstehung gelangten und in Erscheinung träten.

Der Begriff der Rechtsnorm betrifft dagegen die in den Rechtsquellen zum Ausdruck kommenden Regelungen.<sup>6</sup> Die Begriffe Rechtssatz und Rechtsnorm sind nicht identisch. Rechtssätze sind hoheitliche generell-abstrakte Regelungen, derartige Regelungen gibt es sowohl im Verhältnis Staat/Bürger als auch im staatlichen Innenbereich (Innenrecht der Verwaltung). Die Begriffe Rechtsquelle und Rechtsnorm beziehen sich ausschließlich auf das Außenrecht. Rechtsnormen sind generell-abstrakte Regelungen, die Pflichten und Rechte für den Bürger oder sonstige selbständige Rechtspersonen begründen, ändern oder aufheben. Das „Gesetz im materiellen Sinn“ deckt sich mit der Rechtsnorm.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Unter „deutschem Verwaltungsrecht“ wird das in der früheren Bundesrepublik Deutschland geltende Verwaltungsrecht verstanden, da der Aufbau einer einheitlichen gesamtdeutschen Verwaltungsrechtsordnung gegenwärtig (Oktober 1990) noch nicht vollendet ist. Das zukünftige gesamtdeutsche Verwaltungsrecht dürfte weitgehend mit dem bisher in der Bundesrepublik Deutschland in Geltung stehenden Verwaltungsrecht übereinstimmen.

<sup>2</sup> Vgl. dazu *Jürgen Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Bd. 1 und 2, 1988.

<sup>3</sup> Vgl. *Fritz Ossenbühl*, *Die Quellen des Verwaltungsrechts*, in: *Hans Uwe Erichsen/Wolfgang Martens* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., 1988, S. 63 ff. (S. 72 f. mit Fn. 2).

<sup>4</sup> *Alf Ross*, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, S. 291 f.

<sup>5</sup> *Hartmut Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., 1988, S. 42.

<sup>6</sup> *Maurer*, a.a.O. (Anm. 5), S. 43.

<sup>7</sup> So zutreffend *Maurer*, a.a.O. (Anm. 5), S. 45.

## II.

*Die sog. geschriebenen Rechtsquellen: Verfassung, formelles Gesetz, Rechtsverordnung und Satzung*

Bezogen auf den jeweiligen Normgeber lassen sich die geschriebenen Rechtsquellen in folgende Gruppen einteilen:

*1. Die Verfassung*

Das Grundgesetz als Verfassung des Bundes und die Verfassungen der Länder<sup>8</sup> sind die rechtliche Grundordnung des jeweiligen Gemeinwesens. Die Verfassungen werden von eigens dazu einberufenen verfassungsgebenden Versammlungen erlassen. Das häufig zitierte Wort von Fritz Werner,<sup>9</sup> der das „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ bezeichnet hat, darf nicht in dem Sinne mißverstanden werden, daß stets der unmittelbare Zugriff auf die Verfassung im Prozeß der Rechtsfindung und Rechtsanwendung geboten ist.<sup>10</sup> Im Regelfall werden verfassungsrechtliche Wertentscheidungen und Grundprinzipien in erster Linie in Form des Gesetzes durch den Gesetzgeber selbst konkretisiert, ausgeprägt und dadurch in anwendbares Recht umgesetzt.<sup>11</sup> Die Verfassung ist daher auch nicht dem Verwaltungsrecht im engeren Sinne zuzuordnen.<sup>12</sup> Als höchstrangige Norm im Stufenbau der Rechtsordnung bildet sie die Grundlage und den Maßstab für die Verwaltung und das Verwaltungsrecht. Die Verfassung enthält viele für die Verwaltung unmittelbar oder mittelbar bedeutsame Regelungen, von denen in der Literatur<sup>13</sup> übereinstimmend folgende regelmäßig aufgeführt werden:

- a) Die Grundrechte, die übrigen Verfassungsnormen und die grundlegenden Verfassungsprinzipien (Rechtsstaatsprinzip, Sozialstaatsprinzip etc.) des Grundgesetzes gelten für alle Staatsgewalten. Unter der Geltung des Grundgesetzes gibt es keine rechtsfreien Räume mehr.
- b) Die Verwaltung hat im Verfassungssystem des Grundgesetzes ihren eigenständigen Funktionsbereich als demokratisch legitimierte Staatsgewalt (Art. 20 Abs. 2 GG); sie ist an den parlamentarischen Gesetzgeber gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG) und kann durch die Gerichte kontrolliert werden (Art. 19 Abs. 4, 92 ff. GG).
- c) Die Aufgaben der Leistungsverwaltung sind verfassungsrechtlich anerkannt<sup>14</sup>. Daher müssen die spezifischen verwaltungsrechtlichen Handlungsformen für die Erfüllung der typischen Aufgaben der Leistungs- und Lenkungsverwaltung im sozial- und kulturstaatlichen Sinn entwickelt und gepflegt werden

<sup>8</sup> In den fünf neuen Ländern müssen erst noch Verfassungen ausgearbeitet und in Kraft gesetzt werden.

<sup>9</sup> DVBl. 1959, S. 527.

<sup>10</sup> In diesem Sinne auch *Otto Bachof*, VVDStRL 30 (1972), S. 193 ff. (195).

<sup>11</sup> *Ossenbühl*, a.a.O. (Anm. 3), S. 77.

<sup>12</sup> *Maurer*, a.a.O. (Anm. 5), S. 44.

<sup>13</sup> Die Zusammenstellung der Relevanz der Verfassung für das Verwaltungsrecht findet sich bei *Maurer*, a.a.O. (Anm. 5), S. 19 f. Ähnliche Zusammenstellungen finden sich in jedem Lehrbuch des Allgemeinen Verwaltungsrechts.

<sup>14</sup> Vgl. nur den Katalog des Art. 74 GG, der zahlreiche Bereiche der Leistungsverwaltung benennt.

- d) Das Grundgesetz geht von der Würde und der Freiheit des Menschen aus (Art. 1, 2 Abs. 1 GG, Rechtsstaatsprinzip, Sozialstaatsprinzip). Der einzelne darf daher nicht „Objekt“ verwaltungsrechtlichen Handelns sein, vielmehr muß er immer als „mündiger Bürger“ angesehen und behandelt werden. Aus den vorstehenden Prinzipien ergeben sich konkrete Konsequenzen für
- die Anerkennung subjektiver Rechte;
  - die Verpflichtung der Verwaltung, bei Ermessensentscheidungen die Interessen des einzelnen Bürgers zu berücksichtigen;
  - die Anerkennung von Verträgen zwischen Verwaltung und Bürger;<sup>15</sup>
  - die Stellung des Bürgers im Verwaltungsverfahren, dem als Verfahrensbeteiligten das Recht auf Anhörung,<sup>16</sup> auf Akteneinsicht<sup>17</sup> etc. gewährt werden muß.
- e) Schließlich lassen sich aus den Verfassungsnormen und Verfassungsprinzipien allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts ableiten, so etwa das Vertrauensschutzprinzip,<sup>18</sup> der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>19</sup> sowie die Pflicht der Verwaltung, stets den Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>20</sup> zu beachten.

## 2. Die formellen Gesetze

Den Charakter von formellen (förmlichen) Gesetzen haben alle im verfassungsmäßig vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren zustande gekommenen Willensakte der Gesetzgebungsorgane ohne Rücksicht auf den Inhalt.<sup>21</sup> Diese nach deutscher Verfassungsrechtslage vom Bundestag – unter Mitwirkung des Bundesrates<sup>22</sup> – sowie von den Landtagen erlassenen Rechtsnormen werden auch als Parlamentsgesetze bezeichnet.

Der Gesetzesbegriff ist doppeldeutig: Gesetz im formellen Sinn ist jede Norm, die durch die zuständigen Gesetzgebungsorgane „als Gesetz“ erlassen wird. Ein Gesetz im materiellen Sinne ist dagegen jede allgemein-verbindliche Regelung. Nach Paul Laband<sup>23</sup> verhalten sich das Gesetz im materiellen Sinne und das Gesetz im formellen Sinne „zueinander nicht wie Gattung und Art, wie ein weiterer und ihm untergeordneter engerer Begriff, sondern es sind zwei durchaus verschiedene Begriffe, von denen jeder durch ein anderes Merkmal bestimmt wird, der eine durch den Inhalt, der andere durch die Form einer Willenserklärung“. Gesetze können zugleich formellen und materiellen Charakter haben – das gilt für die große Mehrzahl der Parlamentsgesetze –, sie können aber auch nur formeller Natur sein (vgl. etwa die Zustimmungsgesetze bei bestimmten völkerrechtlichen Verträgen nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG

<sup>15</sup> Vgl. die §§ 54–61 VwVfG.

<sup>16</sup> § 28 VwVfG.

<sup>17</sup> § 29 VwVfG.

<sup>18</sup> Siehe nur *Kisker/Püttner*, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32 (1974), S. 149 ff., 200 ff.; *Beatrice Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983.

<sup>19</sup> Vgl. dazu *Lothar Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981; *Michael Ch. Jakobs*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, DVBl. 1985, S. 97 ff.

<sup>20</sup> Vgl. *Ossenbühl*, a.a.O. (Anm. 3), S. 98 f. (mit Fn. 105).

<sup>21</sup> Vgl. *Maurer*, a.a.O. (Anm. 5), S. 45.

<sup>22</sup> Vgl. Art. 76–80 GG.

<sup>23</sup> *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. II, 5. Aufl., 1911, S. 63.

oder die Feststellung des Haushaltsplans nach Art. 110 Abs. 1 S.2 GG). Rechtsverordnungen und Satzungen sind ausschließlich materielle Gesetze.

### 3. Rechtsverordnungen

Rechtsverordnungen sind Rechtsnormen, die von Exekutivorganen (Regierung, Minister, Verwaltungsbehörden) erlassen werden. Nach dem klassischen Modell der Gewaltenteilung steht die Rechtsetzungsgewalt grundsätzlich allein dem Gesetzgeber zu. Wegen der Regelungsbedürftigkeit vieler Sachbereiche bedarf der Gesetzgeber der partiellen Entlastung. Daher sehen die Verfassungen vor, daß der Gesetzgeber Rechtsetzungsgewalt auf die Exekutive übertragen kann. Diese Delegation stellt keine Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips dar, weil die Exekutive nicht kraft eigenen Rechts, sondern nur auf Grund einer Ermächtigung durch das Parlament, (materiell) gesetzgebend tätig werden darf. Art. 80 Abs. 1 GG verlangt, daß die gesetzliche Ermächtigung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmt ist. Das Parlament bleibt demnach Herr des Verfahrens, es hat die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen. Der Gesetzgeber hat den Rahmen und die Zielrichtung der zu erlassenden Rechtsverordnung anzugeben. Der Exekutive soll nur noch die Regelung von Detailfragen im Rahmen des gesetzgeberischen Programms bleiben. Die Rechtsverordnung soll das Gesetz nicht ersetzen, sondern nur von den technischen Details, organisatorischen und verfahrensmäßigen Regelungen sowie von Regelungsmaterialien mit nur geringem politischem Entscheidungsgehalt entlasten.<sup>24</sup> Auch durch eine expandierende Rechtsverordnungsgebung (etwa im Umwelt- und Sozialrecht) wird das Parlament nicht durch die Exekutive entmachtet. Denn das Parlament bestimmt allein, ob und in welcher Weise Rechtsverordnungen erlassen werden. Weiter kann es jederzeit nicht nur die erteilte Ermächtigung wieder zurücknehmen, sondern auch die ergangenen Rechtsverordnungen durch Erlaß eines formellen Gesetzes aufheben oder modifizieren (Vorrang des Gesetzes).

### 4. Satzungen

Satzungen sind Rechtsvorschriften, die von in den Staat eingeordneten juristischen Personen des öffentlichen Rechts (z.B. Gemeinden, Universitäten, berufsständische Kammern, Sozialversicherungsträger, Wasserverbände, Rundfunkanstalten, Deutsche Bundesbank) im Rahmen der ihnen gesetzlich verliehenen Autonomie (Rechtsetzungsgewalt, Satzungsbefugnis) erlassen werden.<sup>25</sup> Die Satzungsgewalt ist teils unmittelbar durch die Verfassung verbürgt,<sup>26</sup> teils ist sie einfachgesetzlich normiert.<sup>27</sup> Die Satzung unterscheidet sich dadurch von dem formellen Gesetz und der Rechtsverordnung, daß sie nicht vom Staat, sondern von rechtlich selbständigen, dem Staat allerdings eingegliederten Organisationen stammt. Nach dem für die jeweilige juristische Person maßgeblichen Recht bestimmt sich, welches Gremium in-

<sup>24</sup> Vgl. z.B. die zahlreichen und umfangreichen Rechtsverordnungen, die auf der Basis von Ermächtigungen im Bundesimmissionsschutzgesetz erlassen worden sind.

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 33, 125, 156; BVerfGE 10, 20, 49 f.

<sup>26</sup> Z.B. in Art. 28 Abs. 2 GG und in Art. 16 der Landesverfassung für Nordrhein-Westfalen.

<sup>27</sup> § 1 Abs. 2 ZDF-Staatsvertrag; § 55 HandWO; § 17 Satz 1 HeilBerG NW etc.

nerhalb der juristischen Personen zum Erlaß von Satzungen befugt ist. Im Gegensatz zu Rechtsverordnungen bedürfen die Satzungen keiner speziellen Verleihung der Satzungscompetenz an die Selbstverwaltungskörperschaft. Abgesehen von gesetzlichen Beschränkungen im Einzelfall unterliegt die Satzungsbefugnis generell folgenden Schranken: Die Satzungsbefugnis ist auf den jeweiligen gesetzlich bestimmten Aufgaben- und Zuständigkeitsbereich der juristischen Person beschränkt, in personeller Hinsicht auf die Mitglieder der Körperschaft oder die Benutzer der Anstalt. Schließlich erfordert es der Gesetzesvorbehalt, daß der formelle Gesetzgeber die wesentlichen, insbesondere die grundrechtsbeschränkenden Regelungen selbst trifft.<sup>28</sup>

### 5. Bundesrecht und Landesrecht

Bundesrecht sind die vom Bundestag (unter Mitwirkung des Bundesrates), Landesrecht sind die von den Landtagen erlassenen Gesetze. Die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen auf Bund und Länder ergibt sich aus Art. 70 ff. GG. Auch die übrigen Rechtsquellen werden entsprechend den Gesetzgebungskompetenzen dem Bundes- oder Landesrecht zugeordnet.

### 6. Die Rangordnung der geschriebenen Rechtsquellen

Die Verfassungen (Grundgesetz, Landesverfassung) gehen allen übrigen Rechtsvorschriften ihres Bereichs, die formellen Gesetze den Rechtsverordnungen und Satzungen, die Rechtsverordnungen den Satzungen vor. Bundesrecht jeglicher Rangstufe geht inhaltsgleichem Landesrecht vor (Art. 31 GG). Normenkollisionen zwischen Rechtsnormen der gleichen Rechtsquelle werden nach den traditionellen Kollisionsregeln gelöst: *lex posterior derogat legi priori*; *lex specialis derogat legi generali*.

## III.

### *Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*

#### 1. Der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes

Der Gesetzesvorrang bringt die Überlegenheit des förmlichen Gesetzes<sup>29</sup> gegenüber allen abgeleiteten Rechtsquellen zum Ausdruck und bestimmt, daß die Verwaltung das Gesetz anwenden muß (Anwendungsgebot), nicht vom Gesetz abweichen (Abweichungsverbot) und nicht gegen das Gesetz verstoßen darf.<sup>30</sup> Das Vorrangprinzip gilt uneingeschränkt und unabdingbar für den gesamten Bereich der Verwaltung. Das ergibt sich aus der Allgemeinverbindlichkeit der geltenden Gesetze und wird durch Art. 20 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich bekräftigt.

<sup>28</sup> So BVerfGE 33, 125, 157 ff.

<sup>29</sup> Nach Hans Peter Ipsen, VVDStRL. 10, S. 75, besitzt das formelle Gesetz „Rang und Prädikat einer demokratischen Mehrheitsentscheidung“.

<sup>30</sup> Vgl. Christoph Gusy, Der Vorrang des Gesetzes, JuS 1983, S. 189 ff.

## 2. Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes

Nach dem Vorbehaltssprinzip darf die Verwaltung nur tätig werden, wenn sie dazu durch Gesetz ermächtigt worden ist. Dieses Prinzip verlangt mehr als das Vorrangprinzip. Während jenes den Verstoß gegen bestehende Gesetze verbietet, verlangt dieses eine gesetzliche Grundlage für das Tätigwerden der Verwaltung. Das Bundesverfassungsgericht<sup>31</sup> hat den Gesetzesvorbehalt u.a. aus Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet. Zutreffend hat Maurer<sup>32</sup> bemerkt, diese Herleitung sei zweifelhaft, da Art. 20 Abs. 3 GG *expressis verbis* nur die Bindung der Verwaltung an die Gesetze festlege. Der Gesetzesvorbehalt läßt sich überzeugend aus den verfassungsrechtlich verankerten Prinzipien der parlamentarischen Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit sowie aus den Grundrechten herleiten. Das Demokratieprinzip fordert, daß das vom Volk gewählte und somit unmittelbar demokratisch legitimierte Parlament die wesentlichen Entscheidungen des Gemeinwesens trifft, insbesondere die allgemeinen, für die Bürger bedeutsamen Regelungen erläßt. In der Demokratie kommt dem Parlament die Funktion des obersten Staatsorgans zu, die Exekutive ist zwar auch demokratisch legitimiert, aber nicht unmittelbar. Mit dem Gesetzesvorbehalt soll gesichert werden, daß die von ihm erfaßten Angelegenheiten dem Gesetzgeber „vorbehalten“ sind mit der Folge, daß die Verwaltung insoweit nur auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung tätig werden darf.<sup>33</sup> Der Streit um die Reichweite des Gesetzesvorbehaltes ist in den letzten Jahren in politisch brisanten Bereichen aufgebrochen. Genannt sei etwa die – auch politische – Auseinandersetzung um die rechtliche Ausgestaltung der Schule und des Schulverhältnisses. Zahlreiche Verwaltungsrechtsstreitigkeiten wurden geführt über die Einführung der Sexualkunde,<sup>34</sup> der Mengenlehre,<sup>35</sup> der 5-Tage-Woche in der Schule,<sup>36</sup> über die Reform der gymnasialen Oberstufe,<sup>37</sup> die Einführung der obligatorischen Förderstufe,<sup>38</sup> die Zulässigkeit von Schulstrafen und Schulverweisen.<sup>40</sup> In allen vorgenannten Streitigkeiten ging es darum, ob die Schulverwaltung die aufgezählten Fragen aus eigener Kompetenz regeln und ordnen kann oder ob sie hierzu gesetzlicher Zielweisungen und Ermächtigungen bedarf. Das Bundesverfassungsgericht<sup>41</sup> hat in letzterem Sinne entschieden.

Nicht mindere Aktualität besitzt das Problem des Gesetzesvorbehaltes im Atomrecht. Sie betrifft hier die Problematik der parlamentarischen Mitwirkung bei der Standortplanung, der Einführung neuartiger Technologien („Schneller Brüter“) und der Genehmigung einzelner Kernkraftwerke. Im Kalkar-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts finden sich wesentliche Aussagen über die Bedeutung und Reichweite

<sup>31</sup> Vgl. BVerfGE 40, 237, 248; 49, 89, 126.

<sup>32</sup> Maurer, a.a.O. (Anm. 5), S. 82.

<sup>33</sup> Maurer, a.a.O. (Anm. 5), S. 82 f.

<sup>34</sup> BVerwGE 47, 194.

<sup>35</sup> BayVerfGH DVBl. 1975, 425.

<sup>36</sup> BVerwGE 47, 201.

<sup>37</sup> VGH Kassel NJW 1976, 1856.

<sup>38</sup> HessStGH DÖV 1984, 718.

<sup>39</sup> BVerwGE 56, 155; HessStGH ESVGH 21, 1.

<sup>40</sup> BVerfGE 41, 251.

<sup>41</sup> BVerfGE 33, 1, 9; 33, 125, 157; 33, 303, 346; 41, 251; 58, 257

des Gesetzesvorbehalts in diesem Bereich.<sup>42</sup> Theorie und Praxis versuchen, das Vorbehaltsproblem mit der sog. Wesentlichkeitstheorie<sup>43</sup> zu bewältigen. Danach sind alle wesentlichen (grundlegenden) Entscheidungen dem Parlament vorbehalten (sog. Parlamentsvorbehalt).<sup>44</sup> Welche Fragen „wesentlich“ sind, ist nach wie vor umstritten. In diesem Zusammenhang hat der Gesichtspunkt der „Grundrechtsrelevanz“ einer Entscheidung an Bedeutung gewonnen. Danach sollen Regelungen, die maßgeblich Grundrechte tangieren, dem Parlament vorbehalten sein.<sup>45</sup> Für den Gesetzesvorbehalt ist weiter von Bedeutung, daß es rechtsstaatlich geboten ist, die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger durch allgemeine Gesetze zu regeln, die nicht nur das Verwaltungshandeln bestimmen, sondern dieses auch für den Bürger voraussehbar und berechenbar machen.<sup>46</sup>

Die früher postulierte Beschränkung des Gesetzesvorbehaltes auf die Eingriffsverwaltung ist überholt. Die Entwicklung zur parlamentarischen Demokratie, die zunehmende Bedeutung der Leistungsverwaltung und die verfassungsrechtliche Durchdringung aller staatlichen Bereiche durch das Grundgesetz erfordern eine Ausdehnung auf weitere Bereiche.<sup>47</sup> Mit der vorstehenden Aussage wird nicht für einen die gesamte Verwaltungstätigkeit umfassenden „Totalvorbehalt“ plädiert.<sup>48</sup> Zutreffend hat Ossenbühl<sup>49</sup> ausgeführt, wer für den Totalvorbehalt plädiere, raube dem Bürger die Chance, Leistungen in einem Bereich zu erhalten, in dem der Gesetzgeber bisher keine Initiative ergriffen habe, sei es, weil er bewußt untätig bleibe, sei es, weil er effektiv nicht in der Lage sei, den Normenhunger der Verwaltung zu stillen. Die für das Gemeinwesen sowie für den einzelnen Bürger grundlegenden und wichtigen Entscheidungen müssen aber grundsätzlich durch den Gesetzgeber getroffen und von ihm verantwortet werden.

#### IV.

#### *Die Gesetzesbindung der Verwaltung bei der Rechtsanwendung*

Aus dem rechtsstaatlichen und demokratischen Prinzip ergibt sich, daß die Verwaltung an Gesetz und Recht gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG). Das Ausmaß und die Modalität der Gebundenheit oder Ungebundenheit der Verwaltung gehören nach wie vor zu den Hauptproblemen des Verwaltungsrechts. Nicht nur die Verwaltung, sondern auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist ständig mit Fragen der Gesetzesbin-

<sup>42</sup> BVerfGE 49, 89.

<sup>43</sup> Vgl. nur E. W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2. Aufl. 1981, S. 391 ff.

<sup>44</sup> Vgl. Carl E. Eberle, *Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt*, DÖV 1984, S. 485 ff.

<sup>45</sup> Vgl. Ossenbühl a.a.O. (Anm. 3), S. 71.

<sup>46</sup> So Maurer, a.a.O. (Anm. 5), S. 83.

<sup>47</sup> Maurer, a.a.O. (Anm. 5), S. 84 f.

<sup>48</sup> Vgl. demgegenüber die bei Ossenbühl, a.a.O. (Anm. 3), S. 67 (mit Fn. 11–13), dargestellten Konzeptionen, die einerseits mit Hilfe des Demokratiegebots, andererseits auf der Grundlage des Rechtsstaatsprinzips, einen das gesamte unmittelbar bürgergerichtete Verwaltungshandeln umfassenden Gesetzesvorbehalt fordern.

<sup>49</sup> Ossenbühl, a.a.O. (Anm. 3), S. 68.

dung der Verwaltung konfrontiert. In der Literatur<sup>50</sup> sind drei graduell differierende Kategorien der Gebundenheit der Verwaltung konkretisiert worden:

- strikte Bindung durch rechtliche Anordnung zwingender Rechtsfolgen unter Einbeziehung bestimmter und unbestimmter Gesetzesbegriffe,
- gelockerte Bindung durch Gewährung von Verwaltungsermessen,
- Einräumung administrativer Gestaltungsfreiheit.

### 1. Strikte Bindung der Verwaltung

Die stärkste Form der Gebundenheit der Verwaltung durch das Gesetz liegt dann vor, wenn die Verwaltung bei Erfüllung eines gesetzlich normierten Tatbestandes eine gesetzlich eindeutig geregelte Rechtsfolge zu setzen hat. Eine vergleichbare Bindung der Verwaltung kann auch dadurch erreicht werden, daß der Gesetzgeber in seinen Normen Begriffe wählt, die nicht interpretierbar sind. Die Vielzahl, Vielfalt und Komplexität der Verwaltungsaufgaben und der sich damit stellenden Probleme schließt häufig eine absolute und abschließende gesetzliche Determinierung des Verwaltungshandelns, der Verwaltungsziele und der Mittel der Verwaltung zur Erreichung dieser Ziele aus. Selbst wo eine umfassende Bindung der Verwaltung mit der Folge, daß diese die detaillierten Anweisungen nur noch ausführen müßte, theoretisch möglich wäre, könnte das Ziel einer absolut gesetzgebundenen Verwaltung meist nur um den Preis eines Verlustes an Effektivität des Verwaltungshandelns und oft auch an Sachgerechtigkeit erkaufte werden. Der Gesetzgeber verzichtet aus den dargelegten Gründen mit Recht darauf, das Verwaltungshandeln immer und in allen Bereichen abschließend und kasuistisch durch Gesetz festzulegen.

Die Intensität der Bindung der Verwaltung wird graduell schwächer, wenn der Gesetzgeber unbestimmte Gesetzesbegriffe (unbestimmte Rechtsbegriffe) verwendet. Derartige Begriffe sind nicht eindeutig fixiert, sondern erst von der Verwaltung interpretativ aufzubereiten. Umstritten ist, ob die Behörde unbestimmte Rechtsbegriffe wie „Gemeinwohl“, „öffentliches Interesse“, „Bedürfnis“ etc. nach eigenen – gerichtlich nur begrenzt überprüfbaren – Kriterien konkretisieren darf (Beurteilungsspielraum oder Einschätzungsprärogative). Nach der zumindest in der Rechtsprechung in den letzten Jahren herrschend gewordenen Auffassung<sup>51</sup> liegt eine Beurteilungsermächtigung nicht schlechthin bei allen unbestimmten Rechtsbegriffen, die in einem Gesetz verwendet werden, vor, sondern nur dann, wenn dem Gesetz entnommen werden kann, daß der Gesetzgeber der mit dem Vollzug betrauten Behörde mit der Verwendung des Begriffs bzw. der getroffenen Regelung einen Beurteilungsspielraum einräumen wollte. In diesem Falle soll die Verwaltung in den durch die verwendeten Begriffe gezogenen Grenzen ermächtigt sein, selbst zu entscheiden, ob die durch die jeweiligen Begriffe umschriebenen Voraussetzungen ihres Handelns vorliegen. In allen anderen Fällen nimmt die Rechtsprechung eine volle gerichtliche Überprüfbarkeit des Verwaltungshandelns an.<sup>52</sup>

Einen Beurteilungsspielraum im vorstehenden Sinne nimmt die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung nur dann an, wenn besondere Faktoren, wie die besondere

<sup>50</sup> Vgl. Maurer, a.a.O. (Anm. 5), S. 10.

<sup>51</sup> Vgl. etwa BVerwGE 59, 138; 62, 93; 62, 138.

<sup>52</sup> Vgl. Anm. 51.

Qualifikation der mit der Beurteilung betrauten Personen, z.B. eines Fachprüfers, die besondere Zusammensetzung und Sachkunde einer mit der Entscheidung betrauten Kommission, die „Unvertretbarkeit“ und Unwiederholbarkeit einer Prüfungssituation, die unvermeidbare Subjektivität von Prognosen, oder, weil für die zu treffende Entscheidung auch einem Gericht keine adäquateren Erkenntnismöglichkeiten zur Verfügung stünden, dafür sprechen.<sup>53</sup> Die Rechtslehre geht zum Teil weiter und nimmt in allen Fällen unbestimmter Rechtsbegriffe in einem Gesetz, also auch dann, wenn dem Gesetz nicht ausdrücklich, aber sinngemäß ein dahingehender Wille zu entnehmen ist, an, daß der Behörde damit ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, dessen Ausfüllung durch die Behörde gerichtlich nur noch daraufhin überprüfbar ist, daß die Grenzen, die sich aus dem Begriff ergeben, eingehalten sind bzw., ob die von der Behörde im konkreten Fall gewählte Lösung „vertretbar“ ist.<sup>54</sup>

## 2. Ermessen

Im Falle der Einräumung von Ermessen verzichtet der Gesetzgeber bewußt auf die ihm an sich zustehende Kompetenz zur vollständigen Bindung der Verwaltung. Ermessen liegt vor, wenn die Verwaltung bei Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes zwischen verschiedenen Verhaltensweisen wählen kann. Mit der Normierung von Ermessen ermächtigt der Gesetzgeber die Verwaltung zu eigenverantwortlicher und -wertender Entscheidung. Ermessen äußert sich in der Freiheit zur Entscheidung und/oder zur Auswahl von Handlungsformen und Mitteln. Gesetzestech-nisch erfolgt die Ermessensermächtigung gelegentlich durch ausdrücklichen Hinweis auf das „Ermessen“, meist jedoch durch Ausdrücke wie „kann“, „darf“, „ist befugt“ etc.

Das Ermessen gibt der Verwaltung die Möglichkeit zur eigenverantwortlichen, wenn auch gesetzlich gelenkten Entscheidung. Dabei dient das Ermessen vor allem der Einzelfallgerechtigkeit. Die Behörde wird in die Lage versetzt, unter Berücksichtigung der *ratio legis* einerseits und der konkreten Umstände andererseits eine dem Einzelfall angemessene und sachgerechte Lösung zu finden. Sie hat also zunächst einmal zu fragen, welchen Zweck die Ermächtigung zur Ermessensausübung verfolgt und welche Gesichtspunkte dabei maßgeblich sind, und hat sodann unter diesen Aspekten den konkreten Fall zu beurteilen und entsprechend zu entscheiden. Dabei können auch Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen einfließen.

Die Polizei hat etwa die Aufgabe, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten. Aus dem Arsenal polizeilicher Handlungsformen kann sie auswählen, wie sie ihren gesetzlichen Auftrag erfüllt, wobei sie allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts zu beachten hat wie etwa das Übermaßverbot.

Ungeachtet der Einräumung von „Freiräumen“ für die Verwaltung bedeutet Ermessen niemals Willkür und rechtliche Bindungslosigkeit. Verstetigt wird die Ermessensanwendung häufig durch den Gleichheitssatz (Selbstbindung der Verwaltung) und durch Verwaltungsrichtlinien (Anwendungserlasse).<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Vgl. BVerwGE 29, 279; 39, 203; 62, 101; 62, 336.

<sup>54</sup> Vgl. dazu umfassend Maurer, a.a.O. (Anm. 5), S. 107–118.

<sup>55</sup> Vgl. dazu Ossenbühl, a.a.O. (Anm. 3), S. 98 (mit Fn. 105).

In der Literatur und Rechtsprechung ist eine Typologie der Ermessensfehler konkretisiert worden. Danach liegt eine Ermessensüberschreitung vor, wenn die Behörde eine nicht mehr im Rahmen der Ermessensvorschrift liegende Rechtsfolge wählt. Ermessensnichtgebrauch (Ermessensunterschreitung) liegt vor, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen keinen Gebrauch macht, etwa aus Nachlässigkeit oder weil sie irrtümlich annimmt, sie sei kraft zwingenden Rechts zum Handeln verpflichtet. Auch wenn es im Ermessen der Behörde liegt, ob sie tätig werden will oder nicht, muß sie doch prüfen, ob ein Einschreiten im konkreten Fall angebracht ist oder nicht. Ermessensfehlgebrauch (Ermessensmißbrauch) liegt vor, wenn sich die Behörde nicht ausschließlich vom Zweck der Ermessensvorschrift leiten läßt. Die Behörde handelt ermessensfehlerhaft, wenn sie die gesetzlichen Zielvorstellungen nicht beachtet oder wenn sie die für die Ermessensausübung maßgeblichen Gesichtspunkte – die verschiedenen öffentlichen und privaten Interessen, die nach der jeweiligen Ermessensvorschrift zu beachten sind – nicht hinreichend in ihre Erwägungen einbezieht. Weiter macht ein Verstoß gegen Grundrechte und allgemeine Verwaltungsgrundsätze die Ermessensausübung fehlerhaft. Wenn Ermessen auch grundsätzlich bedeutet, daß die Verwaltung die Wahl zwischen verschiedenen Verhaltensweisen hat, kann sich im Einzelfall die Wahlmöglichkeit auf eine Alternative reduzieren. Das ist dann der Fall, wenn nur noch eine Entscheidung ermessensfehlerfrei ist, alle anderen Entscheidungen ermessensfehlerhaft wären. Die Behörde ist dann verpflichtet, diese eine ihr noch verbleibende Entscheidung zu „wählen“. In derartigen Fällen wird von einer „Ermessensschrumpfung“ oder von einer „Ermessensreduzierung auf Null“ gesprochen.

Im Vergleich zu den unbestimmten Rechtsbegriffen ist die Rechtsbindung beim Ermessen lockerer: § 40 des Verwaltungsverfahrensgesetzes nennt als Schranken den Zweck der Ermächtigung, gesetzliche Grenzen und die Pflichtmäßigkeit der Ausübung.

### *3. Frei gestaltende Verwaltung*

Die schwächste Bindung besteht im Bereich der frei gestaltenden Verwaltung. Insbesondere im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung gibt es Bereiche gesetzessfreier Verwaltung (Schaffung öffentlicher Einrichtungen). „Gesetzesfreie“ Verwaltung heißt aber nicht, daß die Verwaltung völlig rechtsfrei handeln darf. Schranken ergeben sich aus dem Vorrang des Gesetzes, aus dem Gleichheitssatz und sonstigen allgemeinen Verfassungsgrundsätzen (Kompetenzwahrung, Übermaßverbot, Gemeinwohlverpflichtetheit).

### *4. Sicherung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durch gerichtliche Kontrolle des Verwaltungshandelns*

Die Verwaltung ist nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Ungeachtet dieser verfassungsgesetzlich normierten Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz bedarf es einer unabhängigen, externen Kontrollinstanz, damit der Bürger – falls notwendig – die Einhaltung des Rechts durch die Verwaltung erzwingen kann. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG garantiert dem Individuum den gerichtlichen Schutz seiner subjektiven Rechte, er lautet: „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in

seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.“ In Ausfüllung der vorstehend angeführten Verfassungsbestimmung hat der Gesetzgeber ein umfassendes System der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts geschaffen, das von der Verfassungsgerichtsbarkeit gekrönt wird (Bundesverfassungsgericht/Länderverfassungsgerichte). Für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten gilt die Generalklausel des § 40 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), wonach der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Für Steuer- und Abgabensachen sowie für sozialrechtliche Fälle sind Finanz- bzw. Sozialgerichte als spezielle Verwaltungsgerichte eingerichtet worden. Gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO ist für vermögensrechtliche Ansprüche und bestimmte Schadensersatzansprüche gegen die öffentliche Hand der Zivilrechtsweg eröffnet. Auch über die Höhe der Entschädigung im Falle einer Enteignung entscheiden gemäß Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG die Zivilgerichte. Für die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die in ihr tätigen Richter gelten – wie für alle anderen Gerichte und Richter – die Art. 92 und 97 GG. Nach Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt ausschließlich Richtern anvertraut, die Verwaltung unterliegt damit einer Fremdkontrolle. Nach Art. 97 GG sind die Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Die Unabhängigkeit der Richter äußert sich u.a. darin, daß sie unabsetzbar und unversetzbar sind, nur mit ihrem Einverständnis können sie versetzt werden. Der Regeltyp des Berufsrichters ist durch seine rechtswissenschaftliche Vorbildung und berufspraktische Ausbildung gekennzeichnet.

Die Verwaltungsgerichtsordnung kennt unterschiedliche Klagearten, mit denen der Klageberechtigte „sein Recht“ erlangen oder sichern kann.

Mit der Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 VwGO kann die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes erreicht werden. Die Verpflichtungsklage ist nach § 42 Abs. 1 VwGO auf den Erlaß oder auf die Verpflichtung der Behörde zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes gerichtet. Mit der allgemeinen Leistungsklage wird die Vornahme, Unterlassung oder Beseitigung einer schlichthoheitlichen Handlung begehrt. Die allgemeine Feststellungsklage ist auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder auf die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes gerichtet (§ 43 Abs. 1 VwGO). Mit der Fortsetzungsfeststellungsklage kann die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes begehrt werden (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO). Zur Gewährung eines wirkungsvollen Rechts bietet die Verwaltungsgerichtsordnung in den §§ 80 und 123 Verfahren zur Erlangung vorläufigen Rechtsschutzes an. Die unterschiedliche Intensität der Bindung der Verwaltung findet ihr Abbild im jeweiligen Maß der Kontrolle durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Für die Verwaltung der Bundesrepublik Deutschland gilt das Prinzip, daß die Ausübung staatlicher Macht nur auf der Grundlage der Verfassung und von formell und materiell verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährleistung von Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zulässig ist, wobei die Einhaltung der vorstehenden Grundsätze durch unabhängige Gerichte umfassend kontrolliert wird.

## V.

*Die zunehmende Bedeutung des EG-Rechts für die Bundesrepublik Deutschland*

Wenn vorstehend die wichtigsten Rechtsquellen der Verwaltung erörtert wurden, dann bezog sich diese Darstellung nur auf das nationale Recht der Bundesrepublik Deutschland. Es soll aber abschließend erwähnt werden, daß zahlreiche Verwaltungsbereiche in der Bundesrepublik Deutschland unter das Regime des EG-Rechts fallen. Das Grundgesetz sieht in Art. 24 Abs. 1 GG ausdrücklich vor, daß der Bund „Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen“ übertragen kann. Von dieser „supranationalen Option“<sup>56</sup> hat die Bundesrepublik Deutschland nachhaltig Gebrauch gemacht. Infolgedessen gibt es neben den innerstaatlichen Rechtsquellen weitere, die für die rechtliche Ordnung auf dem Boden der Bundesrepublik Deutschland von Bedeutung sind. Am wichtigsten und umfangreichsten ist das Recht der Europäischen Gemeinschaften, das nachfolgend knapp skizziert werden soll.

Die Europäischen Gemeinschaften (EG) sind durch drei multinationale Verträge begründet worden, nämlich den

- Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKSV) vom 18. 4. 1951;
- Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV) vom 25. 3. 1957;
- Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (EAGV) vom 25. 3. 1957.

Durch den Vertrag zur Einsetzung eines gemeinsamen Rates und einer gemeinsamen Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 8. 4. 1965, den „Fusionsvertrag“, sind die Exekutivorgane der Gemeinschaften verschmolzen worden. Die Verträge stellen die wichtigste Rechtsquelle des sog. „primären“ Gemeinschaftsrechts dar, d.h. sie erschöpfen sich nicht im Gründungsakt der Europäischen Gemeinschaften, sondern enthalten das in den Europäischen Gemeinschaften anzuwendende „Gemeinschaftsrecht“.

Die Europäischen Gemeinschaften haben Organe mit unterschiedlichen Kompetenzen:

Der Rat ist das politische Führungsorgan der Europäischen Gemeinschaften und setzt sich aus Regierungsmitgliedern der Mitgliedsstaaten zusammen. Der Rat ist Entscheidungs- und Rechtsetzungsorgan; zur Rechtsetzungsinitiative ist allein die Kommission befugt. Im Rat sind die in den Mitgliedstaaten jeweils zuständigen Fachminister vertreten (Wirtschaftsminister, Landwirtschaftsminister etc.), so daß er eine wechselnde personelle Zusammensetzung hat.

Die Kommission ist das Exekutivorgan der Europäischen Gemeinschaften. Sie umfaßt gegenwärtig 17 Mitglieder, die von den Regierungen der Mitgliedstaaten ernannt werden. Die Kommission hat Rechtsetzungskompetenzen und andere Entscheidungskompetenzen.

Die Versammlung (das „Europäische Parlament“) setzt sich aus Abgeordneten zusammen, die in direkter Wahl gewählt worden sind. Die Versammlung hat im wesentlichen „Beratungs- und Kontrollbefugnisse“. Die Rechte der Versammlung sind seit

<sup>56</sup> Vgl. Klaus Stern, Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl., 1984, S. 518.

Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte am 1. Juli 1987<sup>57</sup> wesentlich gestärkt worden. Durch die Einheitliche Europäische Akte wurde für im Ministerrat mit qualifizierter Mehrheit zu verabschiedende Gesetze ein System zweier Lesungen im Rat und Parlament entwickelt. Danach muß der Ministerrat Einstimmigkeit erzielen, wenn er Gesetzesvorhaben, die in 2. Lesung von der Versammlung abgelehnt wurden, durchsetzen möchte. Die Kommission wird beteiligt, wenn die Versammlung Änderungen im Gesetzentwurf des Rates vornimmt. Akzeptiert die Kommission die Änderungen der Versammlung, kann der Rat mit qualifizierter Mehrheit beschließen; dagegen muß er einstimmig entscheiden, wenn die Kommission die Änderungen nicht übernommen hat.

Aufgabe des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ist die „Wahrung des Rechts“ bei der Anwendung und Auslegung der Verträge. Er entscheidet darüber, ob Mitgliedstaaten oder Gemeinschaftsorgane sich rechtmäßig verhalten haben. Der Gerichtshof trifft überdies „Vorabentscheidungen“ aufgrund von Vorlagen von Mitgliedstaaten.

Neben dem „primären“ Gemeinschaftsrecht gibt es auch das „sekundäre“ Gemeinschaftsrecht. Als „sekundäres“ Gemeinschaftsrecht wird das von den Gemeinschaftsorganen (Rat, Kommission) geschaffene Recht bezeichnet. Keinem Gemeinschaftsorgan sind allgemeine Rechtsetzungskompetenzen zugewiesen; es besteht das Prinzip der Handlungsermächtigung. Die Verträge führen spezifizierte Rechtsakte auf, bei denen jedoch begriffliche Differenzen zu berücksichtigen sind:

- Die Verordnung hat allgemeine Geltung, ist also rechtstheoretisch eine „Norm“ und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat (Art. 189 Abs. 2 EWGV).
- Die Entscheidung betrifft einen Einzelfall und ist für denjenigen verbindlich, den sie bezeichnet, sei es ein Mitgliedstaat oder eine Einzelperson (Art. 189 Abs. 4 EWGV).
- Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überläßt jedoch den staatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel, sie in innerstaatliches Recht umzusetzen (Art. 189 Abs. 3 EWGV).
- Empfehlungen und Stellungnahmen sind nicht verbindlich (Art. 189 Abs. 5 EWGV).

Die Europäischen Gemeinschaften als mit eigener Hoheitsgewalt ausgestattete und von den Mitgliedstaaten gesonderte Rechtssubjekte erlassen die Rechtsakte des (sekundären) Gemeinschaftsrechts aufgrund eigener Zuständigkeiten. Sie treten in diesem Kompetenzbereich neben die staatliche Gewalt. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht ist deshalb kein Bestandteil der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, gehört aber auch nicht zum Völkerrecht. Es bildet (zusammen mit dem primären Gemeinschaftsrecht) eine eigenständige Rechtsordnung, die aus einer autonomen Rechtsquelle fließt und durch ein besonderes Rechtsschutzsystem (in Gestalt des EuGH) gesichert ist.<sup>58</sup>

Die durch Art. 24 Abs. 1 GG vorgesehene Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Organisationen läßt die Frage offen, wie bei der Kollision zwi-

<sup>57</sup> Vgl. das Gesetz zur Einheitlichen Europäischen Akte vom 28.2.1986 und vom 19.12.1986 (BGBl. II S. 1102).

<sup>58</sup> Vgl. BVerfGE 37. 271 (277 f.).

schen nationalem und supranationalem Recht zu entscheiden ist. Ungeachtet unterschiedlicher Begründungen besteht im Ergebnis Einigkeit über den Vorrang des Gemeinschaftsrechts.<sup>59</sup> Für den Bereich des Grundrechtsschutzes lehnt es das Bundesverfassungsgericht – in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung<sup>60</sup> – ab, die Verfassungsmäßigkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu überprüfen.<sup>61</sup>

Erst durch eine Zusammenschau der nationalen und der europäischen Rechtsordnung ergibt sich das Recht, das in der Bundesrepublik Deutschland für die Verwaltung maßgeblich ist.

---

<sup>59</sup> Vgl. *Klaus Stern*, a.a.O. (Anm. 56), S. 543; grundlegend: *Hans-Peter Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, S. 267 ff.

<sup>60</sup> BVerfGE 37, 271 („Solange-Beschluß“).

<sup>61</sup> Vgl. BVerfGE 73, 339 („Solange II-Beschluß“).

ALBERT TAKÁCS

## Das System der Rechtsquellen und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Ungarn

Solange die Regierung besteht, ist die Legislative in allen Fällen die höchste Gewalt. Denn was einem anderen Gesetze zu geben vermag, muß ihm notwendigerweise übergeordnet sein . . . und jegliche andere, bei irgendwelchen Gliedern oder Teilen der Gemeinschaft liegende Gewalt auf sie zurückgehen oder ihr untergeordnet sein.

John Locke: Two Treatises of Government  
XIII. / 150 /.

### I.

#### *Sinn und Wert der Gesetzmäßigkeit*

Die öffentlich-rechtliche bzw. – im weiteren Sinne – die politische und kulturelle Entwicklung hat als wichtigstes Ergebnis die Sicherung und Verwirklichung der Gesetzmäßigkeit, denn diese sichert die Bedingungen und die Möglichkeiten einer willkürlosen, sicheren und geregelten Gestaltung der staatlich organisierten gemeinschaftlichen Existenz. Die grundsätzliche Bedeutung der zur Schaffung der Freiheitsordnung notwendigen Forderungen hat schon die *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789) betont, in der als unerläßliche und unverletzliche Bestandteile des Verfassungsstaates die institutionelle Sicherung der Rechte und die Verteilung der Gewaltzweige ausgesprochen wurde (Artikel 16).

Seit dieser klassischen Definition versteht man unter Gesetzmäßigkeit im allgemeinen – nicht ohne Ausnahme – den Zustand, in dem die Gesetze oder – verallgemeinert – das Recht die Macht des Staates begrenzt und aufgrund objektiver Maßstäbe das Verhältnis der öffentlichen Macht und der Gesellschaft (Privatsphäre) *regelt*. Dieser abstrakte Grundsatz der Gesetzmäßigkeit kann unter weiteren drei Gesichtspunkten erläutert werden. *Inhaltlich* (materiell) bedeutet Gesetzmäßigkeit, daß in den Gesetzen als Rechtsregeln abgefaßte Verfügungen verwirklicht werden. Das Gesetz soll nicht der tote Buchstabe eines Stückes Papier, sondern die lebendige Seele der öffentlich-hoheitlichen Handlung sein. Daneben ist eine *formelle* Ansicht der Gesetzmäßigkeit möglich. Das bedeutet, daß eine Handlung des Staates keinen Verfügungen der Gesetze oder anderer Rechtsregeln widerspricht. Letztlich kann die Gesetzmäßigkeit von einem *Wertgesichtspunkt* betrachtet werden. Das bedeutet, daß die Gesetzmäßigkeit nicht die Verwirklichung irgendeiner Rechtsregel verlangt, sondern die Verwirklichung solcher, die bestimmte humane, Gerechtigkeits- oder sonstige Wertvorstellungen der Gemeinschaft darstellen. Die Erfordernisse der ersten beiden Annäherungsmethoden kann man verhältnismäßig einfach und eindeutig bestimmen. Dementsprechend erfordert die Gesetzmäßigkeit, daß der Staat das in den Rechtsregeln abgegebene Versprechen einhält bzw. nichts tut, was diesem Versprechen widerspricht. Der dritte Aspekt der Gesetzmäßigkeit verbirgt auch theoretisch mehrere Probleme. Dies gilt nicht nur, weil nach den Erfahrungen die gegen

Rechtsregeln oder gerade in Rechtsregeln abgefaßten Werte sehr oft Elemente der Humanität oder Gerechtigkeit in das Leben der Gemeinschaft einbringen konnten, sondern auch deshalb, weil das rechtlich zu erfassende Wesen dieser Werte sehr schwer zu bestimmen ist. In Osteuropa braucht man nicht besonders unter den Einfluß von Kelsen zu gelangen, um seine These anzuerkennen: Gegenstand eines Gesetzes, einer Rechtsregel kann jeder Regelungsinhalt sein.<sup>1</sup> Es erscheint daher richtiger und sicherer, wenn wir in den Mittelpunkt der Bewertung nicht einen bestimmten Wert stellen, sondern *das bestimmte Verfahren* der Gesetzgebung. Gemeint ist ein Verfahren, welches den legislativen Prozeß und dessen Endprodukt – die Legitimität der Rechtsregel – schaffen kann. Ausgangspunkt der Legitimierung durch Verfahren ist, daß für das Dasein des Rechtssystems die wesentlichen Rechtsregeln, die Gesetze, durch eine demokratisch gewählte Legislative geschaffen werden. Weiterhin ist es notwendig, daß die gestalterische Kraft und die integrative Wirkung der so geschaffenen Gesetze in Anbetracht der anderen Elemente des Rechtssystems zur Geltung kommen, d.h., daß die Positivität des Gesetzes das bestimmende Ordnungsprinzip für die Hierarchie der Rechtsquellen ist. Letztlich ist anzumerken, daß die Gesetzgebung so erfolgen muß, daß sie der gesellschaftlichen Öffentlichkeit zugänglich ist.

Ein allen drei Annäherungsmethoden der Gesetzmäßigkeit gemeinsames Element ist, daß die Gesetze vollzogen werden und ihr Inhalt verwirklicht wird. Bei der Verwirklichung fiel immer der Verwaltung die entscheidende Rolle zu. Dies gilt heute um so mehr, als immer mehr Bereiche des gesellschaftlichen Lebens von der rechtlichen Regelung betroffen werden. Daneben hat sich *die Natur der Durchführung* verändert. Beim Vollzug durch die Verwaltung ist einerseits die „klassische“ (behördliche) Rechtsanwendung geringer geworden, auf der anderen Seite hat sich jedoch die Bedeutung der planenden, organisierenden und leistenden Tätigkeit erhöht. Hinsichtlich der letztgenannten Tätigkeitsformen existiert daher eine autonome, anpassungs- und innovationsfähige, einem Management entsprechende Verwaltung, welche an die Gesetze und anderen Rechtsregeln anscheinend weniger gebunden ist als die behördliche Bürokratie. Je offensichtlicher es wird, daß die Verwaltung in vielen Gebieten den *infrastrukturellen* Hintergrund der normalen Funktionsweise der Gesellschaft festlegt, d.h., je bedeutender ihre gesellschaftliche Rolle ist, desto stärker ist der Anspruch, daß die Funktion der Verwaltung – wenigstens in den Hauptzügen – dem demokratischen Willen des Gesetzgebers bzw. der Bindungswirkung des von den Gesetzen integrierten Rechtssystems unterworfen ist. Je mehr der Staat zum Verwaltungsstaat wird, je mehr die Gesellschaft bürokratisiert wird, desto mehr kann man den allgemeinen Zustand der Gesetzmäßigkeit an dem Zustand der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ablesen.

Die heutigen Rechtssysteme richten sich größtenteils nach Bedarf und Möglichkeiten der Verwaltung. In diesem bürokratischen Prozeß des Rechts spielen nicht nur die niedrigeren, ausdrücklich von der Verwaltung geschaffenen Rechtsregeln eine Rolle, sondern auch die Rechtsregeln der Regierung. Von dieser Eigenart sind auch die Gesetze nicht frei. Die Folgerung ist deshalb angebracht, daß die Eigenarten und die Qualität der existierenden Rechtssysteme mit dem Zustand der Gesetzmäßigkeit

<sup>1</sup> *Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre* (1. Aufl.), Wien 1934, S. 32, 63.

in unmittelbarem Zusammenhang stehen, und zwar mit ihrem zentralen Element, der Möglichkeit der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

## II.

### *Die Ebene der Rechtsetzung und die Gesetzmäßigkeit*

Aufgrund der hervorragenden gesellschaftlichen Bedeutung der Verwaltung kann man mit Recht die Anforderungen des Verfassungsstaates so deuten und erklären, daß dieser erstens gerade zur Beschränkung der Verwaltung dient. Wenn der Verfassungsstaat als Rechtsdoktrin betrachtet wird, dann sind in diesem rechtliche Garantien zu suchen, die *mit der Wirkungsart des Rechts* die Möglichkeit der Regulierung und Beschränkung der Verwaltung schaffen. Der Verfassungsstaat erfordert hinsichtlich der Verwaltung vor allem eine Rechtsordnung, die „von außen“ die maßgeblichen strukturellen und handlungsbezogenen Regelmäßigkeiten für die Verwaltung bestimmt. Im Verfassungsstaat herrscht also das Recht, d.h. der objektivierte Wille der Gemeinschaft leitet die Verwaltung, um hiermit zu sichern, daß die Verwaltung nicht zu einer über der Gesellschaft stehenden Organisation wird, sondern als eine untergeordnete Institution der Erfüllung eines gesellschaftlichen Auftrags dient. Die „äußere“ Regulierung der Verwaltung kann vor allem durch Rechtsregeln erfolgen, welche von solchen Organen geschaffen werden, die unabhängig von der Verwaltung wirken und über eine demokratische Legitimität verfügen. Unter diesen Rechtsnormen sind die Gesetze und die Verfassung als „paramount law“ von besonderer Bedeutung. Aufgrund der primären, originären Legitimität des Gesetzgebers -- bzw. des Verfassungsgebers -- müssen wir die Wurzel der Legitimität des ganzen Rechtssystems *in der Eigenart des Gesetzes* bzw. des Verfassungsgesetzes suchen. Aus diesem Grunde ist es nicht zufällig, daß das gesetzgebende Organ auch formell die führende Rolle innerhalb der Rechtsetzungsorgane innehat und sich das Verfassungsgesetz an der Spitze der Rechtsquellenhierarchie befindet.

Die führende Rolle der Verfassung unter den Rechtsquellen wird -- formell gesehen -- an der speziellen Art ihrer Annahme sichtbar. Der ungarischen Lösung entsprechend erfordert die Verabschiedung oder Modifizierung der Verfassung mindestens eine Zweidrittelmehrheit aller Abgeordneten. Dieser seit 1949 unverändert bestehenden Regel wurde 1989 noch eine weitere wichtige formelle Bedingung hinzugefügt: Über die Annahme bzw. Bestätigung der Verfassung ist durch Volksabstimmung zu entscheiden (§ 7 des Gesetzes Nr. VII/1989). Diese im Grunde genommen formelle Regel steht mit der inhaltlichen Eigenart der Verfassung in enger Verbindung. In der ungarischen Staatsrechtslehre vertreten mehrere Autoren den Standpunkt, daß die Verfassung aus dem Grunde ein besonderes Gesetz -- das Gesetz der Gesetze -- sei, weil sie grundlegende Machtverhältnisse regele. Gerade im Hinblick auf diesen Inhalt könne sie als die rechtliche Grundordnung des staatlichen Lebens beurteilt werden.<sup>2</sup> Wenn wir die Verfassung als höchstrangiges, einheitliches und geschlossenes

<sup>2</sup> Kovács, István: Magyar államjog (Ungarisches Staatsrecht), Bd. I, Szeged 1977, S. 11 ff.; Beér, János -- Kovács, István -- Szamel, Lajos: Magyar államjog (Ungarisches Staatsrecht), 2. Aufl., Budapest 1964, S. 5 ff.

System von Rechtsnormen betrachten, so beruht sie nicht auf irgendeinem abgeleiteten Wert. Eine politische Gemeinschaft trifft vielmehr in der Verfassung *grundlegende und umfassende Entscheidungen* über die Art und die Form ihrer Existenz und Einheit. Die Verfassung wird durch den grundlegenden Konsens – ihrem Wesen nach – in inhaltlicher Hinsicht über alle anderen Rechtsquellen hervorgehoben. Die Technik der Verfassungsbestätigung durch ein Referendum betont – was schwerlich zu bestreiten ist – den *konsensartigen* Charakter des Verfassungsinhaltes. Es ist eine andere Frage, daß nach den Wahlen vom März/April 1990 die meisten relevanten politischen Kräfte, d.h. diejenigen, die im Parlament Mandate erworben haben, ausdrücklich die Meinung äußerten, daß in einer parlamentarischen Demokratie einer Volksabstimmung vergleichbare direktdemokratische Formen keinen Platz hätten. Im Interesse der Verwirklichung dieses Prinzips in der Praxis hat das Parlament als ersten – aber sicherlich nicht letzten – Schritt die Möglichkeit der gesellschaftlichen Diskussion im Zusammenhang mit der Schaffung der wichtigsten Rechtsregeln – in erster Linie der Gesetze – aufgehoben. Die Legitimitätsgründe und das Legitimierungsverfahren der Verfassungs- und Gesetzgebung befinden sich also in einer Phase der Veränderungen. Natürlich haben die parlamentarischen Entscheidungsprozesse und -techniken ihre eigene legitimierende Wirkung. Zu ihrer Ausbildung ist aber die Intensität des parlamentarischen „kommunikativen Handelns“<sup>3</sup> zu steigern. Insofern ist nach der bisher nur wenige Monate praktizierten Tätigkeit des neuen Parlaments noch einiges nachzuholen.

Die in dem Rechtsquellen-system und dem rechtlichen Wirkungsmechanismus erscheinende Rolle der Verfassung kann nur dann wirklich zur Geltung kommen, wenn die *normative Kraft* der Verfassung realisiert wird. Bedingung und Determiniertheit dieser Wirkung sind auch in der politischen und rechtlichen Umwelt der Verfassung zu suchen. Die Qualität der Verfassung kann dabei jedoch unter diesem Aspekt nicht außer acht gelassen werden. Die Verfassung sollte ein einheitliches Dokument sein, das mit technischen Mitteln durchgesetzt werden kann, d.h., daß ihre Aussagen bei der weiteren Rechtsetzung und sogar bei der Rechtsanwendung geltend gemacht werden können. Die normative Verfassung beinhaltet Rechtssätze, die in ihrer Gesamtheit geeignet sind, das Rechtssystem und die staatliche Tätigkeit im Ganzen zu integrieren. Die nur politische Deklarationen beinhaltende Verfassung verfügt nicht über eine derartige Wirkung. Die mit dem Gesetz Nr. XX/1949 angenommene ungarische Verfassung hatte trotz der zahlreichen Änderungen bis in die neueste Zeit hinein Mängel, die aus ihrem deklarativen Charakter herrührten. Von einer normativen Kraft konnte deshalb kaum gesprochen werden. Diese Situation zu beseitigen, hat – allerdings recht mutlos – die durch Gesetz Nr. II/1983 beschlossene Verfassungsänderung zu beseitigen versucht. Eine bedeutende Wende brachte aber erst die durch Gesetz Nr. XXXI/1989 beschlossene Verfassungsrevision. Hinsichtlich der Verfassungsrevision von 1989 gehen die Meinungen auseinander. Zum Teil wird im Hinblick auf die Verfassungsnovelle von einer inhaltlich neuen Verfassung gesprochen; nach ande-

<sup>3</sup> Die von Habermas herausgearbeitete Kategorie des „kommunikativen Handelns“ ist auch auf die Rechtsetzung anwendbar. In der ungarischen Literatur habe ich einen derartigen Versuch gemacht. Vgl. Takács, Albert: Alkotmányszemlélet és alkotmányváltozás (Verfassungsanschauung und Verfassungsänderung), Jogtudományi Közlöny XLIV (1989) 6, S. 283 ff.

rer Ansicht stellt auch die letzte Änderung nur eine Anpassung der 1949er „Stalinischen Verfassung“ an die dringendsten politischen Bedürfnisse dar. Meiner Meinung nach entspricht die erste Auffassung eher der Wahrheit. Die Verfassung i.d.F. von 1989 spiegelt die politischen Voraussetzungen der Systemänderung wider. Ihre Grundsätze und einige konkrete Bestimmungen beinhalten radikale Neuheiten, die inhaltlich tatsächlich nicht mehr als reformierte Fortsetzung des 1949er Zustandes aufgefaßt werden können.<sup>4</sup> Andererseits ist nicht zu bezweifeln, daß der geänderte Text der Verfassung bei weitem nicht alle verfassungsrechtlichen Konsequenzen aus der politischen Systemänderung zieht.<sup>5</sup> Eine neue Verfassung ist also unabhängig davon nach wie vor *erforderlich*. Es gibt aber noch einen weiteren Gesichtspunkt, der für eine – so bald wie mögliche, aber durchdachte – Verabschiedung einer neuen Verfassung spricht. Die geltende Verfassung hat nach den häufigen und bedeutenden Veränderungen des letzten Jahres ihre Einheit und integrative Wirkung fast ganz verloren. Diese Verfassung faßt nicht mehr eine „konkrete Ordnung“ zusammen, sondern ist – abhängig vom jeweiligen Änderungszeitpunkt – eine Sammlung von verschiedenen politischen Zielen dienenden Rechtssätzen, deren innere Kohäsion nur gering oder gar nicht vorhanden ist. Neben den einzelnen Verfassungsbestimmungen wird der normative Rahmen der Verfassung als Ganzes zur Fiktion. Diese Atomisierung der Verfassung kann zu einem Zustand führen, in dem die Gesichtspunkte der Rechtmäßigkeit und der Zweckmäßigkeit bei Fragen der Verfassungsmäßigkeit nicht mehr getrennt werden können. Diese Probleme der Verfassungsmäßigkeit werden in der Judikatur des Verfassungsgerichtes sichtbar<sup>6</sup>.

Die Forderung nach einer normativen Verfassung und ihre tatsächliche Normativität stehen sich in der geltenden, mehrmals geänderten Verfassung nicht selten gegenüber. Wegen der häufigen Änderungen, bei denen auch auf aktuell-politische Improvisationen nicht verzichtet wurde, ist der sozialpsychologische Hintergrund, das die Verfassung stützende *Vertrauen* zu schwach. Dieses Verfassungsmäßigkeitsdefizit ist besonders problematisch im Hinblick auf die Chancen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in einem Rechtssystem, in dem – nach Schätzungen – fast 90% der Rechtsregeln in irgendeiner Art mittelbar oder unmittelbar auf die Verwaltung zurückzuführen sind und von der Verwaltung – auch – angewandt werden.<sup>7</sup> Auf die neue Verfas-

<sup>4</sup> Die unter dem Aspekt der Gesetzmäßigkeit wichtigen Neuheiten sind z.B.: Verbot der monopolistischen Machtausübung (§ 2 Abs. 3), Abschaffung der direkten Machtausübung durch politische Parteien (§ 3 Abs. 3), Anerkennung der grundlegenden Menschenrechte und die rechtzeitige Feststellung ihrer Schranken (§ 8), die Errichtung des Verfassungsgerichts (§ 32/A), das allgemeine Recht auf einen Rechtsbehelf (§ 57 Abs. 5).

<sup>5</sup> In der Verfassung sind wichtige Fragen – bis heute – nicht geregelt, z.B.: die Rechtsstellung der Selbstverwaltungen (aber eine Regelung ist in nächster Zukunft zu erwarten), die allgemeine – verfassungsmäßige – Regelung der Tätigkeit der staatlichen Organe, das Finanzwesen des Staates und das Budgetrecht usw.

<sup>6</sup> Viele vertreten – hauptsächlich in der Presse – die Meinung, daß das berühmte sog. Zinssteuerurteil des ungarischen Verfassungsgerichts positivrechtlich *rechtmäßig*, (finanz)politisch aber äußerst *unzweckmäßig* war. Das Problem zeigt die Notwendigkeit der Ausarbeitung der prinzipiellen Thesen der sog. „politischen Fragen“ Theorie. Vgl.: *Starck, Christian/Weber, Albrecht* (Hrsg.): Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilbd. I, Baden-Baden 1986, S. 37.

<sup>7</sup> *Szamel, Lajos*: Az államigazgatás cselekvési formái (Die Handlungsformen der Verwaltung), Budapest 1984, S. 72; siehe noch *Kiss, László*: Einige aktuelle Fragen der Rechtsetzung und des Rechtsquellen-systems in der Ungarischen Volksrepublik, DVBl. 1989, S. 918.

sung wartet die Aufgabe, durch eigene Grundaussagen das Rechtssystem zu positivieren und zu integrieren, denn als Verfassung kann sie in erster Linie nur so zur Festigung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung beitragen. In dieser Hinsicht wird aber die neue Verfassung noch andere Aufgaben haben. Denn in der ungarischen Verfassung wurde bis jetzt der Verwaltung nicht die Aufmerksamkeit zuteil, die ihr aufgrund ihrer politischen, staatlichen und gesellschaftlichen Bedeutung zustehen sollte. Von den meisten west- und osteuropäischen Verfassungen abweichend, enthält die ungarische Verfassung kaum Bestimmungen über die Verwaltung.<sup>8</sup> Dieses Unterlassen muß von einer Verfassung, deren Grundlage der politische Pluralismus und dementsprechend das Gewaltenteilungsmodell bei der Ausübung der Staatsmacht sind, auf jeden Fall beseitigt werden in dem Sinne, daß Rahmen und Bedingungen der Verfassungsmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung vollständiger gesichert werden.

Die Verfassung ist infolge ihrer eigenen Struktur und der Kompliziertheit der Verwaltung nicht geeignet, alle wesentlichen Bezüge der Verwaltung hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit auch nur in den Grundzügen zu realisieren. In den Prinzipien und rechtlichen Konstruktionen, die die Gesetzmäßigkeit der Tätigkeit der Verwaltung betonen, wird der Anspruch auf Regelung durch die Verfassung um die Forderung nach der gesetzlichen Regelung der Verwaltung ergänzt. In Ungarn kann bereits heute als herrschende Auffassung betrachtet werden, daß die Verwaltung von den Gesetzen abhängen muß. Von großer Bedeutung ist die prinzipielle und praktische Frage, über welche Möglichkeiten die Gesetze bei der Regulierung der Verwaltung verfügen.

Die Vorstellung, daß die Verwaltung im Ganzen an die Gesetze gebunden sein soll und aus diesem Grunde eine eigene rechtsetzende Kompetenz der Verwaltung nicht zugelassen werden darf, ist in Frankreich in den Tagen der 1789er Deklaration am deutlichsten zum Ausdruck gekommen.<sup>9</sup> Heute schaut man eher skeptisch auf den „more geometrico“ Rechtsrationalismus der Aufklärung, und es ist nicht zufällig, daß auch in der Theorie nur selten Auffassungen zu finden sind, die hinsichtlich jeder Verwaltungstätigkeit eine gesetzliche Grundlage verlangen. Das positive Recht behält sich zum Teil die auf alle Bereiche ausgedehnte These der gesetzlichen Grundlage vor (z.B. Art. 18 Abs. 1 der Bundesverfassung Österreichs). Zum Teil wird ein derartiger allgemeiner Grundsatz vom positiven Verfassungsrecht nicht anerkannt (z.B. BRD). Wie immer aber auch das positive Recht bestimmt wird, es gibt heute kaum noch ein Rechtssystem, in dem sämtliche Tätigkeiten der Verwaltung unmittelbar – also ohne Übertragungen – auf konkrete gesetzliche Bestimmungen zurückgeführt werden können. Diese Möglichkeit wird praktisch einerseits durch die notwendige abstrakte Regelungstechnik der Gesetze, andererseits durch die abwechslungsreiche und mehrschichtige Tätigkeit der Verwaltung ausgeschlossen. Es gilt aber der Grundsatz, daß die Handlung der Verwaltung einen *rechtlichen Grund*

<sup>8</sup> *Lörincz, Lajos: A közigazgatás szerepkörének tükröződése a magyar alkotmányban (Die Widerspiegelung der Rolle der Verwaltung in der ungarischen Verfassung), Jogtudományi Közlöny XLII (1987) 7, S. 340 ff.*

<sup>9</sup> Dazu: *Duguit, Léon: Traité de droit constitutionnel. Tome Premier. Théorie générale de l'État, Paris 1911, S. 132.*

haben sollte. Die Handlung muß sich des weiteren einerseits aufgrund der Hierarchie im Rahmen der Gesetze halten, andererseits darf keine autonome Rechtsetzung der Verwaltung erfolgen. Da das Gesetz wegen der Vielfältigkeit und Unvorhersehbarkeit der Lebensverhältnisse nicht in der Lage ist, in konkreten Sachen und Detailfragen mit Allgemeingültigkeit zu entscheiden, kann es Regelungen der niedrigen Ebene überlassen, die den Besonderheiten besser angepaßt und leichter abgeändert werden können.

Eine derartige konkretisierende Rechtsregel darf die Verwaltung aber nur dann erlassen, wenn aus dem Gesetz hervorgeht, in welchen Fragen und in welchem Umfang der Gesetzgeber die Regelung nicht selbst vornehmen wollte bzw. auf welches Rechtsetzungsorgan und unter welchen Bedingungen er die Regelung übertragen wollte. Kurz gesagt bedeutet das Erfordernis der gesetzlichen Regulierung der Verwaltung, daß die Verwaltung aufgrund von Gesetzen oder aufgrund von nach gesetzlicher Ermächtigung erlassenen anderen Rechtsregeln handeln soll. Die Frage des Ausmaßes und des Verhältnisses der Gesetze und der aufgrund gesetzlicher Ermächtigung erlassenen Rechtsregeln ist daneben im Hinblick auf die Gesetzmäßigkeit ein Problem von besonderer Bedeutung. Es ist also erforderlich, daß Regeln existieren – und zwar in erster Linie in der Verfassung –, durch die bestimmt wird, welche Bereiche in welchem Umfang der gesetzlichen Regelung *vorbehalten* werden, d.h. in welchen Fragen überhaupt eine Ermächtigung möglich ist.

Obwohl das Staatsrecht und die Verfassungstheorie nach 1949 immer die führende, einheitsfördernde Rolle der Gesetze innerhalb der Rechtsordnung betont haben, erfüllen die Gesetze in der Wirklichkeit weitaus nicht die ihnen zugedachten Funktionen. Das selten tagende und dementsprechend nur wenig, in vielen Fällen nur formal gesetzgebende Parlament wurde hinsichtlich der Rechtsetzung meistens durch den Präsidialrat ersetzt, der auch als „Kleines Parlament“ fungierte und die Rechte eines kollektiven Staatsoberhauptes besaß. Neben den wenigen Gesetzen<sup>10</sup> haben sich Regelungsmaterien, für die der Gesetzesvorbehalt gegolten hätte, nicht herausgebildet. Letzteres ist vor allem dem positiven Recht anzulasten, das nicht definiert hat, welche Rechtsetzungsformen für welche Regelungsinhalte benutzt werden können.

Im Hinblick auf einige Rechtsquellen – vor allem die Gesetze – versuchte zwar die Fachliteratur Regelungsmaterien aufzuzeigen, so auch die Bestimmung der dem Gesetz vorbehaltenen Materien, aber diese Versuche blieben in Anbetracht der politischen und rechtspolitischen Absichten wirkungslos.<sup>11</sup> Das garantierte Erfordernis der gesetzlichen Regelung wurde in der Wirklichkeit entwertet. Der autonomen Rechtsetzung durch die Verwaltung bot sich ein weites Feld auch in den Fragen, die von der Mehrheit der Vertreter der Staatsrechtslehre ausdrücklich dem Gesetzge-

<sup>10</sup> In den Jahren 1949–1986 wurden 353 Gesetze und 1277 Gesetzesverordnungen verabschiedet. Vgl. noch: Kiss (Anm. 7), S. 919.

<sup>11</sup> Schmidt, Péter: Szocializmus és államiság (Sozialismus und Staatlichkeit), Budapest 1984, S. 138 f.; Kovács, István: A törvény és törvényerejű rendelet problematikájához (Zur Problematik des Gesetzes und der Gesetzesverordnung), Állam- és Jogtudomány XVI (1973) 3, S. 378 ff.

bungsprozeß zugeordnet wurden.<sup>12</sup> Die Lage, die sich so herausgebildet hatte, konnte mit Recht als „Ausrotten“ des Rechts auf der Gesetzesebene beurteilt werden.<sup>13</sup>

Eine wesentliche Änderung ist mit der Verabschiedung des Gesetzes Nr. XI/1987 „über die Rechtsetzung“ eingetreten, das unter mehreren Aspekten als Vorzeichen des zur Systemänderung führenden Prozesses betrachtet werden kann. Das Gesetz legte im Bereich der gesellschaftlich-staatlichen und der wirtschaftlichen Ordnung sowie der staatsbürgerlichen Grundrechte insgesamt 24 Themenkreise fest, in denen die Regelung ausschließlich in der Form eines Gesetzes erfolgen darf. Unter den angeführten Themenkreisen gibt es solche, bei denen die gesamte Regelung dem Gesetzesvorbehalt<sup>14</sup> unterfällt. Wir finden aber auch Materien, bei denen nur die „grundlegenden“ Fragen durch Gesetze geregelt werden müssen, die Details aber auch in anderen Formen geregelt werden können.<sup>15</sup> Das Gesetz sieht auch bezüglich der Rechtsetzung die Einräumung einer Ermächtigung vor. Voraussetzung ist, daß in der Ermächtigung der Adressat, der Gegenstand sowie der Rahmen der Ermächtigung bestimmt werden.

Ferner wurde dem Adressaten der Ermächtigung untersagt, diese zu delegieren (*Verbot der Subdelegation*). Das Gesetz verbietet des weiteren, zur Regelung grundlegender Rechte und Pflichten, die zum Gegenstand der Regelung gehören, eine Ermächtigung einzuräumen (§ 15). Zur Aufwertung des Gesetzes trug des weiteren der Umstand bei, daß mit dem Gesetz über die Rechtsetzung am gleichen Tage das Gesetz Nr. X/1987 in Kraft getreten ist, welches dem Präsidialrat untersagte, im Zuständigkeitsbereich des Parlaments Rechtsregeln zu erlassen. Mit dieser Bestimmung wurde die allgemeine Stellvertreterbefugnis des Präsidialrats, d.h. seine Rolle als Ersatzparlament beseitigt.

Auf dem Wege zur Steigerung der Rolle der Gesetze, die eine Grundvoraussetzung für die Gesetzmäßigkeit darstellt, haben die eigentümlichen politischen Ereignisse in Ungarn zur Herausbildung eines Gesetzestyps geführt, der sich als nur vorübergehend und verfassungsrechtlich nicht sehr ge glückt erwiesen hat. Die mit dem Gesetz Nr. XXXI/1989 vorgenommene Verfassungsänderung führte die Gruppe der sogenannten „Gesetze mit Verfassungskraft“ ein und bestimmte zwanzig Themenkreise, in denen eine Regelung nur durch Gesetze mit Verfassungskraft erfolgen konnte.<sup>16</sup> Mit dieser Lösung hob die Verfassungsänderung zwar die von ihr als besonders wich-

<sup>12</sup> Z.B.: die Regelung des Presserechts im Jahre 1959 durch eine Regierungsverordnung oder die Bestimmung der vor den Gerichten anfechtbaren Verwaltungsbeschlüsse durch eine Regierungsverordnung von 1981, die Bestätigung der Haushaltsrechnung durch Gesetzesverordnungen des Präsidialrates in mehreren Jahren usw.

<sup>13</sup> Schmidt (Anm. 11), S. 143.

<sup>14</sup> Z.B.: die Rechtsstellung der gesellschaftlichen Organisationen, die Verantwortlichkeit des Ministers, die Feststellung der ausschließlichen wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates, die Steuern usw. Vgl. die §§ 3–5 des Gesetzes über die Rechtsetzung (Ges. Nr. XI/1987). Weil in der ungarischen Literatur die Herausarbeitung der Problematik der Totalvorbehalte völlig fehlt, kann ich in diesem Zusammenhang auf die deutschen Arbeiten hinweisen. Vgl. Stern, Klaus: Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl., München 1984, S. 808.

<sup>15</sup> Z.B.: die grundlegenden Fragen des Arbeitsverhältnisses und des Arbeitsschutzes, die grundlegende Ordnung der staatlichen Leitung der Wirtschaftsorgane usw. Vgl. § 4 des Gesetzes über die Rechtsetzung.

<sup>16</sup> Wenn wir die in der Verfassung erwähnten einzelnen Menschenrechte auch in Betracht nehmen, dann beträgt die Zahl der Verfassungsgesetze 50.

tig beurteilten Regelungsmaterien hervor – und insofern hat der Versuch eine gewisse verfassungsprinzipielle Bedeutung –, gleichzeitig hatte dies aber eine Schwächung der Normativität der Verfassung zur Folge und brachte infolgedessen unter dem Aspekt der Verfassungsmäßigkeit zahlreiche Nachteile. Denn in formeller Hinsicht galt für die Verabschiedung eines Gesetzes mit Verfassungskraft das gleiche wie für die Verfassung selbst. Ihre Verabschiedung erforderte ebenso eine Zweidrittelmehrheit sämtlicher Abgeordneter wie die Verabschiedung der Verfassung. Die Gesetze mit Verfassungskraft waren zudem geeignet, ohne ausdrückliche Verfassungsänderung, – verfassungstheoretisch sehr bedenklich – durch eine stillschweigende Verfassungsänderung den Inhalt der Verfassung fallweise umzubilden. Die Überbetonung der Rolle des Gesetzes brachte jedoch auch praktische Probleme mit sich. Entsprechend der geänderten Verfassung (§ 8 Abs. 2) durften die die Grundrechte und -pflichten betreffenden Regelungen nur durch Gesetze mit Verfassungskraft erlassen werden. Dementsprechend sollten zwar wichtige, aber auch technische Details durch diesen Gesetzestyp geregelt werden, so z.B. die Arrestordnung, die Dienstordnung der Polizei oder die sich bei uns fast jährlich ändernde Arbeitsruhetagsordnung. Bei den Gesetzen mit Verfassungskraft ist die Bindungswirkung der Gesetze wirklich groß. Im Hinblick auf die Verwaltung hätte man dem Idealzustand nahekommen können, in dem die Verwaltung nur auf Grund von Gesetzen handelt. Diese Lösung hätte indes den Gesetzgeber zu sehr belastet, ganz abgesehen von den Problemen, die das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit in der Tätigkeit eines Mehrparteien-Parlaments hervorgerufen hätte. Es ist deshalb verständlich und richtig, daß das aus den Frühjahrswahlen 1990 hervorgegangene neue Mehrparteien-Parlament durch eine seiner ersten Entscheidungen die Gesetze mit Verfassungskraft als einen besonderen Rechtsquellentyp beseitigt hat. Hiermit ist formell die Möglichkeit einer stillschweigenden – latenten – Verfassungsänderung erloschen. Der Weg von einer laufenden Gesetzgebung zu einer parlamentarischen Regierung wurde frei. Zugleich hat das Parlament die herausragende Bedeutung der zuvor nur durch ein Gesetz mit Verfassungskraft zu regelnden Bereiche aufrechterhalten, denn diese Bereiche können nach wie vor nur durch Gesetze geregelt werden, die mit einer Zweidrittelmehrheit verabschiedet werden.

Die Bestimmung der obligatorisch durch Gesetz zu regelnden Themen hat selbst die Wirkung, daß die Arbeit des Gesetzgebungsorgans gesteigert wird. Sie erhöht im Rechtsquellensystem den Umfang der Gesetze und stärkt damit die rechtliche Basis und die Bezugsebene der Gesetzmäßigkeit. Eine intensivere Gesetzgebung ist besonders dann zu erwarten, wenn das Gesetzgebungsorgan zu einer integrierenden Form der politischen Interessen und Bestrebungen wird. In den letzten Jahren wurde im Parlament eine politische Interessenvertretung bereits zeitweise und mit wechselnder Bedeutung erkennbar. Während des Jahres 1989 wurde dies beständiger und hat nunmehr einen definierbaren Charakter angenommen. Die natürliche Aufgabe des nach den Frühjahrswahlen 1990 zusammengetretenen Parlaments ist die Formulierung, die Integration und der Ausdruck der verschiedenen parteipolitischen Interessen. Diese Eigenart wird in der Dynamik der Gesetzgebung deutlich. Die im Jahre 1989 erlassenen mehr als 40 Gesetze zeigen deutlich, daß das Parlament immer mehr in den Mittelpunkt des staatlichen Lebens, sogar des politischen Systems gelangt. Da die radikale Umgestaltung der politischen Verhältnisse und Mechanismen – bei uns

Systemänderung genannt – „von oben“ aus geschah und geschieht, wird sich die Rolle und rechtsetzende Tätigkeit des Parlaments künftig sicher noch erhöhen. Unter den Verhältnissen der Systemänderung ist die rasche Erhöhung der Zahl der Gesetze erforderlich, denn es müssen grundlegende Regelungen getroffen und die Grundlagen einer neuen Rechtsordnung geschaffen werden. Man könnte sagen, daß die grundlegende – obwohl formell erscheinende – Bedingung ist, daß Gesetze in entsprechender Anzahl den Rechtsetzern und Rechtsanwendern zur Verfügung stehen. Im Zusammenhang mit der Intensivierung der Rechtsetzung muß die Aufmerksamkeit auf eine Anomalie gelenkt werden, die zwar verständlich, unter dem Gesichtspunkt der Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit aber bedenklich und in der Gesetzgebungspraxis auf keinen Fall angebracht ist. Das aus den Mehrparteienwahlen im Frühjahr hervorgegangene Parlament hat einige Gesetze erlassen, die *konkrete Regierungsmaßnahmen* beinhalten.<sup>17</sup> Dies ist insofern verständlich, als im Vorfeld und in den Anfängen eines Systemwechsels die Zeit für dauerhafte, stabile Regelungen noch nicht reif ist. Es ist also erforderlich, daß im Interesse der Rechtsetzung, der Rechtsanwendung, der Organisation der tatsächlichen staatlichen Handlungsgänge sowie der zeitlichen Abstimmung der Gesetzesänderungen das Parlament vom Charakter der klassischen Gesetze abweichende, auf bestimmte Fälle, Personen oder Personengruppen und Zeiträume begrenzte sogenannte „Maßnahmegesetze“ verabschiedet. Hinter den Maßnahmegesetzen stehen besondere – politische, wirtschaftliche – Umstände, die mit „ordentlichen“, allgemeingültigen Gesetzestechniken nicht geregelt werden können. In bestimmten Bereichen und in einem bestimmten Rahmen muß der Gesetzgeber also notwendigerweise und zwangsläufig Maßnahmegesetze schaffen. Wenn aber der Gesetzgeber aus der Not eine Tugend macht und diese besondere Regelungstechnik systematisch anwendet, ist dies schon zu beanstanden. Es ist wahr, daß in Ungarn bisher eine zu kurze Zeit vergangen ist, um den Rechtsetzungsstil des Parlaments zuverlässig kennzeichnen zu können. Es sind indes bereits Anzeichen zu erkennen, daß das neue Parlament zu einer Rechtsetzung mit Maßnahmen-Charakter neigt.<sup>18</sup> Obwohl auch bei uns bekannt ist, daß das Bundesverfassungsgericht bezüglich der Maßnahmegesetze keine verfassungsrechtlichen Probleme gesehen hat (BVerfGE 25, 371 [396]; 42, 263 [305]), können Bedenken aber dennoch angezeigt sein. Bedenklich erscheint vor allem, daß ein mit Maßnahmegesetzen operierendes Parlament zum Organ des ständigen Regierens wird, was ihm die für die vollziehende Gewalt charakteristischen Züge verleiht. Das Hauptziel der mit dem Gesetz Nr. XXXI/1989 beschlossenen Verfassungsänderung war gerade, daß sich im System einer parlamentarischen – gemäßigten – Gewaltenteilung das relative Gewicht der Regierung steigert. Die zu zahlreichen, in zu weiten Bereichen erlassenen Maßnahmegesetze sind dagegen geeignet, diese Bestrebung zu verlangsamen und zur Fiktion zu machen. In Ungarn besteht die Gefahr, daß die Maßnahmegesetze eher im Dienste der politischen Zweckmäßigkeit stehen und weniger einer –

<sup>17</sup> Z.B.: die vorübergehende Beschränkung des Bodenverkehrs ohne Mitwirkung der Regierung. In der Praxis der Maßnahmegesetze ungarischer Art ist äußerst problematisch, daß das Parlament mehrmals so verfahren ist, als ob die Regierung *noch nicht* funktionierte.

<sup>18</sup> Diese Erscheinung wirft die Frage der begrenzten parlamentarischen Souveränität auf, welche in einem parlamentarischen Regierungssystem grundsätzlich gelten muß.

rechtstechnisch anders nicht lösbaren – sachlichen Rationalität dienen. Dies könnte das System der Gesetze und selbst die Gesamtheit der Rechtsordnung in den Dienst der aktuell-politischen Ziele und Bestrebungen stellen. Hiermit könnte die bei uns nicht unbekannt *voluntaristische* Rechtsauffassung gestärkt werden, die im Recht nichts anderes sieht als ein Instrument, mit dem irgendwelche Ziele erfolgreich erreicht werden können. Die nur die aktuell-politischen Ziele anstrebenden und als Instrument fungierenden Maßnahmegesetze erhöhen die Rotationsgeschwindigkeit und verringern die Lebensdauer der Gesetze. Dies kann kaum die Geltung von Verfassungsmäßigkeits- und Gesetzmäßigkeitsgesichtspunkten begünstigen. Die Maßnahmegesetze wirken gerade wegen ihrer Konkretheit, d.h. ihrer begrenzten Allgemeinheit punktuell. In den von ihnen geregelten Fragen ist die Bindungswirkung deshalb groß. Aber gerade deshalb läßt sich der Regelungsinhalt der Rechtsregeln gleicher Ebene nur grob und lückenhaft zusammenfassen. So können sie infolge ihrer Konkretheit und Genauigkeit das Rechtssystem nicht vereinheitlichen. Sie atomisieren es vielmehr. Da die Gesetzmäßigkeit sich nicht in der Geltung einer Rechtsregel realisiert, diese vielmehr einen aufgrund der Normenzusammenhänge verwirklichten Zustand darstellt, verderben die Maßnahmegesetze – die Gesamtheit der Rechtsordnung betrachtend – eher die Chancen der Gesetzmäßigkeit, als daß sie diese verbessern. Die Stabilisierungswirkung der Maßnahmegesetze ist nur scheinbar, denn durch ihre Wirkung auf die anderen Rechtsregeln – d.h. im Systemzusammenhang – ist ihre die Ungewißheit steigernde Wirkung geradezu bestimmend. Deshalb sprechen die besonders zu berücksichtigenden und zu sichernden Verfassungsmäßigkeits- und Gesetzmäßigkeitsgesichtspunkte für eine – auch institutionell abgesicherte – Beschränkung der Schaffung von Maßnahmegesetzen oder wenigstens für eine Selbstbeschränkung des Gesetzgebers. In Ungarn können wir mit der letztgenannten Möglichkeit rechnen, und es ist wahrscheinlich, daß die laufende Entfaltung der Regierungsaktivitäten zur Einsicht in die Notwendigkeit einer Selbstbeschränkung führt.

Wegen der prinzipiellen sowie praktischen, rechtlichen und tatsächlichen Schranken der gesetzgebenden Tätigkeit des Parlaments müssen die Gesetze durch von der Verwaltung erlassene Rechtsregeln ergänzt werden. Infolge der Vielfältigkeit und Komplexität der Lebensverhältnisse kann die ausgedehnte und erfolgreiche Durchführung der Gesetze gesichert werden, wenn die Verwaltung nicht einfach nur Vollzieher ist, sondern im Interesse der Durchführung auch eine ordnende, rechtsetzende Tätigkeit ausübt. Die Realisierung des Gewaltenteilungsprinzips sowie die Technik des parlamentarischen Regierens erfordern auch, daß bestimmte Ebenen der Verwaltung über die Befugnis zur Rechtsetzung verfügen. Aufgrund der Erfahrungen verschiedener Länder existiert die exekutive Rechtsetzung nicht nur, sondern ist die virulenteste Rechtsetzungsreform. Nach Untersuchungen in der Bundesrepublik Deutschland beträgt die Zahl der Verwaltungsvorschriften das Vierfache der Zahl der Gesetze.<sup>19</sup> In England wurden im Jahre 1974 58 Gesetze verabschiedet; die Zahl der in der gleichen Zeit ergangenen Verwaltungsvorschriften erreichte dagegen 2213.<sup>20</sup> In Ungarn war die Verwaltungsrechtsetzung an den Ende 1979 geltenden

<sup>19</sup> Merten, Detlef: Sources of Law in the Federal Republic of Germany. In: Ch. Kourilsky – A. Rácz – H. Schäffer (eds.): The Sources of Law. Budapest 1982, S. 75.

<sup>20</sup> Wade, E.C.S./Phillips, G.G.: Constitutional and Administrative Law (9<sup>th</sup> ed.), London 1977, S. 565.

Rechtsregeln mit 62% beteiligt, von denen mehr als 80% der Anteil der Verwaltungsvorschriften ausmachte.<sup>21</sup> Wenn auch bei einer vorsichtigen Analyse in Betracht gezogen werden muß, daß in den einzelnen Rechtsordnungen in unterschiedlicher Form Rechtsregeln geschaffen werden können und daß sich die Voraussetzungen einer Qualifikation als Rechtsregel unterscheiden bzw. fallweise verschieden sind, bleibt dennoch festzuhalten, daß ein hoher Anteil der Verwaltungsrechtsetzung zu konstatieren ist, der auf die bedeutende Rolle der Verwaltung bei der Verwirklichung der Gesetzmäßigkeit dieser Rechtsmaterien hinweist. Zudem ist auch der Umstand zu berücksichtigen, daß die Verwaltung im allgemeinen entsprechend der Rechtsregel handelt, die ihr am nächsten steht, die also ihre Tätigkeit am ehesten erfaßt.<sup>22</sup> Diese Eigenart unterstreicht wiederum noch stärker die Möglichkeiten und Garantiefunktionen der Verwaltungsrechtsetzung bezüglich der Tätigkeit der Verwaltung. Wenn das Parlament nicht in entsprechender Zahl Gesetze verabschiedet oder die Gesetze einen zu starken Rahmencharakter tragen, d.h. ihr normativer Inhalt zu gering ist, dann kann eine Verwaltungsrechtsetzung in großem Umfang leicht dazu führen, daß die Gesetze höchstens eine *indikative* Rolle spielen und die Verwaltung im wesentlichen mit dem Erlaß von Detailregeln die Gesetze „umschreibt“. Diese Erscheinung kann in den vergangenen 40 Jahren in der ungarischen Rechtsordnung in vielen Bezügen beobachtet werden und wird – insbesondere in der neueren Literatur – häufig und gründlich kritisiert.<sup>23</sup>

Unter den von der Verwaltung erlassenen Rechtsregeln – die zusammenfassend als Verordnungsrecht bezeichnet werden können – sind natürlich diejenigen besonders wichtig, die aufgrund der höheren hierarchischen Position des Erlassorgans einen weiten Wirkungsbereich und Regelungsgegenstand besitzen. Aus diesem Grunde können als wichtigste Form der Verwaltungsrechtsquellen die Verordnungen der Regierung – des Ministerrats – betrachtet werden. Wichtige Determinante des Zustandes der Rechtsquellenordnung ist, wie sich die durch Regierungsverordnung zu regelnden Bereiche formen. Solange in Ungarn die durch das positive Recht bestimmte Kategorie von Rechtsmaterien, für die der Gesetzesvorbehalt gilt, nicht existierte, bestanden für den Erlaß von Regierungsverordnungen keine exakten Grenzen. Die Rechtsnormen über die Rechtsquellen sagten zwar aus, daß die Regierungsverordnungen den Gesetzen nicht widersprechen dürfen, aber diese Einschränkung war nur insofern von Bedeutung, als ein Gesetz überhaupt existierte. Wenn in dem zu regelnden Themenkreis aus irgendeinem Grund kein Gesetz oder keine – im wesentlichen den gleichen Rang einnehmende – Gesetzesverordnung, die vom Präsidialrat, dem „Kleinen Parlament“ erlassen wurde, bestand, dann galt die Regierung im wesentlichen als originäres Rechtsetzungsorgan und konnte so unter nur minimalen Beschränkungen<sup>24</sup> prinzipiell alle gesellschaftlichen Verhältnisse regeln. Die Bedeutung

<sup>21</sup> Rácz, Attila: A hatályos jog és a jogalkotás mennyiségi jellemzői Magyarországon (Die quantitativen Eigenschaften des geltenden Rechts und der Rechtsetzung in Ungarn), *Jogtudományi Közlöny* XXXVI (1981) 4, S. 317.

<sup>22</sup> Sajó, András: Why do Public Bureaucracies Follow Legal Rules?, *International Journal of the Sociology of Law* 9 (1981), S. 74 ff.

<sup>23</sup> Rácz, Attila: Subjection to the Law in Public Administration, *Acta Juridica* 27 (1985) 1–2, S. 183.

<sup>24</sup> Vgl.: Takács, Albert: The Constitutional Status of the Presidential Council of the Hungarian People's Republic. In: G. Kálényi/V. Lamm (eds.): *Parliamentarism and Government in a One-Party System*. Budapest 1988, S. 116 ff.

der Kompetenz der Regierung zum Erlaß von Verordnungen zeigt sich daran, daß zwischen 1970 und 1979 insgesamt 487 Regierungsverordnungen ergangen sind. Hier von werden 272 als *autonome Verordnung* qualifiziert, was bedeutet, daß die Regierung sie nicht zur Durchführung von Rechtsregeln höherer Ebene – Gesetze, Gesetzesverordnungen – erlassen hat, sondern primäre Regelungsziele verfolgte. Allgemein und bei einer so hohen Zahl von Verordnungen besonders zu beanstanden ist, daß Beschränkungen im Hinblick auf den Erlaß von Verordnungen nicht geregelt sind.

Ein ähnliches Problem warf die Verordnungsgebungskompetenz der Mitglieder der Regierung auf. Eine grundlegende Einschränkung der Verordnungsgebung durch einzelne Minister beinhaltete das Erfordernis der Übereinstimmung im Rahmen der Rechtsquellenhierarchie. Die Tatsache, daß bis in die Gegenwart die Zahl der Regierungsverordnungen die Zahl der Gesetze um das 10- bis 15fache übersteigt, deutet zweifellos darauf hin, daß die hierarchische Schranke bei den Ministerverordnungen kategorischer als bei den Regierungsverordnungen war. Die in Ungarn zwischen 1970 und 1979 insgesamt erlassenen 2311 Ministerverordnungen haben überwiegend Vollzugscharakter, was mit ihrer niedrigeren hierarchischen Ebene zu erklären ist, denn nur insgesamt 96 Ministerverordnungen sind als autonome, also nicht rein vollziehende Rechtsetzung zu werten.<sup>25</sup> Daneben ist auch festzustellen, daß ihre Detailliertheit, ihr „parzellierter“ – fachspezifischer – Inhalt und – nicht zuletzt – ihre große Zahl sie zum bedeutendsten Element der Ausbildung und Vertiefung der *bürokratischen* Züge der Rechtsordnung macht. Für die im eigenen Interesse regelnde Verwaltung ist diese Rechtsquellenform von den zentralen Rechtsquellen die zugänglichste. Das nicht exakt begrenzte Verordnungsrecht der Minister ist besonders geeignet, eigenständige Bestrebungen der Verwaltung in Abweichung vom Willen des Gesetzgebers zur Geltung zu bringen. Auch wenn die Forderung nach einer völligen Abschaffung der Rechtsetzung durch die Minister heute in Ungarn unreal ist, ist aber ihre Einschränkung, Präzisierung und Bindung an höherrangige Rechtsquellen auf jeden Fall eine begründete Forderung, und zwar in erster Linie, um die für eine gesetzestreue Tätigkeit der Verwaltung unentbehrliche gesetzmäßige Rechtsordnung zu schaffen. Im Hinblick auf die aus dem gleichen Grunde problematischen Regierungs- und Ministerratsverordnungen hat das Gesetz Nr. XI/1987 „über die Rechtsetzung“ ebenfalls – eine grundsätzlich positiv zu bewertende – Änderung gebracht. Die Änderungen im Hinblick auf den Erlaß von Regierungs- und Ministerverordnungen hängen mit der Aufwertung des Erfordernisses der Rechtmäßigkeit der Gesetze zusammen und wirken auch deshalb in Richtung einer größeren Einheit und inneren Konsistenz der Rechtsordnung.

Die Änderungen von 1987 haben die Rechtsetzungsbefugnisse der Regierung teils beschränkt, teils präzisiert. Eine wichtige Regel ist, daß die Regierung nur im Rahmen ihrer Kompetenz Verordnungen erlassen kann (§ 7 des Gesetzes Nr. XI/1987). Das ist keine sehr konkrete Regelung, denn die Verfassung legt – wie alle Verfassungen – die Kompetenzen der Regierung nur abstrakt und in Umrissen fest. Daraus, daß das Gesetz für bestimmte Materien einen Gesetzesvorbehalt normiert, folgt jedoch, daß die Regierung in diesen Bereichen nicht befugt ist, Verordnungen zu erlas-

<sup>25</sup> Rácz (Anm. 21), S. 324.

sen. Denn diese können nicht als „eigene Kompetenz“ betrachtet werden, weil die betroffenen Fragen mit der Festlegung des Gesetzgebungsverfahrens ausdrücklich in die Zuständigkeit des Parlaments verwiesen sind. Die relativ hohe Zahl der dem Gesetzesvorbehalt unterliegenden Materien bedeutet eine beachtliche Grenze hinsichtlich der Kompetenz der Regierung. Es ist natürlich möglich, daß das Parlament der Regierung insofern eine Ermächtigung einräumt. In diesem Fall ist die Regierung zum Erlaß der Verordnung befugt. Zwischen der Verordnung aufgrund einer Ermächtigung und der autonomen Regierungsverordnung besteht aber prinzipiell und praktisch ein bedeutender Unterschied insofern, als hinter der eventuellen Unveränderlichkeit der Anzahl der Regierungsverordnungen die charakteristische Einschränkung der Rechtsetzungskompetenz der Regierung zu erkennen ist. Ist die Regierung in den dem Gesetzesvorbehalt unterfallenden Materien nicht zur Verordnungsgebung ermächtigt, kann sie *auch keine* Vollzugsregeln, also nichtautonome Rechtsregeln erlassen. Diese Konstruktion unterstützt die Verstärkung der führenden Rolle der Gesetze im Rechtsquellen-system. Wenn die Regierung nicht in den unter den Gesetzesvorbehalt fallenden Fragen Recht schafft, dann ist sie im Rahmen ihrer durch die Verfassung bestimmten Kompetenz autonomes Rechtsetzungsorgan und bei der Verordnungsgebung nur an das Erfordernis der Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen, also die Beachtung der Rechtsquellenhierarchie gebunden.

Im wesentlichen regelt das Gesetz Nr. XI/1987 „über die Rechtsetzung“ im gleichen Sinne den Rahmen der Verordnungsgebung durch die Minister. Eine Abweichung besteht indes insoweit, als infolge der niedrigeren hierarchischen Position des Ministers die Beschränkung noch strenger ist. Der Minister ist zum Erlaß autonomer Verordnungen überhaupt nicht befugt. Aus eigenem Antrieb kann er nicht einmal Vollzugsregelungen erlassen.

Ein Verordnungsrecht steht ihm nur dann zu, wenn ein Gesetz oder eine Regierungsverordnung ihn hierzu ermächtigt (§ 8 Abs. 1). Das Fehlen eines autonomen Verordnungsrechts der Minister trägt zur Verfeinerung der parlamentarischen Regierungsmechanismen und -techniken bei, indem zu Lasten der Macht des einzelnen Ministers die Zuständigkeit des Gesetzgebers und vor allem der Regierung verstärkt wurde.

Eine der Ministerverordnung vergleichbare Funktion besaß im ungarischen Rechtsquellen-system die Anordnung des Staatssekretärs, die 1968 geschaffen und im Jahre 1990 wieder abgeschafft worden ist. Zum Erlaß dieses Rechtsquellentyps waren die Leiter der Organe mit Landeskompetenz befugt, die den Rang eines Staatssekretärs innehatten. Die Rolle der Staatssekretäre der Organe mit Landeskompetenz ähnelt in vielerlei Hinsicht einem Minister, der ein Ressort leitet. Ein wichtiger Unterschied war aber, daß erstere im Gegensatz zu den Ministern nicht Mitglieder der Regierung waren. Diese schwächere hierarchische Position erklärt, daß ihre Rechtsetzungskompetenz ab ovo begrenzter war als diejenige eines Ministers. Im Hinblick auf Rechtsakte der Staatssekretäre galt folgende Rechtsregel. Die Anordnung eines Staatssekretärs konnte sich auf die Staatsbürger gar nicht beziehen, denn sie war ein Instrument zur Anleitung der unter der Leitung des Staatssekretärs stehenden Verwaltungs- und Wirtschaftsorgane. Einige Staatssekretäre standen aber an der Spitze von Behörden (z.B. Preisamt, Lohn- und Arbeitsamt), deren Tätigkeit die Rechte und Pflichten der Staatsbürger unmittelbar berührten. Folglich war es schwerlich zu

vermeiden, daß sich die Anordnungen des Staatssekretärs nicht auf den Staatsbürger bezogen. Dieser Zustand führte allein deshalb nicht zu Verfassungsmäßigkeits- und Gesetzmäßigkeitsproblemen in der Praxis, weil keines der Normenkontrollorgane (Parlament, Präsidialrat, Ministerrat) bereit war, die sich auf die Einhaltung der Rechtsetzungskompetenzen beziehenden Regeln geltend zu machen und die kompetenzüberschreitenden Anordnungen des Staatssekretärs aufzuheben. Eine andere Frage ist, ob nicht eine derartige, im Interesse der Gesetzmäßigkeit vorgenommene Handlung sinnlos gewesen wäre, da die Aufgaben und die Rechtsetzungskompetenz der Staatssekretäre nicht aufeinander abgestimmt waren. Die widersprüchlichen Anordnungen der Staatssekretäre wurden in der Literatur<sup>26</sup> mehrfach kritisiert, und zwar insbesondere wegen des Konflikts von Zweckmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit. Positivrechtlich beseitigt wurde dieser Widerspruch dann durch die mit Gesetz Nr. II/1983 beschlossene Verfassungsänderung. Die geänderte Verfassung (§ 38) bezog die Staatsbürger in den Regelungsbereich der Anordnungsbefugnis der Staatssekretäre ausdrücklich mit ein und erkannte diesen Rechtsregeltyp als allgemeingültige Rechtsquelle an. Die Anordnungsbefugnis der Ermächtigung wurde durch das Parlament nur insofern eingeschränkt, als sie nicht einer höherrangigen Rechtsregel – also einem Gesetz, einer Gesetzesverordnung, einer Regierungs- oder Ministerratsverordnung – widersprechen durfte. Im übrigen entschied der Staatssekretär nach seinem Ermessen über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Rechtsetzung. Eine Beschränkung des Erlasses von Anordnungen durch die Staatssekretäre erfolgte durch Gesetz Nr. XI/1987, und zwar in ähnlicher Weise wie bei den Ministerverordnungen. Ein Staatssekretär konnte danach eine Anordnung nur dann erlassen, wenn er hierzu durch ein Gesetz oder eine Verordnung des Ministerrates ermächtigt worden war. Bezüglich des Inhalts der Anordnungen eines Staatssekretärs sind natürlich die sich aus der Rechtsquellenhierarchie ergebenden Grenzen richtungweisend. Eine Ausnahme wurde allerdings vom Gesetzgeber festgelegt. Im Bereich der zentralen Verwaltungsorgane erfolgten einige Änderungen, indem z.B. die Erledigung früher dem Minister obliegender Aufgaben nunmehr dem Staatssekretär übertragen wurde. Insofern gestattete die Regelung von 1987, daß die Anordnung des Staatssekretärs in bestimmten Fällen den Verordnungen des Ministers entgegensteht. Ein derartiger Widerspruch war zulässig, wenn eine konkrete gesetzliche Regelung den Staatssekretär zu einer derartigen Veränderungsanordnung ermächtigte. Nach der Regierungsbildung im Jahre 1990 wurde die gesamte Struktur des Amtes der Staatssekretäre umgebildet. Nach diesen Änderungen steht den Staatssekretären keine Rechtsetzungskompetenz mehr zu. Formell sind also Anordnungen eines Staatssekretärs künftig nicht mehr möglich.

Unterhalb der zentralen, sich grundsätzlich auf das ganze Land erstreckenden Ebenen der Rechtsquellen befinden sich die örtlichen Rechtsquellen, d.h. Rechtsquellen mit begrenzter territorialer Geltung. Zum Erlaß örtlicher Rechtsregeln sind in Ungarn die gewählten Räte befugt. Da derartige Institutionen auf zwei Ebenen wirken – in den Gemeinden (Städten) und in den Komitaten –, ist auch die örtliche Rechtsetzung zweischichtig. Sowohl die Vertretungskörperschaften der Gemeinden als auch der Komitate können Verordnungen erlassen, deren Wirksamkeit auf den

<sup>26</sup> Z.B.: Kovács, István: Magyar államjog (Ungarisches Staatsrecht). Bd. II, Szeged 1978, S. 147 ff.

territorialen Wirkungskreis der Vertretungskörperschaft begrenzt ist. Die Verordnungen der Räte sind lokale Rechtsnormen, und sie sind den zentralen Rechtsregeln hierarchisch untergeordnet. Hieraus folgt, daß weder einem Gesetz noch einer Verordnung eines Ministers entgegenstehende örtliche Verordnungen erlassen werden können. Wenn die lokalen Besonderheiten es als zweckmäßig erscheinen lassen, daß die örtlichen Rechtsregeln von den zentralen abweichende Bestimmungen festsetzen, dann muß die zentrale Rechtsregel die ausdrückliche und konkrete Ermächtigung enthalten, im Interesse der territorialen Besonderheiten entsprechende Detailregeln festzulegen. Lassen höherrangige Rechtsnormen ein bestimmtes Lebensverhältnis offen, gilt also infolge des Fehlens von Rechtsregeln die hierarchische Grenze nicht, können die lokalen Körperschaften eine eigenständige Entscheidung treffen, also originär Recht schaffen. Diese seit 1971 geltende – und mit dem Gesetz Nr. XI/1987 verstärkte – Regelung *beschränkt* das autonome Verordnungsrecht der Räte stark. Bei der Bewertung der Beschränkungen des autonomen Verordnungsrechts der Räte muß man aber auch in Betracht ziehen, daß die rechtsetzende Tätigkeit nicht ohne weiteres mit der zentralen Verordnungsgebung der Exekutive und der insofern verständlicherweise vorgenommenen Beschränkung verglichen werden kann. Die Räte sind in erster Linie Selbstverwaltungsorgane und keine Behörden. Das Verhältnis der Selbstverwaltungsorgane zu der zentralen Staatsmacht kann kaum auf das Problem der „mechanischen“ Übereinstimmung des Rechtsquellensystems beschränkt werden. Es scheint, daß die jetzige zentralisierende hierarchische Auffassung des Rechtsquellensystems nur wenige Vorteile im Hinblick auf Homogenität und Lückenlosigkeit der Rechtsordnung hat, sie dagegen bei der Verwirklichung des Selbstverwaltungsprinzips des Verfassungsstaates eher Nachteile bringt. Theoretisch besteht die Gefahr, daß ein eifriger Minister durch den Erlaß von Verordnungen der Rechtsetzungsbefugnis der örtlichen Räte ohne weiteres den Boden entzieht. Es ist nur eine weitere Kuriosität, daß die Verordnung eines Ministers keine Ermächtigung vorsehen darf, wonach der Rat die Besonderheiten selbst durch Verordnungen regelt. Denn zu einer Detailregelung, die den örtlichen Besonderheiten Rechnung trägt, durch eine Verordnung eines Rates kann nur ein Gesetz oder eine Regierungsverordnung ermächtigen (§ 10 a des Gesetzes Nr. XI/1987). Natürlich ist die Forderung angebracht, daß im Interesse der Gesetzmäßigkeit der Rechtsordnung mit der Verwaltung eine Partikularisierung der Rechtsordnung nicht zugelassen werden darf.<sup>27</sup> Zutreffend ist auch, daß eine wirkliche Selbstverwaltung – im technischen Sinne des Wortes – eine gewisse Partikularisation in sich trägt. Aber wenn wir die in der Individualität des freien Menschen verborgene Partikularität im Sinne der menschlichen Würde als Wert auffassen und uns bemühen, diese zu schützen, dann muß man die Partikularität der örtlichen kleinen Freiheiten auch solange unterstützen, wie sie zur Ausbildung einer landesweiten Freiheit beiträgt. Es würde deshalb eine Lösung als richtig erscheinen (wozu die Verabschiedung einer neuen Verfassung eine gute Gelegenheit böte), die analog zum Gesetzesvorbehalt ein System von Vorbehalten bezüglich der Rechtsetzung der Selbstverwaltungsorgane errichtet. Vorstell-

<sup>27</sup> Schmidt (Anm. 11), S. 130 ff.; vgl. noch: Madarász, Tibor: A jogi szabályozás túlzásairól (Von Übertreibungen der rechtlichen Regulierung), in: Bihari, Mihály (Hrsg.): Közigazgatás és politika (Verwaltung und Politik), Budapest 1980, S. 130 ff.

bar wäre, daß in den Themenkreisen, in denen die Rechtsetzung den Selbstverwaltungsorganen vorbehalten ist, eine zentrale Rechtsetzung ausgeschlossen wäre bzw. von einer Zustimmung des betroffenen Selbstverwaltungsorgans abhängig gemacht werden würde. In den Themenkreisen, in denen der Vorbehalt der Rechtsetzung durch die Selbstverwaltungsorgane gilt, wäre also eine Stärkung der autonomen lokalen Rechtsetzung erforderlich. Im Interesse einer einheitlichen Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit müßten dazu in der neuen Verfassung exakt die Grundlage und der Rahmen der Selbstverwaltung bestimmt werden.

Eine einwandfreie Rechtsquellenhierarchie gibt es nicht. Es ist auch keine Ordnung der Rechtsetzung vorstellbar – jedenfalls aufgrund der bisherigen Erfahrungen –, die von vornherein eine Verringerung der gesetzmäßigen und verfassungsmäßigen Anforderungen an die Rechtsetzung ausschließen würde. Besonders problematisch wird das Rechtsquellensystem, wenn die Rechtsordnung *zweigleisig* wird, wenn in der Rechtsordnung die sogenannten sekundären Normen erscheinen. Die Gründe der Zweigleisigkeit der ungarischen Rechtsordnung gehen bis auf die 1949er Fassung der Verfassung zurück, nach der fast alle Rechtsetzungsorgane zwei verschiedene Typen von Rechtsregeln erlassen konnten. So konnte das Parlament Gesetze und Beschlüsse, die Regierung Verordnungen und Beschlüsse, die Minister Verordnungen und Anweisungen erlassen. Der Beschluß und die Anweisung sind die Grundtypen der sekundären Normen, und hier zeigen sich sämtliche charakteristischen und problematischen Züge.

Aufgrund der ursprünglichen und im Grunde nie geänderten Vorstellungen sind die sekundären Normen erforderlich, weil die Rechtsetzungsorgane auch solche Fragen zu regeln haben, deren normative Entscheidung zwar notwendig ist, die Entscheidung selbst aber nicht allgemeingültig und ihre breite Anwendung zu unterlassen ist. Es kann vorkommen, daß eine Organisation ihre eigenen inneren Verhältnisse regeln (z.B. die Schaffung einer Geschäftsordnung) oder das Verhalten der nachgeordneten Behörden normieren muß. Die Regelungen stellen zwar Normen dar, denn sie beziehen sich nicht auf individuelle Sachverhalte, ihre allgemeine Publizität und ihre Beachtung durch jedermann ist jedoch nicht erforderlich oder sogar unmöglich. Der Gesetzgeber hatte diese Fallgestaltung im Blick, als er die Rechtsetzungsorgane mit einem sekundären – oder mit anderen Worten – einem inneren Normgebungsrecht ausstattete. Die Existenz und Wirkung der sekundären Normen hat von Anfang an Verfassungs- und Gesetzmäßigkeitsprobleme aufgeworfen. Es stellte sich somit z.B. die Frage nach dem Verhältnis der primären und sekundären Normen desselben Rechtsetzungsorgans. Eine andere Frage war, wie im Falle einer Kollision zwischen der sekundären Norm eines hierarchisch höherrangigen Rechtsetzungsorgans und der primären Norm eines niedrigeren Organs zu verfahren ist. Schließlich war zu fragen, ob jeder Sachverhalt beliebig durch eine primäre oder sekundäre Norm geregelt werden kann. Die Abgrenzungsprobleme erhöhten sich also in erheblichem Maße. Das positive Recht (z.B. die Gesetzesverordnung Nr. 24/1974) hat versucht, zur Abgrenzung der beiden Normentypen den Grundsatz aufzustellen, daß durch eine sekundäre Norm nur die inneren Verhältnisse des Erlassorgans sowie der diesem unterstehenden Organe und nur dann geregelt werden können, wenn staatsbürgerliche Rechte und Pflichten nicht unmittelbar berührt werden. Die sekundären Normen sind also entweder ausdrücklich Organisationsnormen,

oder sie beinhalten Richtlinien der Staatsleitung für die Praxis. Wenn diese Grenze überschritten wird und insbesondere staatsbürgerliche Rechte und Pflichten betroffen sind, kann nur eine primäre Norm (Gesetz, Verordnung) erlassen werden. Die Abgrenzung ist natürlich eine überaus komplizierte Aufgabe. Dies gilt besonders in Anbetracht der ausgedehnten staatlichen Organisation. Nicht nur die letztlich von der Verwaltung getroffene formelle Entscheidung ist bezüglich der staatsbürgerlichen Rechte von Bedeutung, sondern auch die Art und Weise, d.h. das Verwaltungsverfahren, in dem die Entscheidung getroffen wird. So kann also eine innere Organisationsnorm von grundsätzlicher Bedeutung für die unmittelbaren Rechte und Pflichten sein. Da die Bekanntmachung der sekundären Normen im allgemeinen keine Pflicht war (je niedriger eine Norm im Rahmen der Rechtsquellenhierarchie anzuordnen war, desto geringer wurden die diesbezüglichen Anforderungen), ist klar, daß dadurch die äußerst wichtige Anforderung an die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungsverfahrens, nämlich die Publizität und Erkennbarkeit der Rechtsregeln in ernste Gefahr geriet.

Die ungarische Rechtsordnung hat schon des öfteren versucht, die sekundären Normen zurückzudrängen. Da diese Normen aber gerade zum typischen Instrument der Selbstorganisation und Selbstverteidigung der Verwaltung wurden, brachten diese Bemühungen wenig Erfolg. Trotz der Forderungen in den rechtspolitischen Richtlinien über die Rechtsetzung stieg die Zahl der sekundären Normen erheblich an. Dies wird zum Teil als Hauptursache der *bürokratischen Unübersichtlichkeit* und Überregulierung der ungarischen Rechtsordnung angesehen.<sup>28</sup> Nach anderer Meinung belasten mindestens 3000 überflüssige sekundäre Normen, die das Wesentliche mit dem Unwesentlichen überdecken, unsere Rechtsordnung.<sup>29</sup> Zur Verringerung der sekundären Normen hat das Gesetz Nr. XI/1987 „über die Rechtsetzung“ eine „radikale“ Lösung gewählt, indem es erklärt, daß die sekundären Normen keine Rechtsregeln darstellen. Alle Reformbestrebungen bis zum Inkrafttreten des Gesetzes versuchten allerdings, ihren Charakter als Rechtsregel zu erhalten. Nach dem Gesetz von 1987 sind die als sekundäre Normen zu bezeichnenden Vorschriften keine Rechtsregeln, sondern ein „sonstiges rechtliches Instrument der staatlichen Leitung“. Natürlich kann gleich die Frage gestellt werden, worin der Unterschied zwischen einer Rechtsregel und einem sonstigen rechtlichen Instrument besteht. Das Gesetz hat indes eine begriffliche Klärung vorgenommen. Die seitdem als sonstiges rechtliches Instrument der Leitung bezeichneten Normen sind im weiteren Sinne keine Rechtsregeln. An der Problematik hat sich jedoch gegenüber der Lage vor 1987, als man diese noch als Rechtsregeln betrachtete, nichts geändert. Die sekundären Normen erhalten einen normativen Charakter nicht durch ihre rechtliche Qualität (diese steigert nur ihr Ansehen), sondern dadurch, daß sie in den *tatsächlichen hierarchischen* Verhältnissen entstehen und wirken.<sup>30</sup> Ein Vorgesetzter kann allgemeingültig die Arbeitsordnung seiner Untergebenen bestimmen, und zwar unabhängig davon, ob diese Verfügung als Rechtsregel betrachtet wird oder nicht. In einer direkt durch die Verwaltung geleiteten Institution können die inneren Verhältnisse auch

<sup>28</sup> Schmidt (Anm. 11), S. 132 ff.

<sup>29</sup> Szamel (Anm. 7), S. 74.

<sup>30</sup> Sajó (Anm. 22), S. 69 ff.; Schmidt (Anm. 11), S. 144 ff.

infolge der hierarchischen Unterstellung geregelt werden, und zwar auch dann, wenn diese Regelung als Rechtsregel benannt wird. Die hierarchischen Verhältnisse tragen also *in sich selbst* bereits eine gewisse verborgene Rechtsetzung und bringen in der Wirklichkeit die normative Kraft des Faktischen zum Ausdruck, die immer eine Konkurrenz für das formelle positive Recht bedeutet. Es reicht nicht aus, einer sekundären Norm die Rechtsqualität zu entziehen, denn die normative Regelungsart entsteht in immer neuer Form. In diesen Fällen wird aber die Möglichkeit der Kontrolle der faktisch als Norm funktionierenden Regeln weiter verringert. Deshalb muß die gesetzliche Lösung von 1987 als unreal betrachtet werden, denn die rechtliche Qualifikation der sekundären Norm wurde einfach abgeschafft; verborgen lebt sie indes weiter. Richtiger wäre es gewesen, die gesetzliche Entscheidung bezüglich der sekundären Normen von der Änderung der Leitungsbeziehungen der Verwaltungsorgane abhängig zu machen und die rechtlich anerkannte Zahl der sekundären Normen in dem Maße zu verringern, in dem sich die grundlegenden hierarchischen Verhältnisse lösen und verändern.

### III.

#### *Die Rechtsgebundenheit und die Anforderungen an den Vollzug der Rechtsregeln durch die Verwaltung*

Die empirischen Verwaltungsforscher sind sehr skeptisch in der Hinsicht, daß die Verwaltung durch Rechtsregeln überhaupt regulierbar ist. Fraglich ist, ob die Verwaltung bei ihrem Handeln die Rechtsregeln befolgt oder eine andere „sachlich bedingte Entscheidung“ trifft. Für Juristen ist es auch nicht bedeutungslos, darüber nachzudenken, ob die Aussage der Wahrheit entspricht, daß die Verwaltungsorgane selten genau das tun, was man von ihnen verlangt.<sup>31</sup> Die aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung folgenden Anforderungen an die Verwaltung beinhalten im wesentlichen – auch wenn zugrunde gelegt wird, daß kein idealer, sondern nur ein den Erfordernissen annähernd entsprechender Zustand erreicht werden kann –, daß die Verwaltung aufgrund der von Gesetzen beherrschten objektiven Regeln der Rechtsordnung vorgehen soll. Die Verwaltungstätigkeit sollte ferner all die Gesichtspunkte zum Ausdruck bringen, die vom Rechtsetzungsorgan als Maß der Handlung normiert worden sind. Da einer harmonischen, stabilen und über eine große normative Kraft verfügenden Rechtsordnung die erforderlichen Handlungskriterien eindeutiger zu entnehmen sind, ist die Entwicklung einer gesetzmäßigen Rechtsordnung eine wichtige Unterstützung für eine nach rechtmäßigem Handeln strebende Verwaltung. In einem Verfassungsstaat kann man sich eine – unentbehrliche – Kontrolle der Verwaltung nur dann vorstellen und diese kann nur dann wirkungsvoll funktionieren, wenn die insofern erforderlichen *objektiven Referenzpunkte* in der Rechtsordnung gegeben sind. Die Regelungsmöglichkeiten des Rechts sind nicht unbegrenzt. Dies gilt natürlich auch im Hinblick auf die Verwaltung. Bei der Herausbildung und Bewertung der Kriterien einer rechtlichen Begrenzung der Verwaltung ist also weder Platz für den Rechtsnihilismus noch für einen begeisterten Optimismus.

<sup>31</sup> *March, J.G.*: Footnotes to Organizational Change, *Administrative Science Quarterly* 26 (1981) 4, S. 563.

Auf den ersten Blick erscheint es klar, daß eine immer stärkere Rechtsgebundenheit der Verwaltung erreicht werden kann, wenn die Zahl der Rechtsregeln erhöht wird. Die hohe Zahl von Rechtsregeln ist eine weltweite Erscheinung. In Frankreich waren z.B. Ende 1979 10 545 allgemeinverbindliche zentrale Rechtsregeln in Kraft (auf etwa 1946 Bögen).<sup>32</sup> In der gleichen Zeit betrug in Ungarn die Zahl der allgemeinverbindlichen zentralen Rechtsregeln 3144 (auf 1044 Bögen). Erheblich ist also die Zahl der Rechtsnormen, die eine Bindungswirkung ausüben bzw. die auf eine Realisierung warten. Von einer tatsächlichen Rechtsbindung kann aber nur gesprochen werden, wenn der Inhalt der Rechtsregel ein befangenes oder willkürliches Verwaltungshandeln ausschließt. In der Zeit des Leistungsstaates und der Leistungsverwaltung erscheint die Forderung unreal, daß sich die Verwaltung unter Hinweis auf ihre Rechtsgebundenheit um den Ausschluß sämtlicher Abwägungsmöglichkeiten bemühen soll. Allgemein könnte nur die These aufgestellt werden, daß sich Rechtsgebundenheit und Ermessen der Verwaltung in einem *Gleichgewicht* befinden müssen.

Bei der Festlegung und Analyse der konkreten Ausgestaltung dieses Gleichgewichts ist zu beachten, daß die Regelungsbedürftigkeit der von der Verwaltung zu beurteilenden Sachverhalte durchaus nicht gleich ist. Es gibt Sachgebiete, in denen die Regelungsdichte intensiv ist; in anderen sind die Regelungen lückenhafter, so daß nach der Regelungsdichte mehrere Stufen festgestellt werden können.

Zu den Verwaltungsbereichen, für die am längsten Rechtsregeln aufgestellt wurden, zählt die Organisation der Verwaltung. Ein eine stabile Staatsordnung anstrebender Verfassungsstaat kann ohne ein Organisationsrecht, das die Struktur der Verwaltung zumindest in den Hauptzügen regelt, nicht existieren. Für die Bedeutung des Organisationsrechts der Verwaltung ist charakteristisch, daß die Verfassung ausschließlich die Grundelemente des Verwaltungsorganisationsrechts beinhaltet. Das in der Verfassung enthaltene Verwaltungsorganisationsrecht umfaßt seit 1949 traditionell zwei Gebiete. Einmal bestimmt es allgemein den Platz der zentralen Verwaltungsorgane innerhalb der Staatsorganisation. Diese Positionsbestimmung wird von der ungarischen Verfassung traditionell durch die Regelung der Bestellung und der Kompetenzen der Regierung vorgenommen. Zum anderen bestimmt die Verfassung, in welchen territorialen Gebieten die Organe der örtlichen Verwaltung arbeiten. Bis 1972 regelte die Verfassung das Verhältnis der Verwaltungsorgane untereinander sowie der örtlichen zu den zentralen Organen relativ detailliert. Mit der durch Gesetz Nr. I/1972 beschlossenen Verfassungsrevision wurde jedoch das Organisationsrecht im Hinblick auf die örtliche Verwaltung aus der Verfassung gestrichen. Dessen grundlegende Quelle wurde das Gesetz über die Räte (Gesetz Nr. I/1971). Ansonsten kann als typische Lösung betrachtet werden, daß die Organisation der Verwaltung von publizierten Rechtsregeln nicht berührt wird. Nach der ungarischen Rechtsordnung gelten insoweit in erster Linie die inneren Normen, die von den betroffenen Verwaltungsorganen selbst erlassen werden. Das trägt zweifellos die Möglichkeit in sich, daß mehrere Verwaltungsorgane mit gleichen Aufgaben in unterschiedlicher Struktur tätig sind. Mitte der 80er Jahre wurden tatsächlich bestimmte Unterschiede zwischen den Ministerien insofern erkennbar, als einige (z.B. das Ministerium für Industrie) ihrer Struktur nach einen dem Management entsprechenden Aufbau anstrebten, die

<sup>32</sup> Rácz (Anm. 23), S. 183.

Mehrheit aber bei der klassischen behördlich-hoheitlichen Organisation verblieb. Die Differenzierungsmöglichkeiten sind in der örtlichen Verwaltung viel kleiner als bei den zentralen Organen. Denn der größte Teil der örtlichen Verwaltung wird durch die Räte realisiert, deren einheitlicher Aufbau durch das Gesetz Nr. I/1971 vorgegeben ist. Zutreffend ist, daß die zur Regelung der Einzelheiten der Organisation der Räte erteilte allgemeine Ermächtigung von der Regierung mehrmals so angewandt worden ist, daß in einigen Beziehungen versuchsweise von den allgemeinen Regeln des Rätegesetzes abgewichen wurde, wodurch die Einheit der örtlichen Verwaltung in gewisser Weise brüchig geworden ist. Diese Eigenarten haben indes das Bild einer einheitlichen örtlichen Verwaltung aufs Ganze gesehen nicht bedeutend verändert. Ein interessanter und bemerkenswerter Zug der ungarischen Situation ist, daß die zentrale Verwaltung organisatorisch *weniger* geregelt ist als die örtliche Verwaltung. Hier kann wahrscheinlich zu Recht ein Beispiel für zwar wechselnd starke, aber immer anwesende zentralisierende Bestrebungen konstatiert werden. Mit allgemeiner Gültigkeit kann auch festgestellt werden – und hier zeigen sich in der ausländischen Praxis ähnliche Tendenzen –, daß im Hinblick auf Ordnung und Bildung der Organisation Freiheit und Autonomie der Verwaltung groß sind.<sup>33</sup> Dies äußert sich teilweise darin, daß das Organ selbst die Rechtsregeln erläßt, die seine Organisation betreffen, sowie teilweise darin, daß auch die Rechtsregeln der Verwaltung eine relativ breite Gestaltungsmacht bezüglich der Organisation zubilligen. Das Organisationsrecht ist also ein Verwaltungsgebiet, wo das Prinzip der Rechtsgebundenheit unter Effizienz- und Anpassungsgesichtspunkten sowie infolge der Notwendigkeit, Innovationen zu verwirklichen, schwerlich strikt durchgesetzt werden kann.

Solange die Organisation allgemein nur Grundlage und Rahmen des Verwaltungshandelns ist und weder ein rechtmäßiges und wirkungsvolles noch ein gesetzwidriges Handeln eindeutig determiniert, zeigt sich die Tätigkeit der Verwaltung von einer Seite, bei der alle Elemente eine erstrangige Bedeutung im Hinblick auf die Gesetzmäßigkeit haben. Das ist das Verwaltungsverfahren. Das Verwaltungsverfahren ist das Element, das die Verwaltung mit der Gesellschaft verbindet. Es ist also eine grundsätzliche Gesetzmäßigkeitsanforderung, daß das Verfahren rechtlich geregelt ist. Das garantierte Erfordernis der Regelung und der Rechtsgebundenheit bezieht sich auch darauf, daß in den grundsätzlichen Verfahrensfragen ein Ermessen der Verwaltung überhaupt nicht bestehen oder so gering wie möglich sein sollte. Das allgemeine Maß der Rechtsgebundenheit im Rahmen des Verwaltungsverfahrens bestimmen in den meisten Ländern besondere Verwaltungsverfahrensgesetze. In Ungarn wurde das Verwaltungsverfahren zum ersten Mal durch das Gesetz Nr. IV/1957 geregelt, das später geändert und 1981 durch ein neues Gesetz ersetzt wurde. Der Verfahrenskodex bezieht sich aber nicht auf alle Verwaltungsverfahren. Das Gesetz selbst nimmt die Ordnungswidrigkeiten sowie die Angelegenheiten der Devisenwirtschaft, des Außenhandels und der Landesverteidigung aus seinem Anwendungsbereich heraus. Diese unterschiedliche Regelung des Verwaltungsverfahrens lenkt die Aufmerksamkeit darauf, daß selbst im Inneren des Verwaltungsverfahrens mehrere Stufen der

<sup>33</sup> Dazu: *Steinberg, R.*: Politik und Verwaltungsorganisation, Baden-Baden 1979, S. 333 ff.; *Szamel, Lajos*: Az államigazgatás vezetésének jogi alapproblémái (Die rechtlichen Grundprobleme der Führung der Verwaltung), Budapest 1963, S. 99 ff.

Rechtsetzungsgebundenheit vorhanden sind. Im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenverfahrens ist die Garantie der Gesetzmäßigkeit in erster Linie durch die Interessen der Betroffenen bedingt. Die Förmlichkeit des Verfahrens dient hauptsächlich der Verteidigung. In den Devisenwirtschaftsverfahren steht das finanzielle Interesse des Staates im Mittelpunkt, und das Verfahren ist grundsätzlich durch diesen Zweck geprägt. In den vielfältigen Verwaltungsaufgaben kann – gerade wegen der Unterschiede – kein einheitliches, allgemeingültiges Ordnungsprinzip – wie z.B. im Strafverfahren – gefunden werden. Bereits aus diesem Grund kann ein gleich hoher Grad der Rechtsgebundenheit – wie bei dem unter dem Gesichtspunkt der Gesetzmäßigkeit vorbildlichen Strafverfahren – auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrens nicht erreicht werden. Diesem Gesichtspunkt ist indes noch ein weiterer hinzuzufügen. So wichtig auch Gesetzmäßigkeit und Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns sind, besteht die Aufgabe der Verwaltung doch nicht nur in der Verwirklichung der Gesetzmäßigkeit, sondern hat auch bestimmten Effizienz- und Wirtschaftlichkeitsanforderungen zu genügen. Effizienz und Gesetzmäßigkeit werden *auf unterschiedliche Art und Weise* verwirklicht. Beide Forderungen müssen sich zwar nicht unbedingt widersprechen, völlig harmonisieren sie indes auch nicht. Die Verwaltung muß sowohl die Anforderungen der Gesetzmäßigkeit als auch diejenigen der Effizienz erfüllen. Dies bringt es mit sich, daß bei der rechtlichen Regelung des Verfahrens beiden Gesichtspunkten gleichzeitig Rechnung zu tragen ist. Eine wichtige Bedingung des Verfahrensrechts ist also, ein recht- und zweckmäßiges Verwaltungshandeln zu sichern. Ausreichend ist diese Bedingung jedoch nicht, denn selbst bei einer abschließenden Regelung der inneren Verfahrensordnung ist es unmöglich, alle grundsätzlichen Garantien der Gesetzmäßigkeit zu schaffen. Lange Zeit suchte die ungarische Verwaltungsrechtswissenschaft, aber vor allem die Verwaltungspolitik – bekannterweise – in den inneren (Verfahrens-)Garantien ein Pfand für die Gesetzmäßigkeit zu finden. Erst in letzter Zeit verstärkte sich die Einsicht, daß wegen der notwendigerweise lückenhaften Rechtsgebundenheit der Verwaltung im Verwaltungsverfahren die Schaffung von die Gesetzmäßigkeit sichernden „äußeren“ Mechanismen, die Etablierung außerhalb der Verwaltung funktionierender Verfahren unvermeidlich ist.<sup>34</sup>

In der Reihe der Anforderungen an eine Rechtsgebundenheit der Verwaltung ist die Ausbildung materiell-rechtlicher Regelungen ein grundsätzliches Erfordernis. Während das Verwaltungsverfahrensrecht bestimmt, wie, in welchem Rahmen und in welcher Form die Verwaltung Rechte und Pflichten festlegt, regelt das materielle Recht die nicht weniger wichtige Frage, auf welchem Gebiet die Verwaltung überhaupt vorgehen kann. Obwohl hinsichtlich der Rechtsgebundenheit auch heute noch Unterschiede zwischen den materiellen Regeln der klassischen Hoheitsverwaltung und dem die Leistungsverwaltung betreffenden materiellen Recht bestehen, ist doch eine gewisse Angleichung zu konstatieren. Auch für Ungarn trifft die Feststellung zu, daß das materielle Recht in Fragen der leistenden Verwaltung eine geringere Gebundenheit vorsieht und damit der Verwaltung einen breiteren Ermessensspielraum einräumt. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind in der hoheitlichen Ordnungsverwaltung ebenso anzutreffen wie in der Leistungsverwaltung. In den ex officio Verfahren hat

<sup>34</sup> Rácz, Attila: A jogszabályok törvényességének utólagos ellenőrzése (Die nachträgliche Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Rechtsregeln), Állam- és Jogtudomány XXV (1983) 3. S. 430 f.

die Verwaltung in beiden Bereichen einen Ermessensspielraum dahingehend, ob sie ein Verfahren einleitet oder nicht sowie unter welchen Umständen sie tätig wird. Ebenso verfügt sie über Abwägungs- und Wahlmöglichkeiten hinsichtlich der anzuwendenden Maßnahmen und Sanktionen in beiden verhältnismäßig gut trennbaren Sphären der Verwaltung. Der unterschiedliche Ermessensspielraum, der in den einzelnen Rechtsgebieten existiert, hat regelungstechnische Gründe. In Rechtszweigen, in denen Rechtsbegriffe wie „öffentliches Interesse“, „öffentliche Sicherheit“ usw. die Basis der Tätigkeit der Verwaltung bilden, kann ein gleich großer Ermessensspielraum oder ein Ausschluß jeglichen Ermessens rechtstechnisch nicht gewährleistet werden. Ist zwar das öffentliche Interesse Grund eines jeden Verwaltungshandelns, differiert seine konkrete Erscheinungsform in den materiellen Rechtsregeln – z.B. in der Finanzverwaltung und in der Ordnungsverwaltung – nicht unerheblich. Die unterschiedliche Rechtsgebundenheit in den – als charakteristische Extreme – erwähnten beiden Rechtsgebieten hat die ungarische Fachliteratur schon früher hervorgehoben. Aber neuerdings wird wieder die unveränderte Polarität des rechtlich exakt geregelten Gebiets der Steuerverwaltung sowie der einen größeren Ermessensspielraum belassenden Rechtsvorschriften der Ordnungsverwaltung konstatiert. Auch wenn das Maß der Rechtsgebundenheit und der Umfang der rechtlichen Regelungen mit einer „Entideologisierung“ des letztgenannten Rechtsgebiets erhöht werden kann, ist das Niveau einer technisch präzisen Abfassung, wie es zur Eigenart der Finanz- und Steuerverwaltung gehört, kaum erreichbar. Eine Antwort auf die Frage, wie stark in einem materiellen Rechtsgebiet mit unbestimmten und einen Ermessensspielraum einräumenden Rechtsbegriffen operiert werden darf oder muß, kann vor allem in den typischen Zügen der zu regelnden Lebensverhältnisse gesucht werden. In dieser Hinsicht werden die objektiven Nachteile der ungarischen Rechtsordnung dadurch bedingt, daß die meisten zu regelnden gesellschaftlichen Verhältnisse in ihrem Innern auf einem Mangel beruhen. In der in einem Zusammenhang mit der Mangelwirtschaft stehenden Verwaltung meldet sich die prinzipielle Forderung nach *Gemeinnützigkeit* in noch stärkerem Maße. Dabei nötigt die Verwaltung des Mangels<sup>35</sup> noch nachdrücklicher zur Auflockerung der Rechtsgebundenheit, zur weiteren Ausdehnung des Ermessensspielraums, als dies bei einem Verwaltungshandeln der Fall ist, das nicht dazu gezwungen ist, den Mangel zu beseitigen oder auszugleichen. Wie die mit einem Mangel in Zusammenhang stehende Verwaltung immer der Effektivität des Verwaltungsorgans schadet, so ist sie auch im Hinblick auf Rechtsgebundenheit und Gesetzmäßigkeit nicht gerade nützlich. Im Falle einer Mangelverwaltung verrichtet die Verwaltung auch solche Aufgaben, zu deren Erfüllung sie weder Effektivitäts- (Wirtschaftlichkeits-) noch rechtlich-technische Mittel hat. Von beiden Seiten her ist also mit großer Wahrscheinlichkeit mit Mißerfolgen der Verwaltung zu rechnen, die sich letztlich sowohl in einer Wirtschaftskrise als auch in der Verschlechterung des Zustandes der Gesetzmäßigkeit äußern können. Die Verwaltung des Mangels ist vor allem ein Problem Osteuropas. Nicht so augenfällig ist sie aber auch in allen modernen Verwaltungssystemen anwesend. Darum muß sich die ungarische Verwaltung darauf vorbereiten, daß die Wirtschaftlichkeits- und Gesetzmäßigkeitspro-

<sup>35</sup> Vgl.: Berg, Wilfried: Die Verwaltung des Mangels, Der Staat 15 (1976) 1, S. 1 ff.; aus ökonomischem Aspekt: Kornai, János: A hiány (Der Mangel), Budapest 1980, S. 575 ff.

bleme in anderen Dimensionen doch wieder auftauchen werden. Wenn die Verwaltung ihre Tätigkeit auf immer weitere Gebiete des gesellschaftlichen Lebens erstreckt, sie immer mehr die infrastrukturelle Basis der Gesellschaftsprozesse darstellt, werden die Unzulänglichkeiten ihrer Organisation und Führung (Verwaltungsdefizite) immer offener. Dieses Verwaltungsdefizit ist teilweise der Grund, teilweise die Folge derjenigen Erscheinungen, die man als „kooperativen Staat“ bezeichnet. Der charakteristische Zug dieses Machtgefüges ist, daß sich die Machtprozesse in mehr oder minder transparenten Verhandlungen herausbilden. Die Mängel der Gesellschaft – die nicht ausschließlich Mängel der wirtschaftlich-produktiven Bereiche sind, sondern eine allgemeine Knappheit der Ressourcen bedeuten – versucht die Verwaltung durch Vereinbarungen mit ihrer Umwelt zu überbrücken, weil voneinander getrennt weder die Verwaltung noch die gesellschaftlichen Akteure die hierzu benötigten Ressourcen besitzen. Das Recht aber, das in der Verhandlungspraxis des kooperativen Staates zustande kommt, hat notwendigerweise eine geringere Allgemeingültigkeit als das klassische – und heute immer mehr als idealtypisch erscheinende – Recht öffentlich-hoheitlicher Prägung. Das durch die Übereinkünfte zustande kommende Recht<sup>36</sup> hat eine unzureichende und *geringere Bindungswirkung*, weil dieses seinem Wesen nach – auch schon während seiner Schaffung – eben Elastizität, Auslegungsgünstigkeit und Anpassungsfähigkeit an die jeweiligen Umstände voraussetzt. Als Muster eines solchen materiellen Rechtsgebietes betrachtet man in Ungarn das Umweltschutzrecht. Das ungarische Umweltschutzrecht begrenzt kaum die Effektivitätsbestrebungen der in den Umweltschutzfragen betroffenen Parteien. Da sich die Verwaltung wegen der Verteilung der Ressourcen bei der Konfrontation mit Effektivitätsforderungen in einer zunehmend ungünstigeren Position befindet, kann sie mit den ihr zur Verfügung stehenden rechtlichen Mitteln wenig anfangen. Die Verwaltung ist gezwungen, aus den vielen Handlungsmöglichkeiten im konkreten Fall diejenige auszuwählen, die den Effektivitätsvorstellungen *ihrer Umweltpartner* am meisten entgegenkommt. Die Anwendung des durch die Vereinbarung zustande gekommenen Rechts ist so durch die Kraft und Fähigkeit der aktuell bestimmenden Kooperationspartner determiniert. In ihm wechselt die Bindungswirkung; die „normative Kraft des Faktischen“ tritt an die Stelle der Bindungswirkung der rechtlichen Regulierung. Ein derartiges Recht ist kaum geeignet – und fähig –, die Tätigkeit der Verwaltung unter dem Gesichtspunkt der Gesetzmäßigkeit beurteilen zu lassen. Nach aller Wahrscheinlichkeit sind das durch Vereinbarung zustande gekommene Recht sowie der Handlungsmechanismus des kooperativen Staates der Hauptgrund dafür, daß von der radikalen Umwandlung und sogar vom „Sich-Verflüchtigen“ des Rechts sowie letzten Endes von der Auflösung der Verwaltung gesprochen wird.<sup>37</sup> Diese Skepsis ist auch in der

<sup>36</sup> Sajó, András: Alkuban létrejött jog – a környezetvédelmi szabályozás példáján (Das in Verhandlung zustande gekommene Recht – anhand des Beispiels des Umweltschutzes). Társadalomkutatás 1989/2, S. 18 ff.

<sup>37</sup> Vgl.: Nonet, Ph./Selznick, Ph.: Law and Society in Transition, New York 1978, S. 70; Stever, J.A.: The End of Public Administration: Problems of the Profession in the Post-Progressive Era, Ardsley-on-Hudson 1987, S. 17 f., 171, 179 usw.

ungarischen Literatur nicht unbekannt.<sup>38</sup> Die Reformideen sind bis nach Ungarn vorgedrungen, und die skeptischen Ansichten werden wahrscheinlich noch zunehmen. Obwohl es unzweifelhaft ist, daß sowohl das Recht als auch die Verwaltung bedeutende Mängel haben und Hindernisse ihrer Anwendung im Wege stehen, wäre es in Anbetracht der heutigen Notwendigkeiten und Möglichkeiten der Organisation und Regulierung der Gesellschaft falsch, auf ihre Leistung zu verzichten und aus gewissen philosophischen und gesellschaftswissenschaftlichen Überlegungen ungebundene Verhaltensregeln und nur auf materielle Zwecke orientierte Management-Verfahren an ihre Stelle zu setzen. Eher wünschenswert ist dagegen eine Berücksichtigung der gesellschaftsphilosophischen Überlegungen insofern, als mit ihrer *realen Kritik* die Aufmerksamkeit auf die übermäßige, ungeeignete rechtliche Regelung sowie die kompetenzüberschreitenden Handlungen der Verwaltung gelenkt werden und damit auf die Selbsterkenntnis von Rechtsetzung und Verwaltung, nicht aber auf deren Kleinmütigkeit eingewirkt werden kann. Die Kleinmütigkeit ist nämlich das Vorzimmer der Unverantwortlichkeit. Aus diesem Grund ist die Forderung nach Gesetzmäßigkeit auch in einem weiteren Sinne gültig, d.h. die Verwaltung darf – und muß – nur in den in den Rechtsregeln festgelegten Aufgabenbereichen tätig werden. Wenn im Dienste dieses Zwecks die rechtlichen und organisatorischen Mittel, die die Garantien der Rechtsgebundenheit innerhalb der Verwaltung gewährleisten können, nicht ausreichen, müssen die Zahl der äußeren Kontrollformen und deren Intensität vermehrt werden.

Der Grundsatz des auf Rechtsregeln basierenden Verwaltungshandelns, d.h. der Rechtsgebundenheit der Verwaltung, drückt eine charakteristische Eigenart des Verfassungsstaates aus und besagt, daß die Verwaltung nur dann und nur so handeln kann, wie es ihr die Rechtsregeln vorschreiben und gestatten. Das Erfordernis der Gesetzmäßigkeit bedeutet aber nicht nur das Verbot einer rechtlich nicht vorgesehenen Tätigkeit, sondern beinhaltet auch die Verpflichtung der Verwaltung, die Rechtsregeln korrekt durchzuführen. Obwohl die Differenzierung der Gesellschaft – und die schon erwähnte Praxis des kooperativen Staates – dazu geführt haben, daß am Vollzug der Rechtsregeln neben der Verwaltung sonstige nicht-staatliche bzw. Selbstverwaltungsorgane teilnehmen, obliegt die Durchführung der Rechtsregeln jedoch grundsätzlich in erster Linie der – öffentlichen – Verwaltung. Die Organisations-, Planungs- und Leistungstätigkeit der Verwaltung hat sich zwar beträchtlich vermehrt, dennoch steht immer noch der Vollzug an der Spitze des Aufgabenkatalogs der Verwaltung. Von Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kann somit nur dann gesprochen werden, wenn die Verwaltung aktiv am Vollzug der einzelnen Bestimmungen der Rechtsregeln mitwirkt. Gerade in dieser Hinsicht besagt das ungarische Verwaltungsverfahrensgesetz, daß das Verwaltungsorgan bezüglich der in seinen Kompetenzbereich fallenden Angelegenheiten zur Durchführung eines Verfahrens verpflichtet ist (§ 4 Abs. 1). Die Verfahrenspflicht gilt nicht nur, wenn das Verfahren veranlaßt worden ist, sondern diese Pflicht trifft das Verwaltungsorgan auch in den *ex officio* Angelegenheiten. Das Verwaltungsorgan ist zur Wahrnehmung seiner Kompetenz verpflich-

<sup>38</sup> Vgl. v.a.: Sajó, András: *Látszat és valóság a jogban* (Schein und Wirklichkeit im Recht), Budapest 1986, S. 129 ff.; Sajó, András: *Társadalmi-jogi változás* (Die gesellschaftlich-rechtliche Veränderung), Budapest 1988, S. 99 ff.

tet, und zwar selbst dann, wenn diesbezüglich bei den *ex officio* Verfahren – infolge der rechtstechnisch unvermeidbaren unbestimmten Rechtsbegriffe – ein gewisser Ermessensspielraum notwendigerweise eingeräumt ist. Dem Erfordernis der Gesetzmäßigkeit dient es allerdings, wenn in dem Verwaltungsverfahren nicht das Opportunitätsprinzip, sondern das *Legalitätsprinzip* gilt.

Die Verpflichtung zum Vollzug der Rechtsregeln steht im Dienste der Begrenzung der auf der Grundlage der Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns beruhenden Macht. Das Erfordernis der Gesetzmäßigkeit bedeutet nicht nur, daß es unmöglich ist, nach aktuell-politischen Überlegungen über Anwendung oder Nichtanwendung einer bestehenden – gültigen – Rechtsregel zu entscheiden, sondern verlangt auch, daß die Rechtsregel in ihrem Wirkungskreis für jedermann und sogar für das Erlaßorgan verbindlich ist. Besonders bei den rechtsetzenden Verwaltungsorganen taucht die Bestrebung auf, die Möglichkeit der Genehmigung individueller Abweichungen von den allgemeingültigen Regeln aufrechtzuerhalten. Die Gesetzmäßigkeit erfordert dagegen – wie auch der rechtsphilosophische Rechtsbegriff – die Geltung des Prinzips „*tu patere legem quam fecisti*“, wonach auch das Rechtsetzungsorgan selbst verpflichtet ist, die Bestimmungen in allen, unter den Geltungsbereich der Rechtsregel fallenden Einzelfällen einzuhalten. Diese die Gesetzmäßigkeit berührenden Probleme wurden in Ungarn vor allem im Hinblick auf die Lehre von der sog. „politischen Gesetzmäßigkeit“ der 50er Jahre deutlich. Nach damaliger Ansicht war Aufgabe des Rechts nicht die Beschränkung der politischen Zweckmäßigkeit, sondern das Recht hatte im Gegenteil ihr zu dienen. Die Gesetzmäßigkeit galt als nichts anderes als eine eigenartige, allgemeingültige Erscheinungsform der politischen Disziplin. Die Basis dieser Gesetzmäßigkeitskonzeption war in der Organisationsordnung verankert, die in der verwaltungssoziologischen Literatur mit dem Terminus „doppelter Hierarchie“ beschrieben wird.<sup>39</sup> Nach dieser Konstruktion wurde bezüglich der staatlichen Tätigkeit nicht zwischen politischer Entscheidung und administrativer Durchführung unterschieden, das politische Element blieb vielmehr unmittelbar ein Teil der durchführenden Tätigkeit. Diese eigentlich rechtswidrigen, ungesetzlichen Folgen der politischen Gesetzmäßigkeit wurden seit den 60er Jahren stufenweise gemildert und zurückgedrängt. Die größten Veränderungen vollzogen sich in der rechtsanwendenden Tätigkeit der Verwaltung, wo der direkte politische Einfluß in der überwiegenden Mehrheit der Fälle aufgehoben wurde. Der Grund der Veränderungen ist in einem subjektiven Faktor, in der Praxis der politischen Selbstbeschränkung zu sehen, weil die objektive Voraussetzung einer Wiederbelebung der politischen Gesetzmäßigkeit – das unveränderte Fortbestehen der doppelten Hierarchie – auch weiterhin gegeben war. Die Stabilität der objektiven Gegebenheiten der politischen Gesetzmäßigkeit erklärt deren uneinheitliche Zurückdrängung in den verschiedenen Verwaltungs- und den Rechtsgebieten. Im Gegensatz zur behördlichen Rechtsanwendung ist der auf die Durchführung ausgeübte politische Einfluß in den politisch empfindlicheren Verwaltungsbereichen – vor allem in der Planung – mit wechselnder Stärke bis in die neueste Zeit aufrechterhalten worden.

Infolge des eigenartigen hierarchischen Aufbaus sowie der ständigen Verbindung von politischer Entscheidung und administrativer Durchführung ist in vielerlei Hin-

<sup>39</sup> Vgl.: Mayntz, Renate: *Soziologie der öffentlichen Verwaltung*, 2. Aufl., Heidelberg 1982, S. 77 f.

sicht die Geltung der insbesondere in neuerer Zeit kreierte ungarischen Variation des Grundsatzes „*princeps legibus solutus*“ zu konstatieren. Vor allem in den Gebieten mit politischem Gewicht hat sich die Praxis herausgebildet, daß das Rechtsetzungsorgan sich selbst nicht an die rechtlichen Bestimmungen gebunden fühlt und sich für befugt erachtet, einzelne Befreiungen von der bindenden Kraft der Rechtsregeln zu erteilen. In Ungarn können derartige Erfahrungen in den Bereichen Umweltschutz und Wirtschaftslenkung gesammelt werden. Einhaltung und Geltung der Rechtsregeln haben in anderen Bereichen behördlicher Rechtsanwendung infolge bestimmter Sachzwänge zu einer *Billigkeitspraxis* geführt.<sup>40</sup> Besonders seit Mitte der 70er Jahre wird die Ansicht vertreten, daß die schnelle Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse eine Berechtigung der Verwaltung auch zur Berücksichtigung von Billigkeitsgesichtspunkten „*praeter legem*“ und sogar „*contra legem*“ erfordere. Gewisse Anhaltspunkte für diese Auffassung sind in einer nicht sehr gelungenen Fassung eines Beschlusses des Präsidialrates von 1974, der der Sache nach rechtspolitische Richtlinien der Rechtsanwendung beinhaltet, zu finden, denn die Verwaltungsorgane werden aufgerufen, während ihrer Tätigkeit die gesellschaftlichen Umstände zu berücksichtigen und in begründeten Fällen nach Billigkeit zu verfahren. Mit dem Erfordernis der Gesetzmäßigkeit ist es natürlich unvereinbar, wenn die Verwaltung unter Berufung auf Billigkeit oder Gerechtigkeit Abweichungen von den Rechtsnormen tolerieren und Ausnahmen von der Geltung der Rechtsregeln bewilligen kann. Obwohl die ungarische Rechtsordnung und Rechtspraxis die generelle Möglichkeit einer Berufung auf die Billigkeit nie anerkannt haben, hatten doch Billigkeitserwägungen in der Rechtspraxis der Verwaltung immer Chancen. Die ungarische Rechtsanwendung wurde nämlich – aus ideologischen Gründen – weitgehend auf dem Gesichtspunkt der *materiellen* Gerechtigkeit aufgebaut. Der Beschluß des Präsidialrates aus dem Jahre 1986, womit die rechtspolitischen Richtlinien der Rechtsanwendung teilweise neugefaßt wurden, schreibt noch immer vor, daß der Rechtsanwender bei seiner Tätigkeit die Übereinstimmung der gesellschaftlichen, Gruppen- und individuellen Interessen im Rahmen der Billigkeit herbeizuführen und zu gewährleisten hat. Die Möglichkeit der Berücksichtigung von Gesichtspunkten der materiellen Gerechtigkeit ist indes bereits im Bereich der Rechtsetzung – wo die politische Kommunikation eine legitime Möglichkeit dazu bietet – fragwürdig. Noch bedenklicher erscheint sie jedoch bei der Rechtsanwendung, wo eine rechtsschöpferische Tätigkeit normalerweise illegitim ist. Im übrigen ist die Gerechtigkeit als solche mit der Summe der konkreten Gerechtigkeiten nicht identisch. Schädlich hinsichtlich der Forderungen nach Einhaltung und Geltung der Rechtsregeln sind alle Lösungsversuche, die Möglichkeiten zur Interessenabwägung, zur Berücksichtigung der Billigkeit oder anderer Gerechtigkeitsvorstellungen einräumen, die die bereits in der Rechtsregel vorgenommene grundlegende Interessenerwägung, den positivrechtlichen Interessenausgleich übersteigen. Wenn die Verwaltung im Dienste einer materiellen Gerechtigkeit zu einer Interessenabwägung aufgerufen ist – wie es der erwähnte Beschluß des Präsidialrates getan hat –, wird die Möglichkeit eröffnet, eine konkrete, individuelle Überprüfung der rechtlichen Bestimmungen vorzunehmen und von den Rechtsregeln abzu-

<sup>40</sup> Vgl.: Kiss, László: *Mérlegelés és méltányosság az államigazgatásban (Erwägung und Billigkeit in der Verwaltung)*, Budapest 1984, S. 155 ff.

weichen. Im materiellen Sinne wird die Verwaltung dann ebenso zu einem politischen Organ wie das Organ, das Recht setzt; nur fehlt der Verwaltung die Legitimation. Aus diesem Grunde sind die rechtspolitischen Richtlinien der Rechtsanwendung des Präsidialrates – deren Sinn zwar die Erhöhung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist – als unzutreffend und theoretisch verfehlt zu qualifizieren. Die Verwaltung kann nicht gleichzeitig die Rechtsnormen einhalten und überwinden. Diese Aufgabe der Korrektur von Rechtsregeln darf unter keinen Umständen der Verwaltung – egal, ob es für diese eine Erleichterung oder Belastung wäre – zugewiesen werden.

Die Eigenarten des Rechts und der Verwaltung bedingen es, daß die Rechtsgebundenheit und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nur durch ein Zusammenspiel der *inneren* und *äußeren* Garantien gewährleistet werden können. Diese Feststellung kann beispielsweise anhand des Systems der Verantwortlichkeit der Verwaltung illustriert werden. Die Verwaltungsbediensteten sind in Ungarn für die Gesetzmäßigkeit ihrer Handlungen nach dem Arbeitsrecht verantwortlich (disziplinarische Verantwortlichkeit). Hierin ist eine innere Garantie zu sehen. In vielen kritischen Stellungnahmen wird betont, daß mit dieser Verantwortlichkeit grundsätzlich nur die aktive Gesetzwidrigkeit, nicht aber die passive sanktioniert wird. Die Haftung der Verwaltung für ihre Handlungen beschränkt sich positivrechtlich auf die aktiven Tätigkeiten, obwohl auch ein Unterlassen der Verwaltung der Gesetzmäßigkeit schwer schaden kann. Die wichtigsten Haftungsregeln enthält das ungarische Zivilgesetzbuch (Gesetz Nr. I/1977). Dieses läßt die Haftung für ein Unterlassen offen. Allein der Bericht des Justizministers über die Motive des Gesetzgebers verweist darauf, daß die hier auftretenden Probleme von der gerichtlichen Praxis beantwortet werden müssen. Die äußeren Garantien sind also auf dem Gebiet der Verantwortlichkeit des Verwaltungshandelns lückenhaft, dieser Mangel kann durch die sonst gut ausgebauten inneren Garantien nicht ausgeglichen werden.

#### IV.

#### *Die Formen der Normenkontrolle als Institution zur Verwirklichung der Gesetzmäßigkeit*

Die Methoden und Verfahren der Normenkontrolle beruhen auf der Überlegung, daß keine staatliche Handlung recht- und gesetzmäßig sein kann, wenn das Recht, zu dessen Verwirklichung die staatlichen Organe berufen sind, rechtswidrig ist. Es werden deshalb geeignete Mittel benötigt, um die Recht-, Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit der anzuwendenden Rechtsregeln überprüfen und die *Konsequenzen der Prüfung* geltend machen zu können. Die Rechtssysteme, die den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit beachten, wenden mehrere – sich wechselseitig ergänzende – Variationen der Normenkontrolle an, wobei davon ausgegangen wird, daß die Normenkontrolle allein eine volle Garantie der Gesetzmäßigkeit nicht darstellen kann. So haben sich bestimmte Typen der Normenkontrolle – wie die Normenkontrolle durch das Rechtsetzungsorgan oder durch den Rechtsanwender einerseits, die vorherige und die nachträgliche Normenkontrolle andererseits – herausgebildet. Im Hinblick auf die Verwaltung können diese Fallgruppen noch weiter spezifiziert werden, je nachdem, ob diese Formen als Methoden und Verfahren innerhalb oder außerhalb der Verwal-

tung angewendet werden. In der Verfassungsgeschichte Ungarns nach 1949 sind Beispiele für alle Typen der Normenkontrolle zu finden. Bis zur „Verfassungswende“ im Jahre 1989 waren jedoch zwei Lösungen charakteristisch und bestimmend. Die erste war die Überbetonung der prinzipiellen Bedeutung der Normenkontrolle durch das Rechtsetzungsorgan, die andere die Verdrängung der wirksamen äußeren Kontrollformen. Der Grund dieser Gestaltung war in der sozialistischen Konzeption der Einheit der Macht und der Ablehnung der staatsorganisatorischen Formen der Gewaltenteilung zu erblicken.<sup>41</sup> Daraus folgt natürlich, daß im Prozeß einer verfassungsmäßigen Systemveränderung, wenn die praktische Anwendung der Gewaltenteilungsprinzipien gerade betont wird, die Normenkontrolle durch die Rechtsetzungsorgane zurückgedrängt und parallel hierzu das Gewicht der *äußeren* Normenkontrolle gesteigert werden muß. Es ist bereits im Zusammenhang mit der neueren Entwicklung auf die Aufhebung der Normenkontrollkompetenz des Parlaments und die Errichtung eines Verfassungsgerichts hingewiesen worden.

Diese unter dem Gesichtspunkt der Gesetzmäßigkeit vielversprechenden Veränderungen können aber nicht zu der Schlußfolgerung führen, daß die eine oder die andere Form der Normenkontrolle zu verabsolutieren ist. Obwohl die äußere Normenkontrolle – insbesondere durch das Verfassungsgericht – von grundsätzlicher Bedeutung ist, wird die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ohne weitere Garantien schwerlich zu sichern sein. Die Notwendigkeit der gemeinsamen Anwendung verschiedener Kontrollformen bedeutet freilich nicht, daß alle die gleichen Aussichten und Möglichkeiten bieten. Es ist nämlich offenkundig, daß die vorherigen Kontrollverfahren die selbständige Kompetenzausübung desjenigen Organs begrenzen oder sogar verletzen, dessen Handlung die vorherige Kontrolle zum Gegenstand hat. Die sich nach der hierarchischen Ordnung richtende Normenkontrolle durch das Rechtsetzungsorgan ist dagegen letztlich mit dem Prinzip der Gewaltenteilung nicht zu vereinbaren. Im Rahmen der Möglichkeiten sind aber einheitliche Regelungen anzustreben, weil nur eine solche Lösung einer den Anforderungen der Gesetzmäßigkeit entsprechenden Rechtssicherheit dienen kann.

Sinnvoll ist unter diesem Aspekt zum Beispiel, eine besondere Form der Normenkontrolle, die Normenkontrolle durch den Rechtsanwender, ins Auge zu fassen. Das ungarische Rechtssystem hat nie – weder vor noch nach 1949 – die Möglichkeit als Grundregel anerkannt, daß Fragen der Verfassungsmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit von Rechtsregeln durch den Rechtsanwender (Richter oder Verwaltungsbedienstete) beurteilt werden. Gleichzeitig konnte aber die Notwendigkeit nicht verneint werden, daß der Rechtsanwender in konkreten Fällen selbst das anzuwendende Recht feststellen kann oder sogar muß. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn sich auf einen Sachverhalt mehrere Rechtsregeln beziehen und diese sich widersprechen (Kollision). In einer solchen Situation ist im Wege der *Auslegung* – also der *Rechtsanwendung* – eine Entscheidung darüber zu treffen, welcher der widerstreitenden Rechtsnormen der Vorrang gebührt. Die rechtsanwendende Bewertung von Normen besteht also unabhängig davon, ob diese durch die Rechtsordnung anerkannt wird oder nicht. Solange diese natürliche und notwendige Erscheinung kein selbständiges Institut darstellt – oder man sich nicht zu anderen Formen der Normenkontrolle ent-

<sup>41</sup> Vgl.: *Beér – Kovács – Szamel* (Anm. 2), S. 204 ff.

schließt –, kann die Bewertung und Überprüfung von Normen durch den Rechtsanwender nicht der Durchsetzung von Gesichtspunkten der Gesetzmäßigkeit dienen.

Das allgemeine ungarische Verfahrensrecht – das Gerichtsverfahrens- ebenso wie das Verwaltungsverfahrensrecht – kennt bereits lange Zeit die Möglichkeit der Aussetzung des Verfahrens, wenn die Entscheidung der Angelegenheit von der Klärung einer wichtigen Frage abhängt, deren Beurteilung nicht in die Kompetenz des zunächst zuständigen Organs fällt. Zu diesen Fallgruppen gehören nicht nur die problematischen Fragen der Beweisführung, obwohl der Gesetzgeber diese gewiß in erster Linie bei der Regulierung der Aussetzung in Betracht gezogen hat, sondern nach korrekter und gründlicher Auslegung des Gesetzwortlauts auch die Fälle, in denen Bedenken hinsichtlich der Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit der anzuwendenden Rechtsregeln auftauchen.<sup>42</sup> Nach kontinentaleuropäischer Tradition und positivem Recht kann der Rechtsanwender Fragen der Gesetzmäßigkeit von Rechtsnormen endgültig nicht entscheiden. Andererseits wäre eine Lösung unhaltbar, wonach der Rechtsanwender trotz seiner Überzeugung zur Anwendung einer unter Gesetzmäßigkeitsgründen bedenklichen Rechtsregel gezwungen wäre. Die Möglichkeit der Aussetzung hat aber nur dann einen Sinn, wenn ein Normenkontrollorgan besteht, das in den strittigen Fällen eine verbindliche Entscheidung treffen kann. In der ungarischen Rechtsordnung nach 1949 hat ein derartiges Organ lange Zeit nicht existiert bzw. haben sich die Regelungen hinsichtlich eines Normenkontrollverfahrens nicht herausgebildet, so daß von den theoretisch zur Verfügung stehenden Kompetenzen vor allem des Parlaments und des Präsidialrats kein Gebrauch gemacht werden konnte. Diese Lage hat sich erst mit der Konstituierung des durch die Verfassungsänderung von 1983 etablierten Verfassungsrates geändert.<sup>43</sup> Das Gesetz über den Verfassungsrat (Gesetz Nr. I/1984) gestattete, daß bei Zweifeln an der Gesetzmäßigkeit der in Rede stehenden Rechtsregeln jeder Rechtsanwender das Verfahren aussetzt und eine Entscheidung des Verfassungsrates beantragt. Das Gesetz bot aber hinsichtlich der Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit keine befriedigende Lösung an, weil dem Verfassungsrat im Falle der Verfassungswidrigkeit keine Entscheidungskompetenz eingeräumt war. Das nach der Verfassungsänderung von 1989 ins Leben gerufene Verfassungsgericht besitzt eine derartige Kompetenz, womit festzustellen ist, daß nunmehr die notwendigerweise existierende Normenkontrolle durch den Rechtsanwender und das für die Gesetzmäßigkeit richtige Erfordernis der Stabilität der Rechtsordnung übereinstimmen. Die Normenkontrolle durch das Verfassungsgericht und die sich in unmittelbarer – direkter Form – äußernde Normenkontrolle durch den Rechtsanwender ergänzen einander wirkungsvoll. Die Arbeit des Verfassungsgerichts bildet einerseits eine Voraussetzung für die Ausübung der unmittelbaren Normenkontrolle des Rechtsanwenders, andererseits kann die Aufmerksamkeit des Verfassungsgerichts durch die „Mitwirkung“ des Rechtsanwenders erhöht werden. Die unmittelbare Normenkontrolle des Rechtsanwenders vermindert nicht das Maß der Rechtsgebundenheit der Verwaltung. Der Rechtsanwender kann im Gegenteil zur Steigerung der Bindungswirkung der Rechtsregeln beitragen, da sich ihm die Mög-

<sup>42</sup> Rácz, Attila: Control of Norms and Law-application, *Acta Juridica* 25 (1983) 3–4, S. 400.

<sup>43</sup> Vgl.: Takács, Albert: Problems of the Protection of the Constitution, with Special Regard to the Constitutional Law Council, *Acta Juridica* 29 (1987) 1–2, S. 165 ff.

lichkeit bietet, an der Beseitigung der in der Rechtsordnung vorhandenen immanenten Widersprüche mitzuwirken. In dieser Hinsicht kann die Normenkontrolle durch den Rechtsanwender als ein Instrument betrachtet werden, das zur Sicherung der Rechtsgebundenheit der Verwaltung gut geeignet und wirkungsvoll ist.

## V.

### *Die Formen der Rechtsmittel und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*

Auch im Falle einer vollkommen harmonischen Rechtsordnung ist mit der Möglichkeit zu rechnen, daß die Rechtsregeln durch die Verwaltung fehlerhaft und unrichtig angewendet werden. Das Erfordernis der Gesetzmäßigkeit verlangt offensichtlich danach, daß Möglichkeiten institutionalisiert werden, die unrichtigen – „gesetzwidrigen“ – Akte der Verwaltung mit Hilfe von Rechtsmitteln zu korrigieren. Eine wirksame Tätigkeit der Verwaltung verlangt, daß die Verwaltung auch selbst nach ihrem Ermessen – natürlich nicht unbegrenzt – Abhilfe schaffen kann, wenn sie ihre fehlerhafte Rechtsanwendung rechtzeitig wahrnimmt. Die eigentliche Bedeutung der Rechtsmittelbefugnis liegt jedoch darin, daß die mit der Verwaltung in Kontakt getretenen Parteien über derartige Rechtsbehelfe verfügen, die die Verwaltung dazu verpflichten, eine als rechtswidrig erachtete Entscheidung zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren.

Die hinsichtlich einer Verwaltungsentscheidung zulässigen Rechtsbehelfe hat das ungarische Recht nach 1949 in erster Linie und grundsätzlich innerhalb der Verwaltung lokalisiert. Die Ansicht hat vieles für sich, wonach die verwaltungsinternen Rechtsbehelfe eher der Forderung nach einer schnellen und wirkungsvollen Arbeit der aktiven Leistungsverwaltung entsprechen. Die verwaltungsinternen Rechtsbehelfe sind also eine unentbehrliche Garantie der Gesetzmäßigkeit.<sup>44</sup> Gleichzeitig steht aber außer Zweifel, daß eben die Verwaltung eine Organisation ist, in der infolge des Interesses an einer aktiven und effektiven Aufgabenerfüllung auch die reale Gefahr besteht, daß die Gesichtspunkte der Rechtmäßigkeit gegenüber den Kriterien der Effektivität in den Hintergrund gedrängt werden. Unter dem Gesichtspunkt der Gesetzmäßigkeit kann nur das Rechtsbehelfssystem Garantien in vollem Umfang bieten, in dem die inneren durch äußere Rechtsbehelfsformen ergänzt werden. In dieser Hinsicht beinhaltet das Recht zur Einlegung eines Rechtsbehelfs also das Erfordernis, daß die Parteien auch in weitem Umfang äußere Rechtsmittel in Anspruch nehmen können. Die Verfassungsänderung des Jahres 1989 hat erstmals in der ungarischen Rechtsentwicklung das Recht zum Rechtsbehelf im allgemeinen geregelt und als *Grundrecht* ausgestaltet (§ 7 Abs. 5 und § 70/K). Infolge dieser Verfassungsbestimmung ist ein Streben des Gesetzgebers nach Gleichgewichtigkeit und Synchronität der inneren und äußeren Rechtsbehelfe zu konstatieren. Diese Absicht der Verfassung ist deshalb hervorzuheben, weil die positivrechtliche Ausführungsregelung heute noch hinter der richtunggebenden Verfassungsbestimmung zurückbleibt.

<sup>44</sup> Berényi, Sándor – Martonyi, János – Szamel, Lajos: Magyar államigazgatási jog. Általános rész (Ungarisches Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil), Budapest 1978, S. 438 f.

Hinsichtlich der gegen eine Entscheidung der Verwaltung zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe beinhaltet das Gesetz über das Verwaltungsverfahren (Gesetz Nr. IV/1957, geändert und ergänzt durch das Gesetz Nr. I/1981) die grundlegenden Vorschriften. Während der zeitlich verhältnismäßig langen Geltung des ungarischen Verwaltungsverfahrensgesetzes wurden charakteristische Änderungen im Hinblick auf eine Aufwertung der äußeren Rechtsbehelfe vorgenommen. Dieser Prozeß hat insbesondere in den letzten 1–2 Jahren Aufwind bekommen. Die bevorstehenden Organisations- und Strukturreformen der Verwaltung – insbesondere die neue Ausgestaltung der Selbstverwaltung – werden diesen Trend fortsetzen. Die inneren Rechtsbehelfe haben sich dagegen schon während der vergangenen Jahre als sehr stabil erwiesen. In dieser Hinsicht ist nicht mit bedeutenderen Veränderungen zu rechnen.

Von den stabilen inneren Rechtsbehelfen ist in erster Linie die gegen eine Verwaltungsentscheidung zulässige „Berufung“ wegen ihrer Garantiebedeutung für die Parteien zu erwähnen. Nach ungarischem Verwaltungsverfahrenrecht ist die „Berufung“ als ein allgemeiner Rechtsbehelf zu qualifizieren, weil die Einlegung dieses Rechtsbehelfs nur in sehr begrenztem Umfang ausgeschlossen ist. Laut Verfahrensgesetz ist eine „Berufung“ nur dann nicht zulässig, wenn die Regierung selbst oder eines ihrer Mitglieder in erster Instanz gehandelt hat und wenn spezielle Rechtsregeln – Gesetz oder Regierungsverordnung – die Berufungsmöglichkeit ausschließen, weil eine Änderung oder Aufhebung – Kassation – der Verwaltungsentscheidung unmittelbar bei Gericht beantragt werden kann. Der erste Ausschließungsgrund ist von praktischer Bedeutung, weil über der Regierung bzw. über den Regierungsmitgliedern kein weiteres übergeordnetes Verwaltungsorgan existiert, an das sich die Parteien mit ihrem Rechtsbehelf wenden könnten. Im zweiten Fall wird das Recht auf Einlegung eines Rechtsbehelfs in Wirklichkeit nicht beeinträchtigt, weil ein Gericht in der Sache entscheidet. Zur Einlegung der „Berufung“ ist im übrigen nicht nur der Adressat der Verwaltungsentscheidung, sondern jeder befugt, dessen Interessen durch sie betroffen sind. Um der sich durch die fehlerhafte Verwaltungsentscheidung ergebenden gesetzwidrigen Lage vorzubeugen – und damit auch zur Korrektur der gesetzwidrigen Verwaltungsentscheidung – ist es wichtig, daß die „Berufung“ im allgemeinen eine aufschiebende Wirkung im Hinblick auf die Vollziehung hat. Die Ausnahmen vom Suspensiveffekt sind eng begrenzt. Nach den Bestimmungen des Verfahrensgesetzes ist die Verwaltungsentscheidung unabhängig von einer „Berufung“ nur dann vollziehbar, wenn dies wegen einer bestehenden Lebensgefahr oder im Interesse der öffentlichen Sicherheit unbedingt nötig ist. Spezielle Rechtsregeln können die aufschiebende Wirkung der „Berufung“ in noch weiterem Umfang ausschließen, wozu das Verfahrensgesetz selbst eine Ermächtigung enthält. Derartige spezielle Regelungen sind z.B. im Wasserrecht zu finden, wo die Behörde die Vollziehung einer Entscheidung mit sofortiger Wirkung anordnen kann, wenn durch eine Verzögerung die Interessen der Wasserwirtschaft beeinträchtigt werden würden. Derartige Regelungen sind natürlich – wegen der Unbestimmtheit des Norminhaltes – zumindest problematisch.

Die „Berufung“ ist im übrigen nicht an bestimmte Gründe gebunden und kann dementsprechend wegen Rechtswidrigkeit der Entscheidung oder des Verfahrens, wegen Unzweckmäßigkeit oder Unbilligkeit der Entscheidung eingelegt werden. Auch eine Begründung der „Berufung“ ist nicht obligatorisch. Die mit der „Berufung“

angefochtene Verwaltungsentscheidung muß die Behörde innerhalb von 8 Tagen dem übergeordneten Organ zuleiten, es sei denn, sie nimmt die angefochtene Verwaltungsentscheidung zurück oder ändert bzw. ergänzt sie im Sinne des Berufungsantrags. Das die „Berufung“ zweitinstanzlich beurteilende, überprüfende Verwaltungsorgan kann die Entscheidung bestätigen oder aufheben sowie darüber hinaus ändern, und zwar sowohl zugunsten – *reformatio in melius* – wie zu Lasten – *reformatio in peius* – des Antragstellers. Im Gegensatz zu den Verfahrensgesetzen anderer Länder (z.B. Polen, Jugoslawien) bestehen in Ungarn praktisch keine Beschränkungen für eine Änderung zu Lasten der Partei. In der Literatur wurde bereits darauf hingewiesen,<sup>45</sup> daß diese Regelung ohne die Gewährleistung eines weiteren Rechtsbehelfs mit der Natur des der Partei eingeräumten Rechtsbehelfs schwerlich zu vereinbaren ist. Obwohl im ungarischen Verwaltungsverfahren nur die Möglichkeit einer einmaligen „Berufung“ vorgesehen ist, kann der „Revisionsantrag“ als spezieller Rechtsbehelf in Anspruch genommen werden. Der „Revisionsantrag“ gewährt einen Rechtsschutz geringeren Umfangs als die „Berufung“. Von einem „Revisionsantrag“ kann nur eine Partei Gebrauch machen, sonstige Betroffene dagegen nicht. Der „Revisionsantrag“ hat keine aufschiebende Wirkung. Der Kreis der Entscheidungen, gegen die dieser Rechtsbehelf zulässig ist, ist ebenfalls enger. Während mit der „Berufung“ sowohl die Entscheidungen in der Sache – meritorische Entscheidungen – als auch Teilentscheidungen – z.B. die Verhängung einer Geldbuße – anfechtbar sind, kann sich der „Revisionsantrag“ nur auf die Entscheidung in der Sache beziehen. Die Entscheidungskompetenz der den „Revisionsantrag“ beurteilenden Behörde ist auch begrenzter als im Falle einer „Berufung“, weil hier eine Kassation oder Änderung der Entscheidung ausgeschlossen ist, wenn hierdurch wohlverworbene Rechte beeinträchtigt würden bzw. wenn seit Eintritt der Bestandskraft der Verwaltungsentscheidung bereits ein Jahr vergangen ist.

Von den Möglichkeiten einer Abhilfe sind die Änderung und die Rücknahme der Entscheidung zu erwähnen. Beides kann von Amts wegen oder auf Antrag der Partei geschehen. Rechtssicherheit und Stabilität der Verwaltungsentscheidungen – als Teilelemente des Erfordernisses der Gesetzmäßigkeit – verlangen aber eine Beschränkung der Änderungs- und Rücknahmebefugnis. Deshalb schreibt das ungarische Verwaltungsverfahrensgesetz vor, daß eine derartige Abhilfe nur einmal möglich ist. Die Behörde kann aber auf Antrag der Partei ihre Entscheidung nur ändern oder zurücknehmen, wenn an der Sache keine Gegenpartei beteiligt ist.

Eine charakteristische Form der nur von Amts wegen erfolgenden Abhilfe ist die sog. Dienstaufsichtsmaßnahme. Zu Dienstaufsichtsmaßnahmen sind nur die übergeordneten Verwaltungsorgane befugt, und zwar ausschließlich bei rechtswidrigen Entscheidungen. In diesem Fall können sie die Entscheidung des untergeordneten Verwaltungsorgans abändern, aufheben oder ein Wiederaufgreifen des Verfahrens anordnen. Obwohl die Zulässigkeit von Dienstaufsichtsmaßnahmen beschränkt ist – sie sind z.B. nur gegen bestandskräftige Entscheidungen möglich –, ist dieser dienstliche, innerhalb der Behörden erfolgende Rechtsschutz unter mehreren Gesichtspunkten zu kritisieren. Bedenken bestehen insofern, als sie geeignet sind, die Selbständigkeit des untergeordneten Organs zu mindern und sogar eine latente Kompetenzent-

<sup>45</sup> Rácz, Attila: *Közigazgatás és törvényesség (Verwaltung und Gesetzmäßigkeit)*, Budapest 1990, S. 167.

ziehung zu bewirken. In dem System der Dienstaufsichtsmaßnahmen besteht immer eine zentralisierende Wirkung. Deshalb ist es wahrscheinlich, daß diese Form der Kontrolle mit einem gemischten Führungs- und Rechtsbehelfscharakter im Verlauf des Ausbaus der Selbstverwaltung in Ungarn geändert wird.

Als eine mit dem gesetzmäßigen Verwaltungshandeln in Zusammenhang stehende Garantie wurden bestimmte Maßnahmen der Staatsanwaltschaft nach 1949 in die ungarische Rechtsordnung eingeführt, nämlich das Instrument der sog. „allgemeinen Gesetzlichkeitsaufsicht“.<sup>46</sup> Den Rahmen der „allgemeinen Gesetzlichkeitsaufsicht“ umriß bereits die ursprüngliche Verfassung von 1949, eine Konkretisierung dieser Institution nahm indes erst eine Gesetzesverordnung des Präsidialrates aus dem Jahre 1953 vor. Diese rechtlichen Bestimmungen wurden 1972 präzisiert und neugefaßt. In dieser Fassung gelten sie grundsätzlich auch heute noch. Im Interesse einer gesetzmäßigen Tätigkeit der Verwaltung kann ein Staatsanwalt vor allem von dem Instrument der „Verwahrung“ (Protest) Gebrauch machen. Die „Verwahrung“ ist wegen angeblicher Rechtswidrigkeit sowohl gegen Einzelentscheidungen als auch Rechtsvorschriften der Verwaltung zulässig. Gleichzeitig mit der Einlegung der „Verwahrung“ kann der Staatsanwalt die Aussetzung – Suspendierung – der Rechtsfolgen des konkreten oder normativen Verwaltungsaktes beantragen. Das Recht – und die Pflicht –, über die „Verwahrung“ zu entscheiden, ist aber dem Verwaltungsorgan bzw. dem diesem übergeordneten Organ zugewiesen. Im Rahmen der allgemeinen Gesetzlichkeitsaufsicht kann der Staatsanwalt im Falle einer drohenden künftigen Gesetzwidrigkeit eine „Ermahnung“ aussprechen sowie bei Wahrnehmung einer gesetzwidrigen Praxis „Einspruch“ einlegen. In diesen Fällen bleibt es aber dem *Verwaltungsorgan* überlassen, eine Sachentscheidung zu treffen. Unter Berücksichtigung dieser Eigenheiten kann die allgemeine staatsanwaltschaftliche Aufsicht nicht als eine vollwertige äußere Garantie der Gesetzmäßigkeit erachtet werden, denn die Prüfung und endgültige Entscheidung über den angefochtenen Akt findet nicht außerhalb der Verwaltung, sondern innerhalb dieser statt. Die in letzter Zeit zunehmend kritischen Äußerungen im Hinblick auf den Wert der staatsanwaltschaftlichen Aufsicht finden neben deren beschränkter praktischer Bedeutung weitere Nahrung in dem Umstand, daß sie im Jahre 1949 die gerichtliche Verwaltungskontrolle abgelöst hat. So erscheint die allgemeine Gesetzlichkeitsaufsicht des Staatsanwalts bei Wiederherstellung der gerichtlichen Kontrolle als entbehrlich. Die radikalen Reformer möchten die Tätigkeit des Staatsanwalts auf das klassische Anklageverfahren beschränken, d.h. die mit der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zusammenhängenden Aufsichtsrechte völlig abschaffen.<sup>47</sup> Andere billigen der Staatsanwaltschaft für eine Übergangszeit eine „mitwirkende“ Rolle im Rahmen der Gesetzmäßigkeitsaufsicht zu.<sup>48</sup> Nach diesen Überlegungen wäre die endgültige Beurteilung von Gesetzmäßigkeitsfragen den Gerichten vorbehalten. Die Staatsanwaltschaft besäße dagegen nur die Befugnis, Klage bei Gericht einzureichen. Hinter dieser Vorstellung verbirgt sich

<sup>46</sup> Vgl.: *Holló, András: A közigazgatás ügyészi felügyeletének államjogi alapkérdései (Staatsrechtliche Grundfragen der staatsanwaltschaftlichen Aufsicht über die Verwaltung)*, Budapest 1989, S. 181 ff.

<sup>47</sup> Vgl.: *Prugberger, Tamás – Tóth, Antal: Igazságszol gáltatás, ügyészség (Justizwesen, Staatsanwaltschaft)*, Alkotmányjogi Füzetek 5–6, Budapest 1989, S. 113 ff.

<sup>48</sup> *Holló (Anm. 46)*, S. 233 f.

das Eingeständnis, daß die Staatsanwaltschaft in der Praxis der vergangenen 40 Jahre beträchtliche und nicht zu ersetzende Erfahrungen hinsichtlich der Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gesammelt hat und es unzweckmäßig wäre, hierauf zu verzichten, solange nicht die neuen Organe selbst über einen ähnlichen Erfahrungsschatz verfügen.

Eine *echte verwaltungsexterne* Kontrolle bietet die Institutionalisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. In diesem Falle erwirbt das Verwaltungsorgan ebenso wie der Betroffene während des Gerichtsverfahrens die Rechtsstellung einer Partei. Die der Beurteilung von außen immanente Objektivität – als ein garantierter Wert – ist ein Grund mehr, die Erledigung eines Rechtsstreits in einer Verwaltungssache in die Kompetenz eines mit Verfahrensgarantien gut ausgestatteten, unabhängigen Gerichts zu verlegen. Nicht zufällig hat schon Gneist – der Vater des Rechtsstaatsgedankens – im vergangenen Jahrhundert die Meinung geäußert, daß die Herrschaft des Rechts eben dadurch gewährleistet werden kann, daß die Tätigkeit der Verwaltung unter gerichtlicher Kontrolle steht.<sup>49</sup> Es ist offensichtlich, warum im Zuge der konstitutionellen Systemveränderung die Institutionalisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Vordergrund gerückt wurde. Offen geblieben ist jedoch bislang, in welchen organisatorischen Formen die Etablierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erfolgen soll. In Ungarn war bereits im vergangenen Jahrhundert (1896) ein selbständiges Verwaltungsgericht errichtet worden, und diese Institution existierte bis 1949 – praktisch bis zur Verabschiedung der Verfassung sozialistischen Typs. Mit dem Verschwinden des Verwaltungsgerichts ist aber nicht auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit – als Tätigkeit – verschwunden. Die ordentlichen Gerichte konnten in begrenztem Umfang bestimmte Verwaltungsentscheidungen auf Antrag der Partei überprüfen. Eine systematische Aufzählung der der unmittelbaren gerichtlichen Kontrolle unterworfenen Verwaltungsentscheidungen hat allerdings erst das Gesetz über das Verwaltungsverfahren aus dem Jahre 1957 gebracht. Als Hauptregel galt das Prinzip, daß Verwaltungsentscheidungen grundsätzlich nicht gerichtlich anfechtbar sind, es sei denn, ein Gesetz gestattet es ausdrücklich (Positivkatalog). Die Regelungsmethode des Positivkatalogs wurde auch bei der Änderung des Verfahrensgesetzes von 1981 aufrechterhalten. Ausgenommen wurde nur eine regelungstechnische Änderung, wonach die Bezeichnung der gerichtlich anfechtbaren Entscheidungen nicht mehr dem Gesetz selbst vorbehalten war, sondern aufgrund gesetzlicher Ermächtigung nunmehr auch von der Regierung vorgenommen werden konnte. Die Regierung normierte in einer Verordnung zunächst 23 Typen von Verwaltungsentscheidungen, in denen eine gerichtliche Kontrolle für zulässig erklärt wurde. Die Zahl dieser Fallgruppen wurde später stufenweise erhöht. Trotz der Ausdehnung kann allerdings nicht gesagt werden, daß die Parteien gegen sämtliche Verwaltungsentscheidungen gerichtlichen Rechtsschutz erlangen können, durch die ihre grundlegenden persönlichen, familiären und Vermögensverhältnisse berührt werden. Die unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten korrekte Lösung wäre vermutlich die Methode der *negativen Aufzählung*, wonach nur die Ausnahmen von der grundsätzlich möglichen gerichtlichen Kontrolle aufgelistet werden. Diese Übung ist wohl zweckmäßig, obwohl auch Beispiele dafür genannt werden können (z.B. Polen), daß die vor Gericht anfechtbaren

<sup>49</sup> Gneist, Rudolf: *A jogi állam* (Der Rechtsstaat), Budapest 1875, S. 28, 208 usw.

Verwaltungsentscheidungen trotz eines Positivkatalogs ein beträchtliches Ausmaß (90% sämtlicher Entscheidungen) annehmen können.<sup>50</sup> Die Ausarbeitung der die Verwaltungsgerichtsbarkeit betreffenden Rechtsnormen ist gegenüber der sonstigen Rechtsetzung im heutigen Ungarn – unverständlicherweise – etwas in den Hintergrund getreten. Diesbezügliche Vorstellungen sind bis heute nur in geringem Umfang veröffentlicht worden. Kaum zweifelhaft ist indes, daß die neue Regelung einen Negativkatalog einführen, d.h. eine den gerichtlichen Weg eröffnende Generalklausel beinhalten wird. Im Vergleich zur heutigen Regelung ist in der näheren Zukunft damit zu rechnen, daß der Ausschluß der richterlichen Kontrolle nur ausnahmsweise und in engen Grenzen erlaubt sein wird. Eine grundlegende Änderung ist also im Hinblick auf eine radikale Ausdehnung des sachlichen Umfangs der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu erwarten.

Im Vergleich zur Bestimmung des Kreises gerichtlich anfechtbarer Verwaltungsakte ist eine zwar sorgfältig zu erwägende, aber insgesamt weniger wichtige Frage, in welchen organisatorischen Formen die – materielle – Verwaltungsgerichtsbarkeit verwirklicht werden soll. Nach der heutigen Ordnung der positiven Enumeration verfahren in Verwaltungsstreitigkeiten die ordentlichen Gerichte. Die Zahl dieser Streitigkeiten ist verhältnismäßig gering. Für das Verfahren gelten die Regeln der ZPO entsprechend. Es ist unbestritten, daß die Regelungsmethode des Negativkatalogs zu einer Zunahme der gerichtlichen Verfahren führen würde. Diese Zunahme ist aber kein ausreichendes Argument für die Errichtung besonderer Verwaltungsgerichte. Die ungarische Tradition und die inspirierenden ausländischen Vorbilder weisen in die Richtung, daß parallel zur Kompetenzerweiterung der materiellen Verwaltungsgerichtsbarkeit auch deren institutionelle Verselbständigung für notwendig erachtet wird. Im Hinblick auf die Eigenheiten von Verwaltungsstreitigkeiten ist eine Spezialisierung sicherlich notwendig. Ohne besondere Schwierigkeiten vorstellbar erscheint aber auch eine Lösung, wonach eine Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Rahmen der *ordentlichen* Gerichte möglich ist. Bei einer derartigen Konstruktion würde die notwendige Spezialisierung dadurch gewährleistet, daß die Rechtsprechung in Verwaltungssachen von speziellen, besonderen Kollegien der ordentlichen Gerichte – nach dem Muster der Rechtsprechung in Straf- oder Zivilsachen – ausgeübt wird. Heute scheint es so, daß eine innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit vorgenommene Spezialisierung größere Chancen hat. Die bisher veröffentlichten Vorstellungen bewegen sich in diesem Rahmen. Die Frage ist indes noch nicht endgültig entschieden.<sup>51</sup>

Wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Zukunft in irgendeiner Form verwirklicht, ist eine grundlegende Änderung der Verfahrensvorschriften nicht zu erwarten. Es lohnt sich daher, die heute geltenden, wichtigeren Bestimmungen kurz zusammenzufassen. Die Partei kann sich nur dann an ein Gericht wenden, wenn sie die ihr zur Verfügung stehenden verwaltungsinternen Rechtsbehelfe (z.B. „Berufung“) schon ausgeschöpft hat. Eine gerichtliche Kontrolle ist also nur bezüglich bestands-

<sup>50</sup> Vgl. dazu: *Kuss, Klaus-Jürgen: Gerichtliche Verwaltungskontrolle in Osteuropa*, Baden-Baden 1990, S. 303 ff.

<sup>51</sup> Vgl.: Entwurf eines Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (Manuskript des Ministeriums für Justiz), Budapest, Dezember 1989.

kräftiger Verwaltungsentscheidungen möglich. Daraus folgt, daß die gegen eine Verwaltungsentscheidung erhobene Klage nicht automatisch eine aufschiebende Wirkung entfaltet. Die Aussetzung der Vollziehung kann das Gericht – durch einen besonderen Bescheid – nach seinem Ermessen anordnen, und zwar sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag der Partei. Wenn das Gericht die in Rede stehende Entscheidung für rechtswidrig erachtet, hebt es sie grundsätzlich auf und verpflichtet das Verwaltungsorgan zur Durchführung eines neuen Verfahrens. Zur Abänderung der Verwaltungsentscheidung hat das Gericht normalerweise keine Befugnis; eine Ausnahme kann aber durch Gesetz oder Regierungsverordnung vorgesehen werden. Gegen das Urteil des Gerichts ist eine einmalige Berufung zulässig. Das rechtskräftige Urteil des Gerichts ist für das Verwaltungsorgan verbindlich. Die „Urteilsgebundenheit“ des Verwaltungsorgans bedeutet, daß in derselben Sache ein neues Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ausgeschlossen ist und das Verwaltungsorgan in der konkreten Angelegenheit keine Entscheidung treffen darf, die gegen den Inhalt des Gerichtsurteils verstößt.

Die sich auf die gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen beziehenden ungarischen Rechtsnormen folgen dem klassischen Modell insofern, als die Verwaltungsgerichtsbarkeit einen subjektiven Rechtsschutz bietet.<sup>52</sup> Diese Tatsache steht in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes, welches vorschreibt, daß ein Antrag auf gerichtliche Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung nur im Falle einer Rechtswidrigkeit zulässig ist und diese Befugnis nur der Partei zusteht. Die moderne Verwaltung trifft aber immer eine größere Anzahl von Entscheidungen, die zwar keine bestimmten Adressaten haben – d.h. keine konkrete Person Partei ist –, aber trotzdem die Rechte oder rechtmäßigen Interessen einer – vorher unbestimmbaren – Gruppe von Menschen berühren (z.B. die Pläne). Gegen derartige Verwaltungsentscheidungen können die betroffenen Personen das Gericht nicht anrufen, weil sie nach dem geltenden ungarischen Recht nicht die Fähigkeit besitzen, einen Prozeß einzuleiten. Es ist aber ganz offensichtlich, daß der gerichtliche Rechtsschutz hinsichtlich gemeinschaftlicher Rechte eine große Bedeutung haben kann. Es ist deshalb zu überlegen, ob die künftige ungarische Rechtssetzung den gerichtlichen Rechtsschutz mit der Gewährleistung einer „Popularklage“ in Richtung eines *objektiven* Rechtsschutzes weiterentwickeln sollte.

---

<sup>52</sup> Takács, Albert: Az alkotmányosság és a törvényesség védelme bíróságok útján (Schutz der Verfassungsmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit durch Gerichte), *Jugtudományi Közlöny* XLIV (1989) 9, S. 454 f.





PETER WEIDES

## **Kommunalrecht der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung des nordrhein-westfälischen Gemeinderechts\*<sup>1</sup>**

### *1. Verfassungsrechtliche Gewährleistung der gemeindlichen Selbstverwaltung (nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG)*

Das Grundgesetz hat sich für föderale Staatsstrukturen entschieden. Es regelt Aufgaben und Befugnisse des Gesamtstaates (Bund) und der Gliedstaaten (Länder) und darüber hinaus auch die Grundstruktur der Gliedstaaten selbst. Dazu gehört regelmäßig die Gliederung der Länder in Gemeinden. Der Bund übernimmt gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG sogar die Gewähr dafür, daß die Länder ihren Gemeinden das Recht gewährleisten, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln (Selbstverwaltung). Das Land Nordrhein-Westfalen beispielsweise hat in Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages die kommunale Selbstverwaltung in seine Landesverfassung aufgenommen (Art. 78 nwLVerf).

Hier stellt sich die Frage, welches verfassungsrechtliche Leitbild der Schaffung der Gemeinden zugrunde liegt. Mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der verfassungsrechtliche Grund zum Zusammenschluß von Menschen zu einer öffentlich-rechtlichen Gemeinde darin zu erblicken, den Bürgern die Chance oder Möglichkeit einer demokratischen Selbst- und Mitbestimmung in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu geben. Die Gemeinden sind für den demokratischen Staatsaufbau grundlegend.<sup>2</sup>

Die Zurückhaltung des Verfassungsgebers bei der Schaffung unmittelbar demokratischer Elemente (Volksbegehren, -befragung, -entscheid) im Grundgesetz wird durch die Verankerung der kommunalen Selbstverwaltung auf örtlicher Ebene ausgeglichen. Die Einrichtung der Selbstverwaltung ist mit wirklicher Verantwortlichkeit ausgestattet, die den Bürgern eine wirksame Teilnahme an den Angelegenheiten des Gemeinwesens ermöglicht.<sup>3</sup>

\* Herrn Assessor *Michael Kremke*, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, danke ich für tatkräftige Mithilfe.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu die folgenden Darstellungen zum Kommunalrecht: *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Kommunalrecht, in: *Besonderes Verwaltungsrecht*, hrsg. v. *Ingo von Münch*, 8. Aufl. 1988, S. 97 ff.; *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, hrsg. von *Günter Püttner*, Bde. 1–6, 2. Aufl. 1981 ff.; *Hans-Uwe Erichsen*, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 1988; zu den Gemeindeverfassungen der übrigen (alten) Bundesländer sowie zu deren Verfassungen – soweit sie das Kommunalrecht betreffen – vgl.: *Die Gemeindeordnungen und die Kreisordnungen in der Bundesrepublik Deutschland*, bearb. von *Gerd Schmidt-Eichstaedt* (u. a.), Loseblattslg.

<sup>2</sup> BVerfGE 11, 266 (276); 79, 127 (149–150); *Schmidt-Aßmann*, Kommunalrecht, in: *Besonderes Verwaltungsrecht*, hrsg. v. I. v. Münch, 8. Aufl. 1988, S. 110.

<sup>3</sup> BVerfGE 79, 127 (150).

Die kommunalen Verwaltungsstrukturen in den Bundesländern wurden bis zum Ablauf des Jahres 1974 den heutigen Erfordernissen einer effizienten Leistungsverwaltung angepaßt, geleitet von dem Bestreben, durch Schaffung größerer und leistungsfähigerer kommunaler Verwaltungseinheiten die Lebensverhältnisse in den ländlichen Räumen an die in den städtischen Ballungsgebieten anzugleichen, soweit sich dies tatsächlich überhaupt durchführen läßt. In dem bevölkerungsreichsten Flächenland, dem Land Nordrhein-Westfalen mit ca. 16,7 Millionen Einwohnern und einer Fläche von ca. 34 096 Quadratkilometern wurde die Zahl der Gemeinden und Kreise stark verringert. In diesem Bundesland sind heute nur noch 23 kreisfreie Städte und 31 Kreise mit insgesamt 373 kreisangehörigen Gemeinden vorhanden.

In den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein blieben kleinere, verwaltungsschwache Gemeinden größtenteils bestehen, wurden aber zu Gemeindeverbänden (Verwaltungsgemeinschaften in Baden-Württemberg und Bayern, Verbandsgemeinden in Rheinland-Pfalz, Samtgemeinden in Niedersachsen und Ämter in Schleswig-Holstein) zusammengefaßt, die die Mitgliedsgemeinden bei der Erledigung der ihnen verbleibenden Verwaltungszuständigkeiten vor allem im Rahmen der örtlichen Bauleitplanung und Abgabenerhebung mit hauptamtlichem Verwaltungspersonal fachkundig unterstützen.

Nachfolgend werden gerafft die diesbezüglichen Daten mitgeteilt:

Baden-Württemberg:	Fläche 35 751 km <sup>2</sup> , ca. 9,3 Mio. Einwohner, 9 kreisfreie Städte, 35 Kreise, 1102 kreisangehörige Gemeinden, von denen 922 in 272 Verwaltungsgemeinschaften gruppiert sind.
Bayern:	Fläche: 70 553 km <sup>2</sup> , ca. 10,9 Mio Einwohner, 25 kreisfreie Städte, 71 Landkreise, 2026 kreisangehörige Gemeinden, von denen 1068 in 341 Verwaltungsgemeinschaften zusammengefaßt sind.
Hessen:	Fläche: 21 114 km <sup>2</sup> , ca. 5,5 Mio Einwohner, 5 kreisfreie Städte, 21 Landkreise, 421 kreisangehörige Gemeinden.
Niedersachsen:	Fläche: 47 439 km <sup>2</sup> , ca. 7,2 Mio Einwohner, 9 kreisfreie Städte, 38 Landkreise, 1021 kreisangehörige Gemeinden, von denen 7448 in 142 Samtgemeinden gruppiert sind.
Nordrhein-Westfalen:	Fläche: 34 096 km <sup>2</sup> , ca. 16,7 Mio Einwohner, 23 kreisfreie Städte, 31 Landkreise, 373 kreisangehörige Gemeinden.
Rheinland-Pfalz:	Fläche: 19 848 km <sup>2</sup> , ca. 3,6 Mio. Einwohner, 12 kreisfreie Städte, 24 Landkreise, 2291 kreisangehörige Gemeinden, von denen 2253 in 136 Verbandsgemeinden zusammengefaßt sind.
Saarland:	Fläche: 2569 km <sup>2</sup> , ca. 1,0 Mio Einwohner, 6 Landkreise, 52 kreisangehörige Gemeinden.
Schleswig-Holstein:	Fläche: 15 728 km <sup>2</sup> , ca. 2,6 Mio Einwohner, 4 kreisfreie Städte, 11 Landkreise, 1127 kreisangehörige Gemeinden, von denen 1268 in 119 Ämter gruppiert sind.

In den fünf neuen Bundesländern bestehen noch die hergebrachten kommunalen Verwaltungsstrukturen, die dringend einer Neuordnung zur Stärkung der kommunalen Verwaltungskraft bedürfen. Dies zeigen die nachfolgenden Grunddaten:

Mecklenburg-Vorpommern:	Fläche: 15 728 km <sup>2</sup> , ca. 2,6 Mio Einwohner, 4 kreisfreie Städte, 11 Landkreise, 1127 kreisangehörige Gemeinden.
Brandenburg:	Fläche: 28 016 km <sup>2</sup> , ca. 2,7 Mio Einwohner, 6 kreisfreie Städte, 38 Landkreise, 1762 kreisangehörige Gemeinden.
Sachsen-Anhalt:	Fläche: 20 297 km <sup>2</sup> , ca. 3,0 Mio Einwohner, 3 kreisfreie Städte, 37 Landkreise, 1339 kreisangehörige Gemeinden.
Sachsen:	Fläche: 17 713 km <sup>2</sup> , ca. 5,0 Mio Einwohner, 6 kreisfreie Städte, 48 Landkreise, 1616 kreisangehörige Gemeinden.
Thüringen:	Fläche: 15 209 km <sup>2</sup> , ca. 2,5 Mio Einwohner, 5 kreisfreie Städte, 35 Landkreise, 1604 kreisangehörige Gemeinden.

Neben der kommunalen Selbstverwaltung als einer Form dezentraler Verwaltung zur eigenverantwortlichen Erledigung öffentlicher Angelegenheiten durch Organe, die vom Volk in den Gemeinden und Kreisen gemäß Art. 28 Abs. 2 GG konstituiert werden, existieren weitere Formen einer nichtkommunalen Selbstverwaltung, zu denen sich das Grundgesetz nur verhalten äußert, da es die Gestaltung der öffentlichen Verwaltung weitgehend den Bundesländern überläßt. Hauptsächlichste Erscheinungsformen sind die berufsständische Selbstverwaltung (vor allem Kammern der freien Berufe), die wirtschaftliche Selbstverwaltung (Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern) und die sozialversicherungsrechtliche Selbstverwaltung in Gestalt von Personalkörperschaften.<sup>4</sup>

Zur Selbstverwaltung der Gemeinden gehört die Demokratisierung des gemeindlichen Verwaltungshandelns nach Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG. Das Volk muß in den Gemeinden eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. Weiterhin stellen die Gemeinden im staatsorganisatorischen Aufbau mit seiner vertikalen Gliederung die unterste Gliederungsstufe dar. Das Grundgesetz hat sich für eine dezentralisierte Form zur eigenberechtigten Erledigung öffentlicher Angelegenheiten durch Organe, die von örtlichen Gemeinschaften konstituiert werden, entschieden.<sup>5</sup>

## 2. Institutionelle Rechtssubjektsgarantie

Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG beinhaltet, daß es das Rechtsinstitut Gemeinde geben muß. Es wird also zunächst das Rechtssubjekt Gemeinde als Einrichtung garantiert. Die Garantie ist jedoch als generelle und nicht als individuelle Bestandsgarantie aus-

<sup>4</sup> Vgl. dazu *Peter Weides*, Selbstverwaltung, in: Staatslexikon, 7. Aufl., Band 4, Freiburg i.Br. 1988, Sp. 1163–1169.

<sup>5</sup> Enquete-Kommission Verfassungsreform, Schlußbericht, BT-Drucksache 7/5924, S. 220.

gestaltet.<sup>6</sup> Das bedeutet, Gemeinden müssen vorhanden sein, jedoch kann das Gemeindegebiet oder der Bestand einer Gemeinde geändert werden.

### 3. Rechtsgarantie der Institution gemeindliche Selbstverwaltung

Die Gemeinden sind in ihrem örtlichen Wirkungsbereich für alle öffentlichen Aufgaben – subsidiär – zuständig (Allzuständigkeit). Ihr Aufgabenbestand ist allumfassend und nicht von einer (bundes- oder landes-)gesetzlichen Zuweisung abhängig (Universalität).<sup>7</sup>

Diese Angelegenheiten der kommunalen Selbstverwaltung sind im Sinne einer politisch soziologischen Wertung zu verstehen. Es sind solche öffentlichen Aufgaben, die in der örtlichen Verbundenheit der Einwohner und damit in dem Zusammenleben der Menschen in der Gemeinde (örtliche Gemeinschaft) ihre Wurzel haben, somit aus dem Raum der Gemeinde stammen oder auf die örtliche Gemeinschaft einen spezifischen Bezug haben.<sup>8</sup> Derartige Selbstverwaltungsaufgaben sind den Gemeindebewohnern gerade als solchen gemeinsam, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der politischen Gemeinde betreffen. Für die Zuordnung einer öffentlichen Aufgabe zu den Selbstverwaltungsaufgaben kommt es nicht auf die Verwaltungskraft der konkreten Gemeinde an.<sup>9</sup> Das Leistungsvermögen der Gemeinden stellt jedoch die äußere Grenze für die Inangriffnahme und Besorgung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft dar.<sup>10</sup>

Die Gemeinden sind zur eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte im Bereich der Selbstverwaltungsaufgaben befugt, jedoch nur im Rahmen der Gesetze. Dies folgt aus dem Gesetzesvorbehalt des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG (vgl. hierzu auch Art. 20 Abs. 3 GG: Gesetzmäßigkeit der Verwaltung). Innerhalb des gesetzlichen Rahmens kann die Gemeinde so handeln, wie sie es für zweckmäßig hält. Weisungen staatlicher Hoheitsträger hinsichtlich der Zweckmäßigkeit kommunalen Handelns sind somit unzulässig. Dem Staat steht es jedoch offen, seine Vorstellungen zur Zweckmäßigkeit des kommunalen Handelns in Gesetze zu kleiden, um so den Handlungsspielraum der Gemeinden einzuengen.<sup>11</sup>

Eine eigenverantwortliche Geschäftsführung der Gemeinde im örtlichen Wirkungsbereich setzt von Verfassungs wegen folgendes voraus: Die Gemeinde muß körperschaftlich organisiert sein (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG). Die Gemeinde ist eine Gebietskörperschaft, die Mitgliedschaft des einzelnen folgt aus der bloßen Wohnsitznahme im Gemeindegebiet, die die Rechtsstellung des Einwohners begründet. Der Einwohner erwirbt das aktive Wahlrecht zur Volksvertretung (= Rat) in der Gemeinde, wenn er am Wahltag Deutscher i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG und 18 Jahre alt

<sup>6</sup> BVerfGE 50, 50–56; für Nordrhein-Westfalen. §§ 14–17 nwGO.

<sup>7</sup> BVerfGE 56, 298 (312).

<sup>8</sup> BVerfGE 8, 122 (134); 50, 195 (201); 52, 95 (120).

<sup>9</sup> BVerfGE 79, 127 (151–152).

<sup>10</sup> Für Nordrhein-Westfalen § 18 Abs. 1: Die Gemeinden schaffen innerhalb der Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen; § 62 Abs. 1 Satz 1 nwGO: Die Gemeinde hat ihre Haushaltswirtschaft so zu planen und zu führen, daß die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist.

<sup>11</sup> Vgl. zu den Grenzen der Beschränkungen durch Gesetze unten 4.

ist sowie mindestens seit 3 Monaten in dem Wahlgebiet (Gemeindegebiet) wohnt. Jeder wahlberechtigte Einwohner (Bürger) ist wählbar. Die Hoheitsmacht (Herrschaftsgewalt) der Gemeindeorgane erstreckt sich auf alle Personen, die sich im Gemeindegebiet aufhalten (Gebietshoheit).<sup>12</sup> Der Volksvertretung der Gemeinde (Rat) steht als Steuerungsinstrument die Befugnis zur autonomen Rechtssetzung zu (Satzungsautonomie). Weiterhin muß die Gemeindevertretung die Befugnis haben, Richtlinien für die Organisation und die Ziele des gemeindlichen Verwaltungshandelns zu bestimmen (Organisations- und Verwaltungshoheit). Zur Verwaltung benötigt die Gemeinde Personal. Als Selbstverwaltungskörperschaft besitzt jede Gemeinde die Personalhoheit, also die Fähigkeit, Personal auszuwählen, einzustellen, zu versetzen und zu entlassen. Gemeinden haben die Dienstherrnfähigkeit und damit das Recht, Beamte einzustellen, also Personen, die zur Gemeinde in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis (Beamtenverhältnis) stehen und gemäß Art. 33 Abs. 4 GG hauptsächlich als ständige Aufgabe die hoheitsrechtlichen Befugnisse der Gemeinde ausüben. Sie beschäftigen darüber hinaus Angestellte und Arbeiter, die vor allem die vielfältigen nichthoheitlichen bzw. nur schlichthoheitlichen Gemeindeaufgaben wahrnehmen. Die Personalhoheit ist weitgehend vorgeprägt durch staatliche Rechtsvorschriften (Beamtenrechtsrahmengesetz des Bundes, Landesbeamtengesetz, Landesdisziplinarordnung, Bundesbesoldungsgesetz, Landespersonalvertretungsgesetz) sowie durch Tarifverträge mit den Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes. Den Gemeinden verbleibt jedoch die eigenverantwortliche Konkretisierung der Personalhoheit durch Einzelfallentscheidungen.

Ferner besitzen die Gemeinden die Planungshoheit über das Gemeindegebiet. Die Planungshoheit wird unter Berücksichtigung staatlicher Vorgaben in Gestalt der Landes- und Fachplanungen in der Form von vorbereitenden Bauleitplänen (Flächennutzungsplänen) und verbindlichen Bauleitplänen (Bebauungsplänen) nach Maßgabe des bundesrechtlichen Baugesetzbuchs auf der Grundlage einer gemeindeinternen Entwicklungsplanung ausgeübt.<sup>13</sup>

Im Rahmen ihrer Selbstverwaltungsaufgaben haben die Gemeinden auch das Recht zur wirtschaftlichen Betätigung<sup>14</sup> und zur Beteiligung an privatrechtlich organisierten Unternehmen und Vereinigungen.

Den Gemeinden steht zur Finanzierung ihrer Aufgaben die Finanz- und Abgabenhochheit zu. Sie führen die Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft eigenverantwortlich im Rahmen der Gesetze, gestützt auf Garantien der Bundesverfassung (GG) und der Landesverfassung für eine angemessene Finanzausstattung.<sup>15</sup> Das Land nimmt jedoch starken Einfluß auf die Besorgung aktueller Gemeindeaufgaben durch Mischfinanzierungen und Zweckzuweisungen.

Sofern und soweit die Gemeinden die eigenverantwortliche Geschäftsführung der Selbstverwaltungsangelegenheiten im Rahmen der Gesetze wahrnehmen, ist die Staatsaufsicht des jeweiligen Landes über dieses Gemeindehandeln auf eine bloße

<sup>12</sup> Vgl. BVerfGE 52, 95 (117 f.).

<sup>13</sup> Vgl. BVerfGE 56, 289 (312 f.).

<sup>14</sup> S. dazu unten 10.

<sup>15</sup> S. dazu unten 9.

Rechtskontrolle beschränkt. Die Rechtskontrolle ist in der Regel als nachträgliche (repressive) Form einer allgemeinen Kommunalaufsicht und nur nach besonderer gesetzlicher Regelung als vorbeugende (präventive) in Form von Genehmigungsvorbehalten ausgestaltet.<sup>16</sup>

#### 4. Reichweite des gesetzlichen Beschränkungsverbahalts

Die gemeindliche Selbstverwaltung steht unter dem gesetzlichen Beschränkungsverbahalt des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Hier erhebt sich die verfassungsrechtliche Frage, wieweit der Bundes- oder Landesgesetzgeber den Spielraum der Selbstverwaltung durch Gesetze einengen darf. In den Kernbereich der Selbstverwaltung darf der Gesetzgeber nicht eingreifen, ihn muß er unangetastet lassen. Zum Kernbereich der Selbstverwaltung zählen die typischen Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinde sowie ihre wesentlichen Organisationselemente. Dies sind solche Bestandteile, die man nicht aus der Institution „Gemeinde“ entfernen kann, ohne damit deren Struktur und Typus zu verändern. Zum Kernbereich der gemeindlichen Aufgaben gehören die oben erläuterten Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, das sind die Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln. Diese Angelegenheiten sind den Gemeindeeinwohnern als solchen gemeinsam, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen. Auch kommt es für die Bestimmung der Angelegenheiten auf die Verwaltungskraft der Gemeinde nicht an.<sup>17</sup> Die geschichtliche Entwicklung und die verschiedenen historischen Erscheinungsformen der gemeindlichen Selbstverwaltung werden bei der verfassungsrechtlichen Prüfung berücksichtigt, ob eine gesetzliche Beschränkung in vertretbarer Weise den Rahmen ausfüllt, den Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG mit dem unbestimmten Verfassungsbegriff „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ festlegt.<sup>18</sup> Jedoch garantiert Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG nicht ein ein für allemal feststehendes Aufgabenfeld im Sinne eines Status quo der örtlichen Angelegenheiten.<sup>19</sup>

Weiterhin läßt sich aus dem Wesensgehalt gemeindlicher Selbstverwaltung kein bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Katalog gemeindlicher Selbstverwaltungsaufgaben ableiten. Hingegen sind die Gemeinden befugt, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen, die nicht durch Gesetz bereits anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind.<sup>20</sup>

Neben dem Kernbereich der Aufgaben haben die Gemeinden Kernbefugnisse zur eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte inne. Kernbefugnisse sind hinreichend gewichtige Selbstverwaltungsangelegenheiten, wie Gebiets-, Organisations- und Verwaltungshoheit, Satzungshoheit, Personalhoheit, Finanz- und Abgabenhochheit und Planungshochheit.

Nur durch oder aufgrund eines Parlamentsgesetzes darf die gemeindliche Selbstverwaltung jenseits ihres Kernbereiches beschränkt werden. Der Gesetzesverbahalt

<sup>16</sup> Vgl. dazu unten 8 a.

<sup>17</sup> BVerfGE 8, 122 (134); 79, 127.

<sup>18</sup> BVerfGE 79, 127 (154).

<sup>19</sup> BVerfGE 26, 228 (238).

<sup>20</sup> BVerfGE 79, 127 (146 f.).

des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG umfaßt zum einen die Art und Weise der Erledigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft und erstreckt sich zum anderen auf die gemeindliche Zuständigkeit für diese Angelegenheiten.<sup>21</sup>

Ob ein Aufgabenentzug durch den Gesetzgeber verfassungsgemäß ist, beurteilt sich anhand des Vertretbarkeitskriteriums und nicht mehr gemäß dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Letzteres findet nur noch Anwendung bei gezielten Eingriffen des Staates (Bund, Land) in die Rechtssphäre bestimmter einzelner Gemeinden.<sup>22</sup> Denn ihm kommt eine die individuelle Rechts- und Freiheitssphäre verteidigende Funktion zu.<sup>23</sup> Daher kann das damit verbundene Denken in den Kategorien von Freiheit und Eingriff nicht allgemein auf Kompetenzabgrenzungen übertragen werden.<sup>24</sup> Gestaltet der Gesetzgeber mithin die Institution Gemeinde aus, ist das Korsett der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu eng und wird dem politischen Entscheidungsfreiraum des Gesetzgebers nicht gerecht. Da sich das Grundgesetz gerade gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG für eine dezentrale Aufgabenansiedlung entschieden hat, werden die Abwägungskriterien der Wirtschaftlichkeit und der Verwaltungsvereinfachung für staatliche Beschränkungen des kommunalen Aufgaben- und Handlungsbereiches nicht den Ausschlag geben. Die gesetzgeberische Entscheidung ist jedoch nicht nur auf das Fehlen von sachfremden Erwägungen zu überprüfen. Sie muß darüber hinaus auch vertretbar sein,<sup>25</sup> wobei sich das Kriterium der Vertretbarkeit auf ihre tatsächlich-einschätzenden sowie auf die rechtlich bewertenden Elemente bezieht. Danach sind gesetzliche Beschränkungen des gemeindlichen Aufgabenbereichs im Randbereich nur dann zulässig, wenn und soweit schutzwürdige überörtliche Interessen diese Einschränkung fordern und den Kernbereich der Selbstverwaltung unangetastet lassen. Denn Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG enthält auch außerhalb des Kernbereichs der Selbstverwaltungsgarantie ein verfassungsrechtliches Aufgabenverteilungsprinzip für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zugunsten der Gemeinden, das der zuständigkeitsverteilende Gesetzgeber zu berücksichtigen hat. Eine Aufgabe mit relevantem örtlichen Charakter darf der Gesetzgeber den Gemeinden nur aus Gründen des Gemeininteresses etwa dann entziehen, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre, und wenn die den Aufgabenentzug tragenden Gründe gegenüber dem verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilungsprinzip überwiegen.<sup>26</sup>

##### 5. Subjektive Rechtsstellungsgarantie und Rechtsschutzmöglichkeiten der Gemeinden

Den Gemeinden steht nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG i. V. m. §§ 13 Nr. 8 a, 91 BVerfGG (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) die kommunale Verfassungsbeschwerde zu.<sup>27</sup> Die Gemeinden haben ein subjektiv-öffentliches Recht auf Durchfüh-

<sup>21</sup> BVerfGE 79, 127 (143–146).

<sup>22</sup> BVerfGE 76, 107 (119 f.); 56, 298 (313).

<sup>23</sup> Vgl. BVerfGE 79, 311 (341).

<sup>24</sup> Vgl. BVerfGE 81, 310 (338).

<sup>25</sup> BVerfGE 79, 127 (154).

<sup>26</sup> BVerfGE 79, 127 (150 ff.).

<sup>27</sup> Zum Rechtsschutz der Gemeinde gegenüber Maßnahmen der staatlichen Verwaltung (insbes. Verwaltungsakten) siehe unten 8a.

rung einer (verfassungs-)gerichtlichen Rechtskontrolle gegenüber staatlichen Rechtsvorschriften (Gesetzen und Rechtsverordnungen).<sup>28</sup> Gestützt wird die Verfassungsbeschwerde auf die Einrichtungsgarantie der Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Dieser Kontrollmaßstab läßt sich in die institutionelle Rechtssubjektgarantie (Gewährleistung der öffentlich-rechtlich bestimmten Organisation der Gemeinde) und ihrer selbständigen Rechtsinstitutionsgarantie (Gewährleistung der Institution „Gemeindliche Selbstverwaltung“) mit einem universalen Aufgabenbereich, den damit verknüpften Rechten zur eigenverantwortlichen Selbstverwaltung und der Möglichkeit einer Beschränkung nach Maßgabe einer parlamentsgesetzlichen Regelung unterscheiden. Diese Garantien sind objektiv-rechtliche Konstruktionsprinzipien für die gemeindliche Selbstverwaltung, ohne selbst Grundrechtscharakter zu haben.

Neben ihrem Recht auf Selbstverwaltung sind die Gemeinden nicht grundrechtsfähig. Sie können sich bei der Wahrnehmung von öffentlich-rechtlichen Aufgaben und Befugnissen i.S.v. Art. 28 Abs. 2 GG nicht auf die Grundrechte berufen. Dies gilt auch für die Besorgung von öffentlich-rechtlichen Aufgaben in privatrechtlicher Form. Obwohl die Gemeinden inländische juristische Personen sind, gelten die Grundrechte auch nicht für das fiskalische Handeln der Gemeinde gemäß Art. 19 Abs. 3 GG. Nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>29</sup> entfällt die Grundrechtsfähigkeit, da es an einer grundrechtstypischen „Gefährdungslage“ fehle. Kommunale Sparkassen, die als Erscheinungsform einer mittelbaren Kommunalverwaltung in der Rechtsform einer selbständigen Anstalt des öffentlichen Rechts betrieben werden, können sich gleichfalls nicht auf Grundrechte berufen.<sup>30</sup> Selbst kommunale Energieversorgungsunternehmen in privatrechtlicher Form mit maßgeblicher Beteiligung einer Gemeinde besitzen keine Grundrechtsfähigkeit.

Die kommunale Verfassungsbeschwerde dient der Verteidigung der objektiv-rechtlichen Gewährleistung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gegenüber staatlichen Rechtsvorschriften. Sie stellt eine Sonderform der objektiven Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht zur Prüfung von Bundes- oder Landesgesetzen dar. Denn die Beschwerdebefugnis ist auf die Möglichkeit der Verletzung des Selbstverwaltungsrechts eingeschränkt. Die Prüfungsbefugnis korrespondiert mit der eingeschränkten Beschwerdebefugnis und ist zeitlich eingegrenzt.

Die kommunale Verfassungsbeschwerde tritt gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b 2. Halbs. GG, §§ 13 Nr. 8 a, 91 BVerfGG gegenüber einer nach dem Landesrecht stattfindenden Verfassungsbeschwerde zurück (Subsidiarität). Für das Land Nordrhein-Westfalen eröffnet Art. 75 Nr. 4 nwLVerf, §§ 12 Nr. 8, 52 nwVGHG (Gesetz über den Verfassungsgerichtshof für das Land NW) die Möglichkeit einer kommunalen Verfassungsbeschwerde gegenüber Rechtsvorschriften (Gesetze und Rechtsverordnungen) des Landes. Prüfungsmaßstab sind die Bestimmungen der Landesverfassung über das Recht der Selbstverwaltung. Es steht somit in der Macht der Länder, das föderalistische Element des Bundesstaates zu betonen, indem sie mit der Einrichtung einer kommunalen Verfassungsbeschwerde beim Landesverfassungsgericht die Überprü-

<sup>28</sup> BVerfGE 26, 228 ff.

<sup>29</sup> BVerfGE 61, 82 (105 f.).

<sup>30</sup> BVerfGE 75, 192 (200) = Weides/Bosse, Rechtsprechung zum Sparkassenrecht, Folge 3, 1991, S. 51.

fung von Landesrecht durch das Verfassungsgericht des Bundes ausschließen können. Hingegen sieht das nWAusführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung die abstrakte Normenkontrolle hinsichtlich nordrhein-westfälischer Rechtsverordnungen gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO zum Oberverwaltungsgericht nicht vor. Im übrigen verbleibt den Gemeinden die Möglichkeit, aufgrund von Gesetzen oder Rechtsverordnungen erlassene Exekutivmaßnahmen vor Gericht anzugreifen. Das verwaltungsgerichtliche Verfahren löst eine Inzidentkontrolle der jeweils zugrundeliegenden Rechtsvorschriften aus.<sup>31</sup>

Neben dem nachträglichen Rechtsschutz der Verfassungsbeschwerde stehen der Gemeinde spezielle Rechte auf Anhörung und auf sonstige Mitwirkung im Rahmen der staatlichen Entscheidungsprozesse zu. Den Gesetzgeber sowie den Ordnungsgeber treffen im Rahmen seiner Rechtsetzung auf Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zurückzuführende, rechtsstaatlich gebotene Ermittlungspflichten. Aus diesen Ermittlungspflichten resultieren oder mit ihnen korrespondieren entsprechende Anhörungsrechte der jeweils betroffenen Gemeinde.<sup>32</sup> So besitzen diejenigen Gemeinden, die nicht mit der Sachzuständigkeit einer unteren Bauaufsichtsbehörde ausgestattet sind und infolgedessen auch nicht über eine Genehmigungsbefugnis für Bauvorhaben in ihrem Gemeindegebiet verfügen, nach bundesrechtlichem Bauplanungsrecht ein verwaltungsinternes Zustimmungsrecht im Verhältnis zur Baugenehmigungsbehörde, durch das die gemeindliche Planungshoheit geschützt werden soll. Sie können also ihre Planungsvorstellungen gegenüber der Baugenehmigungsbehörde auch dann zur Geltung bringen, soweit sie selbst noch nicht einen verbindlichen Bauleitplan (Bebauungsplan) erlassen haben (vgl. § 36 i. V. m. §§ 31, 33–35 BauGB). Den nordrhein-westfälischen Gemeinden räumt § 16 Abs. 2 nWGO Anhörungsrechte bei einer landesgesetzlichen bzw. administrativen Änderung des Gemeindegebietes ein. Entsprechendes gilt für diejenigen administrativen Entscheidungsverfahren staatlicher Behörden, die unmittelbar Selbstverwaltungsbelange einzelner Gemeinden betreffen.

## 6. Aufgaben der Gemeinden

Die Aufgaben der Gemeinden lassen sich grundsätzlich nach dem dualistischen Aufgabenmodell in Selbstverwaltungs- und Fremdverwaltungsaufgaben unterscheiden, somit in einen eigenen und in einen übertragenen Wirkungskreis.

Der eigene Wirkungskreis findet seine Grundlage in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG (für NW in Art. 78 nWVerf). Die Gemeinden regeln und besorgen die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Gemeindegebiet mit rechtlichen wie auch mit tatsächlichen Mitteln nach Maßgabe der Gesetze. Das Leistungsvermögen der Gemeinde bildet die äußere Grenze für die Inangriffnahme und Besorgung dieser Aufgaben. Das hat sich für Nordrhein-Westfalen in §§ 18 Abs. 1, 62 Abs. 1 Satz 1 GO niedergeschlagen. Danach schaffen die Gemeinden in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen. Ihre Haushaltswirtschaft haben sie so zu pla-

<sup>31</sup> S. dazu 8a und 8b, jeweils am Ende.

<sup>32</sup> BVerfGE 56, 298 (319 f.).

nen und zu führen, daß die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist. Die den Gemeinden obliegenden Aufgaben sind mit denen von Bund und Ländern gleichrangig und gleichwertig, was in § 24 StabilitätsG und Art. 115 c Abs. 3 GG zum Ausdruck kommt.

Der eigene Wirkungskreis gliedert sich in freiwillige und pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben.

Die freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben werden von der Gemeinde aufgrund ihrer Allzuständigkeit, die in Wirklichkeit nur noch eine Allgemeinzuständigkeit darstellt, wahrgenommen. Denn die Allzuständigkeit steht unter einem Gesetzesvorbehalt. Gesetz und auch Rechtsverordnung können Aufgaben auf den Staat verlagern und begrenzen so die gemeindliche Selbstverwaltung. Den Gemeinden steht es aus ihrem „Recht zur Spontaneität“ frei, neue Aufgaben in Angriff zu nehmen. Für die Inangriffnahme neuer Selbstverwaltungsaufgaben gelten neben den bereits erwähnten §§ 18 Abs. 1, 62 f. nwGO, soweit es sich um wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Unternehmen handelt, die besonderen gesetzlichen Kriterien des § 88 Abs. 1 und 2 nwGO. Außerdem besteht eine ausschließliche Beschlußzuständigkeit des Rates für die Übernahme einer neuen Aufgabe (§ 28 Abs. 1 Satz 2 lit. t nwGO). Zu den freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben zählen beispielsweise die gemeindliche Förderung des Wohnungsbaus und der Wirtschaft, der Betrieb öffentlicher Einrichtungen im Bereich des Sports, der Kultur und der Daseinsvorsorge (Verkehr, Wasser, Energie) sowie der Sparkassen.<sup>33</sup>

Die pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben hingegen werden durch Gesetz (auch durch Rechtsverordnung) des Bundes und der Länder begründet. Rechtsgrundlagen sind hier Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und für NW Art. 78 Abs. 3 nwLVerf sowie § 3 Abs. 1 Satz 1 nwGO. An pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben sind den Selbstverwaltungskörperschaften beispielsweise – zum Teil nur den größeren Kommunen (Kreise, kreisfreie Städte) – die Bauleitplanung, die städtebauliche Sanierung und Erhaltung, die Straßenbaulast für Gemeindestraßen, die Beseitigung von Abfällen und Abwässern, die Trägerschaft der Sozialhilfe, der Jugendhilfe, der Kindergärten und von Schulen und Weiterbildungseinrichtungen übertragen. Das Gesetz verpflichtet die Gemeinden zur tatsächlichen Wahrnehmung sowie zur Gewährleistung eines Mindeststandards an lebensnotwendigen gemeindlichen Einrichtungen (§§ 18, 19 nwGO). Das Land muß hierfür die Gemeinden mit hinreichenden Finanzmitteln ausstatten. Nicht zu verkennen ist jedoch die Gefahr, den Handlungsspielraum der Gemeinden im Wege einer wachsenden Überbürdung pflichtiger Selbstverwaltungsaufgaben auf die Gemeinden einzuengen. Im eigenen Wirkungskreis beschränkt sich die staatliche Einflußnahme auf die Rechtskontrolle (Art. 78 Abs. 4 Satz 1 nwLVerf, §§ 106–113 nwGO).<sup>34</sup>

Der übertragene Wirkungskreis läßt sich in Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung – kurz Pflichtaufgaben – sowie in Auftragsangelegenheiten einteilen.

<sup>33</sup> *Stern/Burmeister*, Die kommunalen Sparkassen, 1972; *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht, 2. Aufl. 1985; *Weides*, Zur Eigenständigkeit des Sparkassenrechts gegenüber dem Kommunalrecht, DÖV 1984, 41 ff.; ders., Sparkassen-Recht, in: Staatslexikon, 7. Aufl., 5. Bd., Freiburg im Breisgau 1989, Sp. 104–106; *Weides/Bosse*, Rechtsprechung zum Sparkassenrecht, Folge 1–3, 1981, 1984, 1991.

<sup>34</sup> S. dazu unten 8a.

Der Aufgabentyp der Pflichtaufgaben findet für Nordrhein-Westfalen seine Rechtsgrundlage in Art. 78 Abs. 3 nwlVerf., §§ 3 Abs. 1 und 2, 106 Abs. 2 nwlGO. Er zeichnet sich dadurch aus, daß die Gemeinde staatliche Aufgaben in Bindung an Weisungen staatlicher Behörden mit der rechtlichen Besonderheit besorgt, daß dieses Weisungsrecht nur nach Maßgabe der jeweiligen spezialgesetzlich geregelten Voraussetzung ausgeübt werden darf. Mit Einführung dieser Aufgaben beabsichtigte der Landesgesetzgeber, die Gemeinden weitgehend von einem Weisungsdirigismus staatlicher Fachaufsichtsbehörden freizustellen. Da sich die fachaufsichtlichen Weisungen nur auf den Inhalt der Erfüllung der Pflichtaufgaben beziehen, bleibt die Handlungs- und Organisationshoheit der Gemeinden erhalten. Die Übertragung der Pflichtaufgaben auf die Gemeinden ist dem Gesetzgeber vorbehalten. Der Landesgesetzgeber kann den Vollzug von Landesaufgaben, den selbständigen Vollzug von Bundesgesetzen (i.S.v. Art. 84 GG) sowie den auftragsmäßigen Vollzug von Bundesgesetzen (i.S.v. Art. 85 GG) auf die Gemeinden übertragen. Der Bundesgesetzgeber kann für den landeseigenen Vollzug des Bundesrechts (Art. 84 Abs. 1 GG) mit Zustimmung des Bundesrats das Verwaltungsverfahren und die Einrichtung der Behörden regeln. Das gleiche gilt für die Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 Abs. 1 GG), wobei sich das Zustimmungserfordernis nur auf die Einrichtung der Behörden bezieht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>35</sup> ist es dem Bundesgesetzgeber auch mit Zustimmung des Bundesrats nicht erlaubt, im Wege eines unbeschränkten Durchgriffs auf die Gemeinden bestimmen zu können, in welchem Wirkungskreis die Gemeinden das Gesetz vollziehen können. In Nordrhein-Westfalen sind beispielsweise die Aufgaben der örtlichen Ordnungsbehörden, die Personenstands-, Paß- und Meldeangelegenheiten, die Hilfen für psychisch Kranke, die Aufnahme von Aussiedlern und ausländischen Flüchtlingen (u.a.), die Sicherung des Naturhaushalts und die Entwicklung der Landschaft sowie die Erhaltung und Pflege von Wohnraum den Gemeinden als Pflichtaufgaben übertragen. Für die notwendige Finanzausstattung genügt es, wenn für sie im Rahmen des Gesetzes über den Finanzausgleich zwischen dem Land und den Gemeinden hinreichend Sorge getragen wird. Art. 78 Abs. 4 Satz 2 nwlVerf., §§ 3 Abs. 2, 106 Abs. 2 nwlGO stellen sondergesetzliche Regelungen hinsichtlich der Handhabung des staatlichen Weisungsrechts und der Staatsaufsicht dar. Hier besteht neben der allgemeinen Kommunalaufsicht die staatliche Sonderaufsicht.<sup>36</sup>

Als weiterer Aufgabentyp des übertragenen Wirkungskreises sind die Auftragsangelegenheiten zu nennen. Bund und Länder weisen den Gemeinden staatliche Aufgaben zur administrativen Besorgung zu. Die rechtliche und politische Verantwortung für die verwaltungsmäßige Erledigung liegt damit primär bei den Gemeindeorganen. Der Staat behält sich jedoch zugleich das Recht vor, die Aufgabenerledigung im einzelnen durch einschlägige Richtlinien und Einzelweisungen der jeweils zuständigen Fachaufsichtsbehörden zu steuern. Die Fachaufsicht erstreckt sich auf die rechtmäßige und zweckmäßige Aufgabenwahrnehmung. Die Befugnisse der Fachaufsichtsbehörden und ihre Durchsetzung werden im Rahmen der Kommunalaufsicht

<sup>35</sup> BVerfGE 22, 181 (209 f.).

<sup>36</sup> S. dazu unten 8b.

dargestellt.<sup>37</sup> Den Gemeinden verbleibt ein eigenständiges Direktions- und Organisationsrecht als ursprüngliche Selbstverwaltungsaufgabe hinsichtlich der internen verwaltungsmäßigen staatlichen Aufgabenbesorgung. Soweit die Länder Bundesgesetze und sonstiges Bundesrecht als eigene Angelegenheit (Art. 83, 84 GG i.V.m. §§ 5 Abs. 3 und 4, 17 nwLOG, der Bund kann das Weisungsrecht gemäß Art. 84 Abs. 5 GG, § 16 Abs. 1 Satz 2 nwLOG ausüben) oder aber als Bundesauftragsverwaltung ausführen (Art. 85 GG i.V.m. §§ 5 Abs. 3 Satz 1, 16 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 nwLOG), besitzen sie die Möglichkeit, anstatt den Verwaltungsvollzug staatlichen Behörden zu übertragen, diesen durch entsprechende landesgesetzliche Regelungen auf die Gemeinden zu verlagern. Soweit also das Land ihm nach Bundes- wie nach Landesrecht obliegende Verwaltungsaufgaben in der Rechtsform einer Auftragsangelegenheit oder einer Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung an die Gemeinden weiterreicht, muß es diesen die hierfür erforderlichen Finanzmittel zur Verfügung stellen, zumindest aber für eine hinreichende Finanzausstattung sorgen (Art. 78 Abs. 3 nwLVerf, § 3 Abs. 1 Satz 2 nwGO, vgl. auch Art. 104 a Abs. 2 GG).

Vom übertragenen Wirkungsbereich (Fremdverwaltung) ist die Organleihe, von der auf der Gemeindeebene selten Gebrauch gemacht wird, zu unterscheiden. Hier wird eine Aufgabe nicht auf einen anderen kommunalen Verwaltungsträger übertragen, sondern von einem Organ einer Kommune (Gemeinde, Kreis), aber als unmittelbares Staatsorgan, d.h. als staatliche Verwaltungsbehörde wahrgenommen.

### *7. Die Gemeindeorganisation unter besonderer Berücksichtigung der nordrhein-westfälischen Kommunalverfassung*

Nach Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG muß das Volk in den Gemeinden eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. Diese Volksvertretung ist der (Gemeinde-)Rat. Welche weiteren Gemeindeorgane neben der bundesverfassungsrechtlich vorgeschriebenen Gemeindevertretung existieren und insbesondere, welche Befugnisse dem Gemeindevorsteher (Kanzleiorgan) zustehen, haben die Länder in ihren Landesverfassungen und Gemeindeordnungen unterschiedlich ausgestaltet. Die Gemeindeorganisationen lassen sich in vier Gruppen einteilen. In Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen findet sich die norddeutsche Ratsverfassung. Die Gemeindevertretung heißt Rat, der Ratsvorsitzende Bürgermeister und der Verwaltungschef Gemeindegeldirektor. Die süddeutsche Ratsverfassung der Länder Bayern und Baden-Württemberg kennt als Gemeindevertretung den Gemeinde- oder Stadtrat sowie den Bürgermeister als Ratsvorsitzenden und Verwaltungschef, der unmittelbar von den Bürgern gewählt wird. Die (unechte) Magistratsverfassung findet sich in Hessen. Die Volksvertretung heißt in den Gemeinden Gemeindevertretung, in den Städten Stadtverordnetenversammlung, dort führt der Vorsitzende die Bezeichnung Stadtverordnetenvorsteher. Das Verwaltungsorgan ist der kollegial gestaltete Gemeindevorstand bzw. der Magistrat. Die Bürgermeisterversammlung der Länder Rheinland-Pfalz und Saarland besteht aus dem Gemeinderat. Der Gemeinderat wählt den Bürgermeister als Ratsvorsitzenden, der zugleich Verwaltungschef ist.

<sup>37</sup> S. dazu unten 8b.

Je nach Verteilung der Aufgabenbereiche zwischen den Gemeindeorganen lassen sich zwei Organisationsstrukturen unterscheiden, das monistische und das dualistische System. Die norddeutsche Ratsverfassung weist eine monistische Prägung auf, der Gemeinderat hat im Grundsatz die Gesamtentscheidungsbefugnis, die Verwaltung ist ihm in allen Einzelfragen verantwortlich und hat seine Entscheidungen auszuführen. Beim dualistischen System (die Erstzuständigkeit liegt bei zwei Gemeindeorganen), zu dem neben der süddeutschen Ratsverfassung auch die anderen Gemeindeverfassungsarten zählen, kann das Ausführungsorgan monokratisch (süddeutsche Ratsverfassung, Bürgermeisterverfassung) oder kollegial (Magistratsverfassung) ausgestaltet sein.

Nach diesem kurzen Überblick soll die nordrhein-westfälische Gemeindeorganisation exemplarisch vertiefter dargestellt werden. Vorauszuschicken ist, daß rechtlich in der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung das monistische System angelegt ist, das sich aber faktisch zu einer Direktorialverfassung gewandelt hat. In Wirklichkeit beschränkt sich der Gemeindedirektor nicht auf die Rolle eines Ausführungsorgans des Rates auf Grund der tatsächlichen Macht einer monokratisch geführten Verwaltung.<sup>38</sup>

#### a) Der Rat

Nach § 27 nwGO ist die Bürgerschaft der Träger der Gemeindeverwaltung und der Rat das gewählte Repräsentativorgan, das die Bürgerschaft vertritt. Somit bildet der Rat das oberste Gemeindeorgan. Zwar ist der Rat eine Volksvertretung i.S. des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, gehört aber nach seinem Aufgabenkreis wie die Gemeinde insgesamt nicht zur Legislative, sondern zur Exekutive. Die Ratsmitglieder werden gemäß den oben dargestellten Wahlrechtsgrundsätzen des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 29 Abs. 1 Satz 1 nwGO und dem Kommunalwahlgesetz gewählt. Ihre Zahl entspricht der Einwohnerzahl der Gemeinde. Die Wahlberechtigung setzt u.a. voraus, Deutscher i.S.d. Art. 116 GG zu sein. Der Vorstoß eines Bundeslandes, auch Ausländern das Kommunalwahlrecht zu geben, ist vor dem Bundesverfassungsgericht gescheitert.<sup>39</sup> Ausländer, sofern sie den Status eines Einwohners besitzen, können nach Maßgabe einzelner Gemeindeordnungen vom Rat – auf Vorschlag einer Ratsfraktion – zu sogenannten sachkundigen Mitgliedern eines beratenden Ratsausschusses gewählt werden. Der Rat wird nach einem gemischten Mehrheits- und Verhältniswahlrecht gewählt. Auf Einspruch gegen die Gültigkeit der Wahl entscheidet der neue Rat nach Vorprüfung durch den Wahlprüfungsausschuß. Gegen den Ratsbeschluß ist die Anfechtungsklage (ohne Vorverfahren) auch der Aufsichtsbehörde zulässig. Der Rat ist rechtlich aufgrund seiner Allzuständigkeit das Hauptverwaltungsorgan der Gemeinde für (freiwillige und pflichtige) Selbstverwaltungsaufgaben, Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung und Auftragsangelegenheiten. Neben ausschließlichen Sachentscheidungsrechten (Vorbehaltsaufgaben des Rates) stehen ihm veränderliche Beschlußzuständigkeiten zu. Er kann ursprüngliche Ratsaufgaben mit Entscheidungsbefugnis auf den Gemeindedirektor übertragen (gewillkürte Dele-

<sup>38</sup> Berg, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, S. 222 f.

<sup>39</sup> BVerfGE 81, 53.

gation) und wieder zurückholen. Ihm steht aber auch das Recht zu, sich aus dem Zuständigkeitsbereich des Gemeindedirektors für einfache Geschäfte der laufenden Verwaltung bezüglich bestimmter Geschäftskreise oder Einzelfälle die Entscheidung vorzubehalten (fingierte Delegation). Um die Verwaltung zu kontrollieren, ist der Rat zwar nicht berechtigt, Untersuchungsausschüsse einzusetzen, aber in Akten Einsicht zu nehmen, was er auch auf einen Ratsausschuß delegieren kann. Unter bestimmten Voraussetzungen kann auch einzelnen Ratsmitgliedern das Akteneinsichtsrecht gewährt werden. Jedoch gelten Einsichtsrechte nicht für gemeindliche Wahlunterlagen, noch können Verwaltungsunterlagen dem Rat überlassen werden. Weiterhin hat der Rat das Recht, Ausschüsse zu bilden und er ist verpflichtet, einen Haupt-, Finanz-, Rechnungsprüfungs- und Wahlprüfungsausschuß zu bilden. Die Pflichtausschüsse sind nur mit Ratsmitgliedern zu besetzen. Der Rat kann außerdem Ausschüsse zur Vorbereitung von Ratsbeschlüssen so wie solche mit Entscheidungsbefugnis einrichten.

#### b) Der Bürgermeister

Der Bürgermeister fungiert als Vorsitzender des Rates. Er wird mit der Möglichkeit einer Abwahl vom Rat gewählt, leitet die Verhandlungen des Rates und hat das Hausrecht und die Ordnungsgewalt inne. Der Bürgermeister ist ein unmittelbares, unabhängiges Verfassungsorgan der Gemeinde, das folgende selbständige Verwaltungsfunktionen ausübt. Er vertritt den Rat nach außen und leitet dem Gemeindedirektor die Ratsbeschlüsse zu. Selbständig führt er Ratsbeschlüsse, die die Durchführung der Geschäftsordnung, Ansprüche der Gemeinde gegen den Gemeindedirektor oder die Amtsführung des Gemeindedirektors betreffen, aus. Insofern ist ausnahmsweise er und nicht der Gemeindedirektor zur Außenvertretung berechtigt. Der Bürgermeister hat das Recht, Ratsbeschlüssen bei einer Gefährdung des Wohls der Gemeinde zu widersprechen und gegenüber Beschlüssen von Ratsausschüssen mit Entscheidungsbefugnis Einspruch einzulegen. In Fällen äußerster Dringlichkeit kann er anstelle des Rates entscheiden, um die Handlungsfähigkeit der Gemeinde in Notfällen sicherzustellen. In der nächsten Ratssitzung muß die Entscheidung dem Rat zur Genehmigung vorgelegt werden, der sie wieder aufheben kann. Weiterhin wirkt der Bürgermeister bei der Anfertigung der für die Beamten auszustellenden Urkunden mit. Schließlich übt er gegenüber dem Gemeindedirektor und der Gemeindeverwaltung eine Kontrollfunktion aus. Der Bürgermeister muß den Rat über alle wichtigen Gemeindeangelegenheiten unterrichten, für die auch eine entsprechende Unterrichtspflicht des Gemeindedirektors gegenüber dem Bürgermeister besteht. Dem Bürgermeister steht ein allgemeines Auskunftsrecht und ein besonderes hinsichtlich der Planung besonders bedeutsamer Verwaltungsaufgaben zu, sowie schließlich ein Akteneinsichtsrecht.

#### c) Der Gemeindedirektor

Der Gemeindedirektor ist als selbständiges Verwaltungsorgan das zweite Hauptorgan der Gemeinde mit umfassenden Kompetenzen, insbesondere zur Vorbereitung und Ausführung der Ratsbeschlüsse sowie zur Außenvertretung der Gemeinde. Der persönliche Rechtsstatus des Gemeindedirektors ist der eines Wahlbeamten. Er wird

durch den Rat mit der Möglichkeit einer Abwahl, aber auch einer Wiederwahl, auf Zeit (8 Jahre) gewählt. Die Stelle eines hauptamtlichen Gemeindedirektors muß ausgeschrieben werden. Der Bewerber muß die erforderlichen fachlichen Voraussetzungen und ausreichenden Erfahrungen für dieses Amt nachweisen. Der Bürgermeister vereidigt den Gemeindedirektor vor Amtsantritt und führt ihn in sein Amt ein. Der Beamtenstatus des Gemeindedirektors wird formell durch Aushändigung der Ernennungsurkunde begründet. Sein Dienstvorgesetzter ist der Rat. Weitere leitende Verwaltungsbeamte sind neben dem Gemeindedirektor die Beigeordneten mit vergleichbarem Rechtsstatus. Dienstvorgesetzter der Beigeordneten ist der Gemeindedirektor. Einer von ihnen wird vom Rat zu seinem Vertreter bestellt. Grundsätzlich verteilt der Gemeindedirektor die Geschäftsbereiche auf die Beigeordneten, berät sich mit ihnen und entscheidet bei Meinungsverschiedenheiten, um die Einheitlichkeit der Verwaltungsführung zu erhalten. In Nordrhein-Westfalen hat der Rat das Recht, anstelle des Gemeindedirektors die Geschäftsbereiche der Beigeordneten festzulegen. Er bestimmt dergestalt auch den Geschäftsbereich, der dem Gemeindedirektor verbleibt. Der Gemeindedirektor hat folgende Aufgaben: Er bereitet die Beschlüsse des Rates vor; unter seiner Kontrolle führt er die Beschlüsse des Rates, die Eilentscheidungen sowie die staatlichen Weisungen zur Besorgung einer Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung und die staatlichen Weisungen zur Besorgung einer Auftragsangelegenheit aus. In vom Rat oder einem Ausschuß übertragenen Angelegenheiten sowie für einfache Geschäfte der laufenden Verwaltung steht ihm die Entscheidungsbefugnis zu. Schließlich nimmt er Zuständigkeiten wahr, die ihm aufgrund gesetzlicher Vorschriften übertragen sind. Der Gemeindedirektor ist befugt und verpflichtet, rechtswidrige Beschlüsse des Rates oder eines entscheidungsbefugten Ausschusses zu beanstanden. Weiterhin leitet und verteilt der Gemeindedirektor die Dienstgeschäfte und ist Dienstvorgesetzter der Beamten, Angestellten und Arbeiter der Gemeinde. Schließlich vertritt er die Gemeinde in Rechts- und Verwaltungssachen nach außen, unabhängig von der gemeindeinternen Verteilung der Entscheidungsbefugnisse.

#### d) Rechtsschutz

Verfahren zur Klärung von Streitigkeiten zwischen gemeindlichen Organen, Teilorganen und Organteilen (Kommunalverfassungsstreitverfahren) werden vor den Verwaltungsgerichten durchgeführt. Denn Kommunalverfassungsrecht ist einfaches Gesetzesrecht des Staates und kein Staatsverfassungsrecht. Die Kommunalverfassungsstreitverfahren dienen letztlich dem rechtmäßigen Funktionieren gemeindlicher Selbstverwaltung.

### 8. Die Kommunalaufsicht

Die Form der Staatsaufsicht über die Gemeinden richtet sich nach dem jeweiligen Aufgabentyp. Hierarchisch strukturierte Aufsichtsbehörden üben bezüglich der freiwilligen und pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben eine allgemeine Rechtsaufsicht, bezüglich der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung die Sonderaufsicht und hinsichtlich der Auftragsangelegenheiten die Fachaufsicht aus.

### a) Rechtsaufsicht

Da die Gemeinden die Selbstverwaltungsaufgaben im Rahmen der Gesetze zu erfüllen haben, beschränkt sich die Aufsicht auf eine Gesetzmäßigkeitskontrolle (§§ 106-111 nwGO). Sie hat die Funktion, die Gemeinden in ihrem Recht auf eine eigenverantwortliche Besorgung der Selbstverwaltungsaufgaben zu schützen (§§ 2, 9 nwGO). Die staatliche Kontrolle erstreckt sich somit nicht auf die Zweckmäßigkeit des gemeindlichen Handelns. Es lassen sich zwei Arten der Kontrolle, die repressive und die präventive unterscheiden. Zu den Mitteln repressiver Kontrolle gehören die Unterrichtung über Vorgänge gemeindlichen Handelns, die Beanstandung und ggfs. die Aufhebung rechtswidriger Rats- und Ausschußbeschlüsse sowie auch rechtswidriger Anordnungen des Gemeindedirektors. Falls die Gemeinde eine gesetzliche Pflicht oder Aufgabe nicht erfüllt, kann die Aufsichtsbehörde anordnen, daß die Gemeinde das Erforderliche veranlaßt. Wenn die Gemeinde der Anordnung nicht nachkommt, kann sie die Anordnung anstelle und auf Kosten der Gemeinde selbst durchführen oder die Durchführung auf einen anderen übertragen. Falls diese Befugnisse der Aufsichtsbehörde nicht ausreichen, kann ein Beauftragter (Staatskommissar) bestellt werden, der alle oder einzelne Aufgaben auf Kosten der Gemeinde wahrnimmt. Zum einschneidendsten Aufsichtsmittel, der Auflösung des Rates, kann gegriffen werden, wenn der Rat dauernd beschlußunfähig oder die ordnungsgemäße Erledigung der Gemeindeaufgaben aus anderen Gründen nicht gewährleistet ist.

Die Statuierung einer verbindlichen vorbeugenden Staatskontrolle ist dem Gesetz vorbehalten. Vorbeugende Kontrolle stellt eine Form der Beteiligung der Aufsichtsbehörde an gemeindeinternen Entscheidungsvorgängen dar. Eine steigende Intensität staatlicher Beteiligung weisen die Anzeige- und Mitteilungspflicht, der Genehmigungsvorbehalt sowie das Kondominium (Erteilung der staatlichen Genehmigung nach dem Opportunitätsgrundsatz)<sup>40</sup> auf. Genehmigungsvorbehalte als Instrument einer vorbeugenden, rechtlichen Unbedenklichkeitserklärung sind für gemeindliche Rechtsakte mit weitreichenden Folgen vorgesehen. Das Kondominium dient neben der Präventivkontrolle der Geltendmachung staatlicher Belange.

Gegen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde kann die Gemeinde unter Berufung auf ihr Selbstverwaltungsrecht die Rechtsbehelfe der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage im Verwaltungsstreitverfahren erheben. Maßnahmen repressiver Kontrolle sind Verwaltungsakte, deren Aufhebung die Gemeinde ohne vorherige erfolglose Durchführung eines Widerspruchsverfahrens mit der Anfechtungsklage begehren kann. Hingegen muß sie Verpflichtungsklage nach vorherigem erfolglosen Widerspruchsverfahren erheben, wenn sie die Erteilung einer versagten aufsichtsbehördlichen Genehmigung erstrebt. Zwar tritt die Gemeinde im Außenrechtsverhältnis als Trägerin von materiell-rechtlichen Ansprüchen gegenüber der Aufsichtsbehörde auf, muß sich aber in einem Rechtsstreit grundsätzlich durch den Gemeindedirektor und ausnahmsweise dann durch den Bürgermeister vertreten lassen, wenn ein vom Gemeindedirektor beanstandeter Beschluß in Streit steht.

<sup>40</sup> Weides, Opportunität, in: Staatslexikon, 7. Aufl., 4. Bd., Freiburg im Breisgau 1988, Sp. 167-169.

## b) Sonder- und Fachaufsicht

Wie bereits erwähnt, steht die Wahrnehmung staatlicher Auftragsangelegenheiten unter Fachaufsicht, die der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung (Pflichtaufgaben) unter Sonderaufsicht.

Beiden Aufsichtsarten ist gemeinsam, daß zu ihnen nicht die Dienstaufsicht zählt. Die Gegenstände der Dienstaufsicht, nämlich Aufbau, innere Ordnung, allgemeine Geschäftsführung und Personalangelegenheiten gehören zu den Selbstverwaltungsaufgaben.

Die Aufsichtsarten haben die Funktion, neben der gesetzmäßigen Ausführung der Aufgaben auch die Durchsetzung aufsichtsbehördlicher Vorstellungen zur zweckmäßigen einheitlichen Ausübung der gemeindlichen Ermessensspielräume zu sichern. Die Fachaufsicht unterscheidet sich wesensmäßig von der Sonderaufsicht darin, daß sich die Fachaufsicht (§ 13 nwLOG) auf die recht- und zweckmäßige Wahrnehmung der Aufgaben erstreckt, während die Sonderaufsicht grundsätzlich nicht die zweckmäßige Erfüllung der gesamten, sondern nur eines Teilbereiches der zu erfüllenden Aufgaben erfaßt. Denn zur Ausübung der Sonderaufsicht ist es nötig, daß Voraussetzungen und Umfang des aufsichtsbehördlichen Weisungsrechts spezialgesetzlich geregelt sind. Der Gesetzesvorbehalt bezieht sich also für die Sonderaufsicht auf die rechtliche Gestaltung des Weisungsrechts und für die Fachaufsicht auf die Beauftragung der Gemeinden mit der Besorgung von staatlichen Auftragsangelegenheiten.

Die Handlungsformen der Aufsicht lassen sich in allgemeine und besondere Weisungen einteilen. Bei der Fachaufsicht werden sie auf § 13 Abs. 3 nwLOG i.V.m. den einschlägigen Rechtsvorschriften gestützt. Im Rahmen der Sonderaufsicht ist das allgemeine Weisungsrecht daran gebunden, die gleichmäßige Durchführung der Aufgaben zu sichern. Besondere Weisungen im Einzelfall dürfen erteilt werden, wenn die sachgerechte Erledigung der Aufgaben nicht gesichert erscheint, oder überörtliche Interessen gefährdet erscheinen. Ein verstärktes Weisungsrecht für allgemeine und besondere Weisungen kann aufgrund einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung für bestimmte Ziele normiert werden.

Die Weisungen werden grundsätzlich der Gemeinde als Aufgabenträgerin erteilt und ausnahmsweise dem Hauptverwaltungsbeamten (Gemeindedirektor) als untere staatliche Verwaltungsbehörde bei entsprechender gesetzlicher Regelung.

Die Sonder- und Fachaufsichtsbehörden sind grundsätzlich nicht berechtigt, ihre Weisungen im Falle einer unzureichenden Befolgung unmittelbar gegenüber der Gemeinde mit den aufsichtsbehördlichen Maßnahmen der oben dargestellten §§ 106–111 nwGO durchzusetzen. Daher sind gemäß § 112 nwGO auch die Fachaufsichtsbehörden nicht befugt, das Unterrichtsrecht und das Selbstausübungsrecht bei Gefahr im Verzug nach § 13 Abs. 3 nwLOG gegenüber der Gemeinde selbst auszuüben. Sonder- und Fachaufsichtsbehörden haben sich stattdessen an die Behörden der allgemeinen Kommunalaufsicht zu wenden, die ihrerseits eigenständig prüfen müssen, ob sie die Weisung erzwingen wollen. Sie prüfen die formelle und materielle Richtigkeit der Weisung und berücksichtigen die Leistungsfähigkeit der Gemeinde im Blick auf die von ihr geforderte Erfüllung der Weisung. Andererseits sind sie auch berechtigt, auf Verlangen einer Fach- oder Sonderaufsichtsbehörde alle Instrumente der §§ 106–111 nwGO zu gebrauchen.

Unmittelbare Eingriffsbefugnisse haben die Sonder- und Fachaufsichtsbehörden nur nach Maßgabe spezieller Rechtsvorschriften. Die Gemeinde kann gegen die Weisung der Sonder- und Fachaufsichtsbehörde im Verwaltungsrechtsweg den Rechtsbehelf der Anfechtungsklage erheben. Die Anfechtungsklage ist nur dann statthaft, wenn die Weisung einen Verwaltungsakt darstellt, d.h. rechtliche Außenwirkung entfaltet. Zwar sind Weisungen der Aufsichtsbehörden ihrem objektiven Sinngehalt nach nicht dazu bestimmt, rechtliche Außenwirkung zu entfalten,<sup>41</sup> es sei denn, daß sie in das Selbstverwaltungsrecht eingreifen. Sie greifen dann in das Selbstverwaltungsrecht ein, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Weisung nicht vorliegen oder die gesetzlichen Grenzen des Weisungsrechts überschritten werden.<sup>42</sup> Für Rechtsbehelfe der Gemeinden gegen Eingriffsakte der Behörden der allgemeinen Kommunalaufsicht zur Durchsetzung von Weisungen der Sonderaufsicht und Fachaufsicht gilt das oben Gesagte entsprechend.

## 9. *Finanzausstattung der Gemeinden*

### a) Allgemeine Regelungen des Grundgesetzes und der nordrhein-westfälischen Landesverfassung

Die finanzielle Eigenständigkeit der Gemeinden (Finanzautonomie) ist verfassungsrechtlich in Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 78 nwlVerf garantiert. Unter Finanzhoheit versteht man das Recht, eine eigene Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft im Rahmen einer gesetzlich geordneten Haushaltswirtschaft zu führen. Die Landesverfassung garantiert den Gemeinden, eigene Steuerquellen zu erschließen (Steuerhoheit). Steuern sind nach § 3 AO Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Den Gemeinden steht jedoch nicht das Recht zu, neue Steuern zu erfinden. Für die Zulassung von Steuern ist die Verteilung der Steuergesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern maßgeblich. Weiterhin sind die Länder gemäß Art. 106 Abs. 7 GG verpflichtet, einen übergemeindlichen Finanzausgleich durchzuführen (für NW Art. 79 Satz 2 nwlVerf). Die Länder stellen einen komplementären Finanz- und Lastenausgleich her, um die stetige Aufgabenerfüllung i.S.v. § 62 Abs. 1 nwGO zu sichern und um (erhebliche) Unterschiede in der Finanzkraft sowie in den Aufgabenbelastungen auszugleichen.

### b) Finanzielle Mindestausstattung der Gemeinden nach dem Grundgesetz

Die Gemeinden werden am Gesamtaufkommen der Einkommensteuer (ESt) gemäß Art. 106 Abs. 5 Satz 1 GG beteiligt. Diese Steuer steht gemäß Art. 106 Abs. 3 GG Bund, Ländern und Gemeinden gemeinsam zu (Gemeinschaftssteuer) und wird nach Art. 108 Abs. 3 GG im Auftrag des Bundes von den Landesfinanzbehörden verwaltet. Seit 1980 erhalten die Gemeinden 50% des Einkommensteueraufkommens.

<sup>41</sup> BVerfGE 60, 144–154.

<sup>42</sup> BVerfGE 52, 151–153 f.

Dieser Betrag wird an die Gemeinden auf der Grundlage der Einkommensteuerleistungen ihrer Einwohner verteilt (vgl. Art. 106 Abs. 5 Satz 1 2. Halbs. i.V.m. dem Zerlegungsgesetz). Der Bundesgesetzgeber hat von der Ermächtigung des Art. 106 Abs. 5 Satz 3 GG, den Gemeinden die Festsetzung der Hebesätze für ihren Anteil an der Einkommensteuer zu gestatten, keinen Gebrauch gemacht.

Weiterhin steht den Gemeinden das Aufkommen der Realsteuern zu (Art. 106 Abs. 6 Satz 1 GG). Realsteuern sind die Grundsteuer und die Gewerbesteuer (§ 3 Abs. 2 AO). Nach Art. 106 Abs. 6 Satz 2 GG sind die Gemeinden zu ermächtigen, die Hebesätze für die Realsteuern festzusetzen. Die Gemeinden verwalten die Realsteuer (§ 1 Gesetz über die Zuständigkeit für die Festsetzung und Erhebung der Realsteuer). Das Gewerbesteuerergesetz (GewStG) sowie das Grundsteuergesetz (GrStG) sind hingegen Bundesgesetze. Denn der Bund hat von seinem konkurrierenden Gesetzgebungsrecht bezüglich der Realsteuern Gebrauch gemacht. Für die Gewerbesteuer gilt die Besonderheit, daß gemäß Art. 106 Abs. 6 Satz 4 GG Bund und Länder durch eine Umlage an dem Aufkommen beteiligt werden können. Tatsächlich fließt ein Teil des Gewerbesteueraufkommens an Bund und Länder als Kompensation dafür, daß die Gemeinden umgekehrt auch an der Einkommensteuer beteiligt werden.

Außerdem steht den Gemeinden (und Gemeindeverbänden) das Aufkommen der örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern zu (Art. 106 Abs. 6 Satz 1 GG). Die Länder haben für diese Steuern die Gesetzgebungskompetenz (Art. 105 Abs. 2 Satz 2 GG). Nordrhein-Westfalen hat seinen Gemeinden die Vergnügungs- und die Hundesteuer zur Pflichtsteuer gemacht (§ 3 Abs. 3 Satz 2 nwKAG). Die Vergnügungssteuer ist landesgesetzlich geregelt (nwVStG), die Hundesteuer hingegen durch Gemeindegesetzungen. Für alle anderen örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern, z.B. Jagd- und Fischereisteuer, Getränke-, Speiseeis- und Zweitwohnungssteuer, Feuerschutzabgabe, ist § 3 Abs. 1 KAG maßgebend. Danach können die Gemeinden (durch Satzung) Steuern erheben.

Das Grundgesetz enthält Rahmenregelungen für den landesinternen kommunalen Finanzausgleich. Nach Art. 106 Abs. 7 Satz 1 GG fließt den Gemeinden von dem Länderanteil am Gesamtaufkommen der Gemeinschaftssteuern (ESt, KSt und USt) insgesamt ein von der Landesregierung zu bestimmender Prozentsatz zu. Die Länder besitzen insoweit eine gewisse Gestaltungsfreiheit. NW hat beispielsweise mit § 2 Abs. 1 nwGFG 1990 bestimmt, den Gemeinden und Gemeindeverbänden 23% von seinem Anteil der Gemeinschaftssteuern, der Gewerbesteuerumlagen sowie der Einnahmen aus der Grunderwerbssteuer (allgemeiner Steuerverbund) für Zuweisungen zur Verfügung zu stellen. Art. 106 Abs. 7 Satz 2 GG stellt es der Landesgesetzgebung frei, ob und inwieweit das Aufkommen der Landessteuer den Gemeinden zufließt. In NW erhalten die Gemeinden und die Gemeindeverbände zu den Kosten, die ihnen als Träger der Straßenbaulast erwachsen, 25% der Kraftfahrzeugsteuer (§§ 4, 25 nwGFG 1990).

Schließlich sieht das Grundgesetz einen Sonderlastenausgleich zwischen Bund und einzelnen Gemeinden sowie Finanzhilfen des Bundes an Gemeinden vor. Nach Art. 106 Abs. 8 Satz 1 GG gewährt der Bund den erforderlichen Ausgleich, wenn er in einzelnen Gemeinden besondere Einrichtungen veranlaßt, die diesen Gemeinden unmittelbar Mehrausgaben oder Mindereinnahmen verursachen, und wenn und so-

weit den Gemeinden nicht zugemutet werden kann, die Sonderbelastungen zu tragen. Art. 104 a Abs. 4 GG sieht die Möglichkeit von Finanzhilfen an Gemeinden für besonders bedeutsame Investitionen vor (z.B. öffentlicher Nahverkehr).

c) Gegenwärtige Regelungen des landesinternen Gemeindefinanzausgleichs nach dem nordrhein-westfälischen GFG 1990

§ 1 nwGFG enthält den gemeindeverfassungsrechtlichen Konnexitätsgrundsatz, der die Aufgabenverantwortung mit der Ausgabenverantwortung verknüpft. Diese Verknüpfung fördert einen effizienten Einsatz gemeindlicher Mittel i.S.v. § 62 nwGO. Sie entspricht dem Prinzip demokratischer Verantwortung und Kontrolle und gewährleistet die gemeindliche Handlungsautonomie i.S. einer Dezentralisierung staatlichen Handelns. Weiterhin sind Landeszuweisungen an Gemeinden im Wege des Finanz- und Lastenausgleichs für ihre Aufgabenerfüllung zwecks Ergänzung ihrer Einnahmen vorgesehen. Aufgrund des dualistischen Systems fließen den Gemeinden allgemeine Zuweisungen aus dem Steuerverbund zweckgebundener Leistungen außerhalb des Verbundes zu. Schließlich beinhaltet § 1 nwGFG 1990 einen umfassenden Nachweis aller Zuweisungen des Landes an die Gemeinden im Rahmen dieses Gesetzes.

Zunächst erhalten die Gemeinden allgemeine, pauschalierte Zuweisungen aus dem allgemeinen Steuerverbund, d.h. einen Anteil an dem auf das Land entfallenden Gemeinschaftssteueraufkommen.<sup>43</sup> Das Verhältnis der allgemeinen – pauschalierten – Zuweisungen (ohne Vorbedingungen oder Auflagen) zu den zweckgebundenen Zuweisungen beträgt ca. 80% zu 20%. Die allgemeinen Zuweisungen lassen sich in Schlüsselzuweisungen, Bedarfszuweisungen und Zweckzuwendungen unterscheiden.

Die Schlüsselzuweisungen sichern der einzelnen Gemeinde einen Mindestbedarf. Zur Bemessung der jeweiligen Höhe wird die Aufgabenbelastung mit der Ausgangsmeßzahl ermittelt. Sodann wird die gemeindliche Leistungsfähigkeit nach Maßgabe ihrer Steuerkraft mit der Steuerkraftmeßzahl ermittelt. Schließlich erhalten die Gemeinden 95% der Differenz zwischen Ausgangsmeßzahl und Steuerkraftmeßzahl. Dadurch wird den strukturbelasteten und finanzschwächeren Gemeinden ein hoher Anteil an der Schlüsselmasse gesichert.

Bedarfszuweisungen erhalten die Gemeinden aus dem Ausgleichsstock zur Deckung von Fehlbeträgen, zum Ausgleich von besonderen Belastungen und Härten. Den Gemeinden fließen Zweckzuwendungen beispielsweise für Maßnahmen der Stadtverwaltung, der Denkmalpflege, des Schulbaus, des Museumsbaus, der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung zu.

Neben den allgemeinen Zuweisungen erhalten die Gemeinden die bereits erwähnten<sup>44</sup> pauschalierten Zuweisungen aus dem Kraftfahrzeugsteueraufkommen zu den Kosten der Straßenbaulast.

Schließlich bekommen sie Zweckzuweisungen außerhalb des allgemeinen Steuer- und des Kraftfahrzeugsteuerverbundes nach näherer Bestimmung des nwGFG 1990 sowie nach Maßgabe des Haushaltsplans des Landes NW.

<sup>43</sup> S. die Ausführungen unter 9b zu Art. 106 Abs. 7 GG.

<sup>44</sup> S. oben Ausführungen zu 9b zu Art. 106 Abs. 7 GG.

## 10. Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden

Zur Erfüllung gemeindlicher Aufgaben, insbesondere der Daseinsvorsorge, kann die Gemeinde Versorgungsleistungen erbringen, indem sie sich wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich<sup>45</sup> betätigt. Die Aufgaben und verwaltungsmäßigen Formen dieser Betätigung zählen zu den öffentlichen Einrichtungen. Die Existenz öffentlicher Einrichtungen stützt sich auf § 18 Abs. 1 nwGO, wonach die Gemeinden innerhalb ihrer Leistungsfähigkeit die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen schaffen. Dabei handelt es sich um organisatorisch dauerhaft und besonders verfaßte Leistungsbeziehungen zwischen Gemeinde und Bürger, mit anderen Worten um organisatorisch in anstaltsrechtlichem Umfang verselbständigte Verwaltungsträger, die von einer Gemeinde aufgrund spezieller Einsetzung der allgemeinen Benutzung durch die Einwohner offenstehen.<sup>46</sup> Grundsätzlich haben die Einwohner das Recht, die gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen zu benutzen. Ausnahmsweise können die Gemeinden bei öffentlichem Bedürfnis durch Satzung den Anschluß an die der Volksgesundheit dienenden Einrichtungen und ihre Benutzung vorschreiben (§ 19 nwGO). Bezüglich der rechtlichen Gestaltung der öffentlichen Einrichtungen sind die Gemeinden weitgehend frei (Formenfreiheit). Die Einrichtungen müssen jedoch wirtschaftlich und sparsam arbeiten (Wirtschaftlichkeits-, ökonomisches-, Rationalprinzip), also einen vorgegebenen Leistungserfolg mit möglichst geringen Mitteln erreichen (Minimumprinzip), oder mit vorgegebenen Mitteln einen hohen Ertrag erzielen (Maximumprinzip).

Die wirtschaftlichen Betätigungen, Anlagen oder Einrichtungen sind dadurch gekennzeichnet, daß sie auch von einem Privatunternehmer in der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden könnten. Daher muß es sich um eine nicht spezifisch öffentlich-rechtliche Tätigkeit handeln. Wirtschaftliche Unternehmen zeichnen sich dadurch aus, daß Sach- und Dienstleistungen bereitgestellt werden, um einen gemeindeeigenen oder nicht gemeindeeigenen Bedarf zu decken. Das Unternehmen muß rational arbeiten (Rationalprinzip), sein Geschäftsbetrieb kaufmännisch geführt werden. Der kaufmännische Geschäftsbetrieb erfordert die doppelte Buchführung, die Bilanzierung, eine marktorientierte Geschäftspolitik sowie die Teilnahme am Wettbewerb. Nicht notwendig ist hingegen die Entgeltlichkeit der Leistungen und die Absicht einer planmäßigen Gewinnerzielung.

Zum Schutze der Gemeinden vor unnötigen wirtschaftlichen Risiken und zum Schutze der Belange privater Wirtschaftssubjekte macht § 88 Abs. 1 nwGO die Errichtung und Erweiterung wirtschaftlicher Unternehmen von restriktiven gesetzlichen Zulässigkeitsanforderungen abhängig. Die Gemeinde darf sich nur im Rahmen ihres Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs und zum Nutzen der Gemeindeeinwohner wirtschaftlich betätigen. Der Betrieb muß zur Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben notwendig sein. Die bloße Absicht der Gewinnerzielung genügt nicht. Gemeindliche Wirtschaftsunternehmen sind ausgeschlossen, wenn dieser Zweck durch andere Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann. In Betracht

<sup>45</sup> S. dazu unten II.

<sup>46</sup> Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, 1982, Rdnr. 650.

kommt hier nicht nur privatwirtschaftliches Handeln, sondern auch die Besorgung durch einen Zweckverband, falls eine gemeindliche Aufgabe auf einer überörtlichen Ebene in einem größeren Gebiet besorgt werden soll. Diesem Erfordernis liegt kein für die gemeindliche Aufgabenbesorgung geltendes Subsidiaritätsprinzip zugrunde, das privatwirtschaftliches Handeln generell bzw. wirtschaftliche Konkurrenten einer Gemeinde schützen soll. Außerdem muß das Unternehmen nach Art und Umfang zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf in einem angemessenen Verhältnis stehen. Die von der Gemeinde betriebenen wirtschaftlichen Unternehmen sind vielfältig, beispielsweise Strom-, Gas- und Wasserversorgungsunternehmen, Bauträgersgesellschaften, Verkehrsbetriebe, Stadthallen, Restaurationsbetriebe und Molkereien. § 88 Abs. 1 nwGO ist jedoch nicht anwendbar bei wirtschaftlichen Hilfstätigkeiten, die in engem Zusammenhang mit hoheitlichen Tätigkeiten gemeindlicher Verwaltung stehen, beispielsweise der Verkauf von Kfz-Schildern. Die Gemeinde muß ihre Absicht, ein wirtschaftliches Unternehmen zu errichten, zu übernehmen, oder wesentlich zu erweitern, wenigstens 6 Wochen vorher mit dem Nachweis des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen schriftlich der staatlichen Aufsichtsbehörde anzeigen (§ 96 Abs. 1 nwGO).

Die Benutzungsformen gemeindlicher wirtschaftlicher Unternehmen können privatrechtlich<sup>47</sup> oder öffentlich-rechtlich (ggf. mit Anschluß- und Benutzungszwang, § 19 nwGO) ausgestattet sein.

#### a) Öffentlich-rechtliche Rechtsformen

Hier sind zunächst die öffentlich-rechtlich organisierten Eigenbetriebe zu nennen. Eigenbetriebe sind Betriebseinheiten von gewisser organisatorischer Festigkeit, Dauer und Selbständigkeit, die eigene Leitungsorgane besitzen und auf eigene Rechnung arbeiten. Sie haben aber keine eigene Rechtspersönlichkeit und sind somit Teile der Gemeindeverwaltung. Nach § 93 Abs. 1 nwGO werden sie hingegen nach den Vorschriften der nwEigenbetriebsverordnung und der Betriebsatzung geführt und gehören gem. § 82 Abs. 1 Nr. 3 nwGO zu den Sondervermögen, die abgetrennt verwaltet werden. Die Werksleitung ist weitgehend verselbständigt, die Zuständigkeit des Rates soll auf den Werksausschuß zwecks Ausschließung sachfremder Einwirkung übertragen werden. Der Gemeindedirektor ist Dienstvorgesetzter der Dienstkräfte des Eigenbetriebs. Angestellte und Arbeiter werden grundsätzlich von ihm oder in seinem Auftrage von der Werksleitung angestellt, befördert und entlassen. Er hat gegenüber der Werksleitung ein Auskunfts- und Weisungsrecht (vgl. § 6 nwEigenbetriebsVO). Auch die Haushalts- bzw. Wirtschaftsführung ist verselbständigt. Die Eigenbetriebsverordnung sieht Maßnahmen zur Erhaltung des Sondervermögens vor. Die Wirtschaftsführung erfolgt nach einem eigenen Wirtschaftsplan, der aus einem Erfolgs-, Vermögens- und Finanzplan sowie einer Stellenübersicht besteht. Die allgemeinen Grundsätze für die Wirtschaftsführung finden sich in § 94 nwGO. Mittels sparsamer und wirtschaftlicher Betriebsführung (§ 62 Abs. 2 nwGO) ist der öffentliche Zweck nachhaltig zu erfüllen. Die Funktionsfähigkeit des Unternehmens ist vorrangig. Hingegen sollen Gewinne nur nach Maßgabe des öffentlichen Zwecks

<sup>47</sup> S. dazu unten b).

erzielt werden. Insofern ist die Rentabilitätspflicht nachrangig. Der Jahresertrag ist gemäß § 94 Abs. 2 nwGO, § 9 nwEigenbetriebsVO zu bestimmen und nachzuweisen. Für die Betriebsführung gilt das öffentliche Recht (z.B. das Personalvertretungsrecht). Nach § 103 a nwGO ist der Jahresabschluß sowie der Lagebericht zu prüfen, und zwar vom Gemeindeprüfungsamt des Regierungspräsidenten (staatliche Aufsichtsbehörde) im Zusammenwirken mit einem Wirtschaftsprüfer oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft.

Eine weitere öffentlich-rechtliche Rechtsform stellt der wirtschaftliche Zweckverband dar, der als Körperschaft des öffentlichen Rechts im Gegensatz zum Eigenbetrieb rechtlich selbständig ist. Die Gemeinden schließen sich zusammen, um in der Hauptsache ein wirtschaftliches Unternehmen zu betreiben. Die Verbandssatzung kann dann bestimmen, daß die Vorschriften über die Wirtschaftsführung und das Rechnungswesen der Eigenbetriebsverordnung sinngemäß Anwendung finden.

#### b) Bürgerlich-rechtliche Organisationsformen

Grundsätzlich besteht nach dem nwKommunalrecht zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisationsformen Wahlfreiheit. Die Gründung oder Beteiligung an einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts liegt neben den oben dargestellten Voraussetzungen des § 88 Abs. 1 nwGO hauptsächlich darin, daß für die Gesellschaft eine Rechtsform zu wählen ist, die die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt. Sie muß ihrer Pflicht nachkommen können, zur Verwirklichung der für die unternehmerische Tätigkeit bestimmenden Gemeindeaufgabe auf die Gesellschaft einzuwirken. In diesem Sinne ist der Rat ausschließlich berechtigt, Gemeindevertreter in die Gesellschaft zu bestellen (und abzurufen), die einer strikten Bindung an die Ratsbeschlüsse unterliegen.

Aufgrund der Haftungsbegrenzung bieten sich als Organisationsformen die Kapitalgesellschaften des bürgerlichen Rechts an. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) besteht aus einem Leitungsorgan, der Geschäftsführung mit Vertretungsbefugnis sowie der Gesellschafterversammlung mit weitgehenden Rechten zur Beeinflussung der Geschäftsführung. Der Gesellschaftsvertrag kann die Einsetzung eines Aufsichtsrates vorsehen. Die Aktiengesellschaft (AG) besteht aus einem Vorstand, der die Geschäfte führt und die Gesellschaft vertritt, sowie aus dem Aufsichtsrat, der den Vorstand bestellt und überwacht. Die Prüfungen der Gesellschaften erfolgen gemäß den gesetzlichen Prüfungspflichten, die für das Recht der GmbH bzw. der AG gelten, durch unabhängige Wirtschaftsprüfer.

Die Gesellschaften lassen sich auch nach dem Beteiligungsverhältnis einteilen. Bei der Eigengesellschaft besitzt die Gemeinde alle Gesellschaftsanteile, bei einem gemischt öffentlichen Unternehmen sind neben der Gemeinde nur andere Verwaltungsträger beteiligt. Von einem gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen spricht man, wenn sich unter den Gesellschaftern (Aktionäre) auch private (natürliche und juristische) Personen befinden, mit denen die Geschäftsführung des Unternehmens wahrgenommen wird. Hält die Gemeinde mehr als 50% der Gesellschaftsanteile, gelten besondere Bestimmungen. Die Wirtschaftsführung orientiert sich bezüglich der Aufstellung des Wirtschaftsplans, der Zugrundelegung eines 5-jährigen Finanzplans und der Feststellung des Jahresabschlusses an dem Eigenbetriebsrecht sowie an den oben

dargestellten Wirtschaftsgrundsätzen des § 94 nwGO. Besitzt die Gemeinde mindestens 1/4 der Anteile, bestehen gemäß § 90 Abs. 1 und 2 nwGO i.V.m. § 53 f. HaushaltsgrundsätzeG hinsichtlich der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung verstärkte Informations- und Prüfungsrechte. Weiterhin kennt man noch die mittelbare Beteiligung, namentlich die Schachtelbeteiligung und die Holding. Hier gelten die oben erwähnten Grundsätze des § 89 Abs. 1 nwGO sowie die besonderen Kontrollrechte des § 90 Abs. 1 Satz 2 nwGO entsprechend.

Im übrigen ist auch die Veräußerung von wirtschaftlichen Unternehmen, Einrichtungen und Beteiligungen nur zulässig, wenn die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht beeinträchtigt wird.

#### c) Rechtliche Vorkehrungen gegen einen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung

Eigenbetriebe können kraft eines Anschluß- und Benutzungszwangs gemäß §§ 18, 19 nwGO oder kraft Demarkations-, Konzessions- oder Verbundverträge über die öffentliche Versorgung mit Elektrizität, Gas oder Wasser (i.S.v. § 103 GWB i.V.m. § 98 GWB) eine Monopolstellung innehaben. Denn es besteht Kontrahierungszwang bzw. ein Anspruch der Gemeindeeinwohner auf Benutzung. Schutz bieten das Mißbrauchsverbot des § 95 nwGO, wonach Anschluß- und Belieferung nicht von der Abnahme anderer Leistungen oder Lieferungen abhängig gemacht werden dürfen, sowie (Rechts-)Verordnungen über allgemeine Bedingungen für die Gas- und Stromversorgung oder für die Versorgung mit Wasser.

Bezüglich privater Gesellschaften gilt für Eigengesellschaften das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gemäß § 98 GWB. Danach kann die Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung zu Verstößen gegen §§ 22, 26, 103 ff. GWB führen. Rechtsgeschäfte, die gegen das Verbot des § 95 nwGO verstoßen, sind nichtig.

#### d) Rechtsfragen der Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Private

Ist eine Gemeinde nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Aufgabenbesorgung verpflichtet, so kann sie einen privaten Unternehmer heranziehen, sei es, daß sie ihn zur Erfüllung im Namen der Gemeinde beauftragt, sei es, daß sie ihm die Befugnis zur Wahrnehmung im eigenen Namen überträgt. In beiden Fällen verbleibt die Aufgabe bei der Gemeinde. Verlagert die Gemeinde die Aufgabe jedoch endgültig auf den Privaten, verändert sie ihre Zuständigkeit insofern, als daß sie sie aufhebt. Dies ist nur zulässig, wenn die Zuständigkeit nicht durch einen Rechtsakt höheren Ranges begründet wurde. Trotz Aufhebung der Zuständigkeit seitens der Gemeinde verbleibt ihr eine Garantstellung, somit die Pflicht, mögliche Rechtsnachteile für die Bürger präventiv zu verhindern.

### 11. *Nichtwirtschaftliche gemeindliche Unternehmen*

Die Zuordnung gemeindlicher Unternehmen zum Kreis der nichtwirtschaftlichen Unternehmen geschieht im Wege einer gesetzlichen Fiktion oder Definition. Es ist somit unerheblich, ob die in § 88 Abs. 2 Nrn. 1–3 nwGO bezeichneten Unternehmen auch von einem privaten Unternehmer kostendeckend betrieben werden können.

Hierzu zählen Unternehmen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist (Nr. 1), sowie Einrichtungen des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfall- und Abwasserbeseitigung, der Straßenreinigung sowie Einrichtungen ähnlicher Art (Nr. 2), wobei sich einige Einrichtungen beiden Nrn. zuordnen lassen. Nr. 3 nennt Einrichtungen, die als Hilfsbetriebe (Regiebetriebe) ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinden dienen (Gemeindedruckerei, -waage, -eigene Buchbinderei).

Die öffentlich-rechtlichen Formen der nichtwirtschaftlichen Betätigungen sind vielfältig. Haushaltsbetriebe werden als Teile (Abteilung, Amt, Dienststelle) der Gemeindeverwaltung geführt. Anstaltsbetriebe sind Teile der Gemeindeverwaltung, die zur Erbringung von Leistungen als rechtliche unselbständige Anstalten organisiert sind (Schulen, Theater, Museen, Friedhöfe, Bibliotheken). Für die oben dargestellten Eigenbetriebe<sup>48</sup> gilt die Besonderheit, daß Befreiungen von den Rechtsvorschriften, die für die Führung wirtschaftlicher Unternehmen nach der Eigenbetriebsverordnung gelten, zulässig sind. Die Regelungen für die Jahresabschlußprüfung (§ 103 a Abs. 1 und 2 nwGO) gelten jedoch entsprechend. Die rechtsfähige öffentlich-rechtliche Stiftung ist in der gemeindlichen Sphäre eine seltene Organisationsform. Zweckverbände sind Zusammenschlüsse mehrerer Gemeinden zum überörtlichen Betrieb nichtwirtschaftlicher Unternehmen (Theater, Sportstätten). Schließlich sind Genossenschaften des öffentlichen Rechts zu nennen, in denen die Gemeinde mit Bürgern zusammenwirkt (Fischerei-, Jagd- und Waldwirtschaftsgenossenschaft).

Auch im Bereich der nichtwirtschaftlichen Betätigung finden sich private Rechtsformen. Für die GmbH, die AG und die Beteiligungsverhältnisse dieser Gesellschaften wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.<sup>49</sup> Hier gilt jedoch, wie auch für eine weitere Form, die Mitarbeit der Gemeinde in einem nichtwirtschaftlichen Verein, die besondere Zulässigkeitsvoraussetzung, daß für die Gemeinde ein wichtiges Interesse an der Gründung oder Beteiligung vorliegen muß (§ 89 Abs. 2 nwGO). Für die Veräußerung von nichtwirtschaftlichen Unternehmen, Einrichtungen oder Beteiligungen gilt wiederum, daß die gemeindliche Aufgabenerfüllung nicht beeinträchtigt werden darf (§ 91 Abs. 1 nwGO).

---

<sup>48</sup> S. oben 10a.

<sup>49</sup> S. oben 10b.



LÁSZLÓ KISS

## Die Selbstverwaltung im System der Gewaltenteilung in Ungarn

Zu den vermutlich am meisten gebrauchten Schlüsselwörtern der sich in Ungarn zur Zeit vollziehenden „stillen Revolution“ gehören zweifellos Ausdrücke wie „Rechtsstaat“ und „Rechtsstaatlichkeit“. Man beruft sich allerorts auf sie, wobei man wahrscheinlich gar nicht weiß, was eigentlich unter den so oft – und ohne Bedenken – gebrauchten Begriffen zu verstehen ist.

In Wirklichkeit gibt es auch keine allgemein anerkannte Definition des Begriffes „Rechtsstaat“. Es lassen sich – und das ist auch nicht wenig – lediglich seine wichtigsten *Merkmale oder Komponenten* bestimmen. Um also unter Berufung auf die Rechtsstaatlichkeit irgend etwas zu unternehmen oder zu unterlassen, müßte zunächst in der Frage Einigkeit erzielt werden, welches die Komponenten eines Rechtsstaates sind.

Obwohl hinsichtlich der Wesenselemente des Rechtsstaates keine *communis opinio doctorum* besteht, können als im wesentlichen unbestritten folgende Kriterien angeführt werden:

1) die Umgestaltung eines immer größer werdenden Bereiches wichtiger Rechte in *Grundrechte*; 2) die Gewährleistung des *Primates* der Gesetze; 3) die Umsetzung des Prinzips der *Gewaltenteilung* in die Praxis.

Der Titel des Beitrags verweist darauf, daß die Selbstverwaltung als Bestandteil der Gewaltenteilung und folglich des staatlichen Mechanismus anzusehen ist und keine außerhalb stehende, dem Staat entgegengesetzte Form der örtlichen Machtausübung darstellt.

1) Es ist notwendig, diese Aussage als Grundthese festzuhalten; zumal jede Auseinandersetzung mit diesen Begriffen nur auf einer derartigen, sicheren Basis aufbauen kann. Gerade hier – bei der Auslegung des Begriffes – treten allerdings die ersten Schwierigkeiten auf. Warum?

Liest man die gegenwärtig geltenden Parteiprogramme, so kann man jedenfalls nicht umhin, bestimmte Bedenken zur Sprache zu bringen. Beim Leser dieser Programme wird zunehmend die Überzeugung geweckt, daß die Parteien hinsichtlich der Selbstverwaltung einen sogar in zweifacher Hinsicht anfechtbaren Standpunkt einnehmen, und zwar:

a) Zunächst tritt in den heutigen politischen Dokumenten das Bild einer störungsfrei funktionierenden Selbstverwaltung in Erscheinung, die auf den ersten Blick imstande ist, sämtliche Probleme zu lösen sowie alle Schwierigkeiten zu beheben, mit denen die örtliche Lenkung und Verwaltung heute belastet ist. Neben dem „Licht“ ist kaum vom „Schatten“ die Rede. Völlig außer acht gelassen wird, daß die Erfüllung örtlicher Aufgaben lediglich von einer verhältnismäßig störungsfrei funktionierenden Selbstverwaltung zu erwarten ist. Das erwähnte Idealbild ist darauf zurückzuführen, daß viele der Ansicht sind, das Selbstverwaltungssystem könne überall im Hand-

umdrehen ausgebaut werden, wo doch prinzipiell eine Differenzierung bei der Gestaltung der für jede Gemeinde zu gewährleistenden Selbstverwaltung und deren unmittelbarer, konkreter Bildung notwendig wäre. Wir wollen unsere Meinung nicht verhehlen: Unsere Fachkenntnisse – und nicht zuletzt unsere Erfahrungen aus den westlichen Ländern – haben uns davon überzeugt, daß es unmöglich ist, das System der Selbstverwaltung sofort und im gesamten Land zu etablieren. Eine – nicht durchdachte – diesbezügliche Forderung wäre nichts anderes als ein Experiment mit der Gesellschaft, ein Mißbrauch der Gutgläubigkeit der Bevölkerung und ihrer – das Bessere und Schöneren anstrebenden – Mentalität. Wir möchten betonen, daß der Ausbau der Selbstverwaltung reife Überlegungen, gründliche Vorbereitung sowie einen hohen Kenntnisstand verlangt. Die Verwaltungsreformen dürfen sich nicht als Seifenblasen entpuppen; ansonsten käme dies einem weiteren Experiment mit der Gesellschaft gleich.

Um eine Ausgangsposition im Hinblick auf eine sinnvolle Gestaltung der Selbstverwaltung zu finden, sind unbedingt mehrere Faktoren – pro und contra – abzuwägen. Von diesen spielen zweifellos die materiellen und finanziellen Voraussetzungen die Hauptrolle. Daneben sind aber auch diejenigen Störungsfaktoren zu bedenken, die beispielsweise die Tätigkeit der heutigen Selbstverwaltungssysteme in den westlichen Ländern beeinträchtigen. Worum handelt es sich dabei?

- Die Grenzen der staatlichen und der örtlichen Aufgaben fließen immer mehr zusammen. Nach *H.-G. Schotze* ist der soziale Rechtsstaat dadurch gekennzeichnet, daß – im Gegensatz zum liberalen Staat – die staatlichen Aufgaben erheblich erweitert werden.<sup>1</sup>
- Infolge der wissenschaftlichen und technischen Revolution sind die traditionellen Selbstverwaltungsaufgaben im Schwinden begriffen. Die traditionell in die örtliche Kompetenz fallenden Dienstleistungen überfordern die Leistungsfähigkeit der einzelnen Gemeinde. Kein Selbstverwaltungsorgan übernimmt heute die Verantwortung für ihre Erfüllung. Es handelt sich dabei insbesondere um örtliche Dienstleistungen, die zwar als traditioneller Bereich und Gegenstand der Selbstverwaltung angesehen werden können, am Ende des 20. Jahrhunderts aber kostengünstig nur in einem regionalen oder kleinregionalen System zu organisieren sind.
- Auch die Gesetzgebung selbst zeigt gegenwärtig die Tendenz, Aufgaben, die ursprünglich in die Kompetenz der Selbstverwaltung fielen (z.B. Energieversorgung, sozialer Sektor usw.), auf den Staat zu übertragen. Dabei ist kaum zu leugnen, daß die Gemeinden selbst immer seltener für die Wahrnehmung örtlicher (Gemeinde-) Aufgaben eintreten. Es lohnt sich für sie vielmehr, wenn auch die materiellen Folgen der ihnen entzogenen Aufgaben nicht von ihnen selbst, sondern vom dem – als „Aggressor“ bezeichneten – Staat getragen werden.
- Für viele Menschen ist die Gemeinde nur in bestimmter Hinsicht relevant (so zum Beispiel im Hinblick auf Wohnung, Dienstleistungen, Unterhaltungsmöglichkeiten, Ausbildung). Die Gemeinde hat also ihre örtliche Integrationskraft, ihre gesellschaftliche Funktion als Bewußtseinsträger verloren.

<sup>1</sup> *Hans-Georg Schotze*: Der Erlaß von Rechtsvorschriften durch die Bundeswirtschaftsverwaltung in den USA, 1974, S. 23.

- Die Entscheidungsmöglichkeiten und die Kompetenz der örtlichen Selbstverwaltungsorgane werden auch durch die Flut der Gesetze und zentralen Pläne erheblich eingeschränkt. Durch die starke Überregelung geraten die Gemeinden in die gleiche Lage wie der einfache Bürger oder der Unternehmer.<sup>2</sup> Auf dieses Problem möchte ich – angesichts seiner besonderen Bedeutung – nachstehend noch näher eingehen.
- Das Steuerfindungsrecht, das ursprünglich ein wichtiges Merkmal der örtlichen Selbstverwaltung war, beschränkt sich in einigen Staaten (z.B. in der Bundesrepublik Deutschland) auf Bagatellsteuern. Dennoch wird um ihre Erhebung ziemlich viel Aufhebungs gemacht.<sup>3</sup>
- Die politischen Parteien mißverstehen zumeist ihre eigene Rolle und Stellung im Hinblick auf die Selbstverwaltung. Ihr Bemühen, an der Selbstverwaltung beteiligt zu sein, sowie ihre diesbezügliche Aggressivität gelten schon an sich als ein Faktor, der gegen das Selbstverwaltungssystem wirkt. Nach *W. Brohm* sind die Parteien bestrebt, die örtlichen Selbstverwaltungsorgane in ihren Machtbereich einzubeziehen. Durch die Eingliederung der Parteien in die örtlichen Vertretungskörperschaften und Selbstverwaltungsorgane werde aber die Gefahr heraufbeschworen, daß die zentralen Parteiinteressen über die politischen Interessen der Stadt (Gemeinde) gestellt werden.<sup>4</sup>
- Nicht selten wird die Ansicht vertreten, daß die Parteien in der Beschlagnahme der Selbstverwaltungsorgane einen Weg erblicken, um nach der zentralen Macht zu greifen. Nach *A. Kötigen* besteht die größte Gefahr für die kommunale Selbstverwaltung darin, daß Parteiinteressen in sie eindringen. Für die Parteien sei die Selbstverwaltung nichts anderes als ein Sprungbrett zum Ergreifen der Macht auf staatlicher Ebene. Die Parteien rissen mithin die Selbstverwaltung aus dem Bereich der örtlichen Interessen heraus.<sup>5</sup>

Worin besteht letztlich die unmittelbare Gefahr, die sich aus diesen Bestrebungen ergibt? Die Organisation der Parteien erfolgt in Ungarn seit 1987 – wieder – *von oben* und nicht auf der Grundlage der gesellschaftlichen Interessen, der grundlegenden politischen Prinzipien.<sup>6</sup> Bei ihrer Entstehung spielten zweifellos politische Traditionen, akzidentelle Umstände, selektive Faktoren, abweichende Verhaltensweisen und – nicht zuletzt – auch freundschaftliche Beziehungen eine große Rolle. Bei einer organischen Entwicklung organisieren sich aber die Parteien von unten und haben unmittelbare Beziehungen zu den gesellschaftlichen Organisationen und den Interessenvertretungen.<sup>7</sup>

Wir sind somit Zeugen einer eigenartigen, widersprüchlichen Situation: Während in der „Linienführung“ der Parteien eine von oben nach unten gerichtete, der Zentralisierung dienende Lösung deutlich erkennbar ist, duldet der Grundgedanke der

<sup>2</sup> *Winfried Brohm*: Die Selbstverwaltung der Gemeinden im Verwaltungssystem der Bundesrepublik, DVBl. 1984, S. 293.

<sup>3</sup> *Winfried Brohm*: a.a.O. S. 299.

<sup>4</sup> *Winfried Brohm*: a.a.O. S. 295.

<sup>5</sup> *Arnold Kötigen*: Kommunale Selbstverwaltung zwischen Krise und Reform. Ausgewählte Schriften, Stuttgart 1968, S. 197.

<sup>6</sup> *Attila Ágh*: Rendszerváltó-láz (Fiebrige Systemänderung) Figyelő, 1. Februar 1990, S. 3.

<sup>7</sup> *Attila Ágh*: a.a.O.

Selbstverwaltung lediglich eine Organisation von unten nach oben. Es besteht insofern kein Zweifel daran, daß das Eindringen zentraler Parteiinteressen in die Selbstverwaltungsorgane diese von ihrer ursprünglichen Bestimmung abbringen kann, nämlich frei von unnötigen politischen Einflüssen zu den tatsächlichen Trägern der Versorgung der Bevölkerung sowie der Entwicklung der Gebiete und Gemeinden zu werden.

Es stellt sich natürlich auch die Frage, ob es überhaupt vernünftig ist, das Problem der föderalen „Gewaltenteilung“ in der Parteiendemokratie aufzugreifen, zumal es sich dabei um ein Ineinandergreifen des politischen und staatlichen Mechanismus handelt.

b) Vermutlich steht mit dem Gesagten die Tatsache in engem Zusammenhang, daß in den Programmen mehrerer Parteien noch zahlreiche Unklarheiten hinsichtlich Wesen und Funktionieren der Selbstverwaltung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts vorhanden sind. Man könnte vielleicht sagen, daß in den Programmen eine „naturrechtliche“ Auffassung der Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Naheliegender erscheint aber die Ansicht, daß es sich bei den Selbstverwaltungsorganen um Formationen handelt, die außerhalb des Staates stehen und in dieser Eigenschaft ein Gegengewicht zur Staatsgewalt und zu den Staatsorganen darstellen. In Wirklichkeit sind aber die Selbstverwaltungsorgane – worauf bereits hingewiesen wurde – überall organische Bestandteile des Staatsmechanismus mit der Folge, daß diese nicht außerhalb, sondern innerhalb des staatlichen Bereichs zu untersuchen sind.<sup>8</sup> Sollte sich das gegenwärtige – nicht richtig gedeutete – Verständnis nicht ändern, so ist zu befürchten, daß die Selbstverwaltungsorgane nicht imstande sein werden, jene Funktion zu erfüllen, zu der sie ins Leben gerufen worden sind. Das bedeutet natürlich nicht, daß bei der Ausarbeitung der Institute der Gewaltenteilung auf die Einfügung von Mechanismen, die einerseits entsprechende Garantien gegen einen Machtmißbrauch der Zentrale bieten, andererseits die Wahrnehmung der örtlichen und regionalen Interessen im Rahmen der zentralen Entscheidungen gewährleisten, verzichtet werden kann.

2) Aus den vorangehenden Ausführungen geht sicherlich hervor, daß wir die Selbstverwaltung eindeutig als Bestandteil des Staatsmechanismus auffassen und ihr in diesem Sinne eine Bedeutung beimessen.

Davon ausgehend sind ihre konkrete Stellung und ihre Aufgaben zu bestimmen, ist das Verhältnis der zentralen und der örtlichen Macht von neuem zu durchdenken. Damit die Selbstverwaltungsorgane die wirklichen Träger der örtlichen Macht sein können, ist auch die „Arbeitsteilung“ zu überprüfen, die sich zwischen der zentralen und der örtlichen Macht bis heute herausgebildet hat. Diese „Arbeitsteilung“ läßt sich am besten an den rechtlichen Regelungen verfolgen, und zwar insbesondere an deren Umfang und Tiefe. In Verbindung hiermit ist zu klären, ob die zentrale Macht

<sup>8</sup> So wird beispielsweise in der Schweiz der Gesetzgeber lediglich in den Verfassungen von *Aargau* und *Basel-Landschaft* dazu verpflichtet, den Gemeinden ein weitläufiges Tätigkeitsfeld zu sichern. S. *Yvo Hangartner: Die kommunale Selbstverwaltung in der Schweiz*, DVBl. 1985, S. 866. Es kann als eine Besonderheit hervorgehoben werden, daß es 1983 eines der wichtigsten Ziele der Reformen in Polen war, den Selbstverwaltungscharakter der örtlichen Organe zu steigern, was aber nicht restlos verwirklicht werden konnte. Zugleich wurde festgehalten, daß eine „Zentralisierung“ nur durch Gesetz vorgeschrieben werden darf. (S. *Pawel R. Czechowski: Die Lokalverwaltung in Polen*, DVBl. 1987, S. 444).

es überhaupt zuläßt, daß sich die Selbstverwaltungsorgane – als die tatsächlichen Inhaber der örtlichen Macht – in die Struktur des Rechtsstaates eingliedern. Nimmt man die Intensität der rechtlichen Normierung zum Maßstab, können anhand der nachstehenden Angaben gewisse Schlußfolgerungen gezogen werden.

In den 17 Jahren zwischen 1969 und 1986 sind in Ungarn 6763 Rechtsnormen – einschließlich ministerieller Verordnungen – erlassen worden. Das bedeutet, daß in dem untersuchten Zyklus 2,53mal so viele Rechtsnormen erlassen worden sind, wie zu Beginn der Periode in Kraft waren. Der Zeitraum, den der Austausch sämtlicher ungarischer Rechtsnormen durchschnittlich in Anspruch nimmt, beträgt – wenn man den gleichen Umfang der Rechtsnormen zugrunde legt – weniger als 7 Jahre.

Neben der Anzahl der neu ergangenen Rechtsnormen war also auch der Austausch von Rechtsnormen sehr groß. Dies wird auch dadurch bestätigt, daß neben den in der angeführten Periode geschaffenen 6763 Rechtsnormen 4125 außer Kraft gesetzt sowie 4830 Rechtsnormen modifiziert wurden. Das bedeutet, daß sich derjenige, der das Rechtsnormenmaterial mit Aufmerksamkeit verfolgen möchte, zusammen mit den bereits vor Beginn der Periode geltenden Rechtsnormen insgesamt mit 18 395 Rechtsnormen bzw. deren Modifizierung befassen muß. Des weiteren ist von Belang, daß in den genannten 17 Jahren die durchschnittliche Lebensdauer der Rechtsnormen 7,66 Jahre – der ministeriellen Verordnungen 7,46 Jahre – betragen hat.

Jedes Jahr werden im Durchschnitt 600 Rechtsnormen geändert, womit auf jeden Werktag mehr als zwei Änderungen entfallen.

Sehr hoch ist die Zahl ministerieller Verordnungen. Im Untersuchungszeitraum wurden 1736 ministerielle Verordnungen mehr erlassen als in der vorhergehenden Periode. Ihre Zunahme beträgt 80% ! Die Lust zur rechtlichen Normierung ist insbesondere seit 1979 angestiegen. Läßt man die noch größere Normenflut in den Jahren zwischen 1945 und 1951 außer acht, so ist in dem Zeitabschnitt von 1979 bis 1986 ein alle früheren Zyklen weit übertreffendes Rechtsnormenpotential entstanden. Diese Behauptung soll mit folgenden Angaben belegt werden: In den ersten 10 Jahren des untersuchten 17-Jahres-Zyklus wurden im Jahresdurchschnitt 351 Rechtsnormen erlassen. In den darauffolgenden 7 Jahren stieg diese Zahl auf einen Jahresdurchschnitt von 406 an. Innerhalb des Zyklus zeigt sich somit hinsichtlich der Zahl der Rechtsnormen im Jahresdurchschnitt eine Zunahme von 16%. Zieht man aber auch die Tatsache in Betracht, daß in dem vorangegangenen 17-Jahres-Zyklus – also im Zeitabschnitt zwischen 1951 und 1968 – im Jahresdurchschnitt 128 ministerielle Verordnungen erlassen wurden, ist die Zunahme von 94,5% bereits als weit übertrieben anzusehen. In Anbetracht der Tatsache, daß die in den 17 Jahren des Untersuchungszeitraums erlassenen ministeriellen Verordnungen die geltenden um das Dreifache übersteigen, ist auf eine außerordentlich aktive Rechtsetzungsperiode zu schließen. Unter Anwendung einer anderen Berechnungsweise kann festgestellt werden, daß sich dieses Rechtsnormenmaterial in 5,3 Jahren verdoppelt bzw. bei gleicher Zahl der Rechtsnormen austauscht.

Als Grund oder auslösender Faktor der rechtlichen Überregulierung ist die gegenwärtige, keineswegs als glücklich zu beurteilende Arbeitsteilung zwischen der zentralen und der örtlichen Rechtsetzung zu betrachten. Wir vertreten entschieden die Meinung, daß die heutige Rechtsetzung in Ungarn zu stark zentralisiert ist. Sehr oft liegt das Schwergewicht – prinzipienlos und unbegründet – bei der zentralen Rechtset-

zung. Nicht selten ist dabei festzustellen, daß Fragen, die einer den örtlichen Besonderheiten und Gegebenheiten entsprechenden Normierung bedürften, in zentralen Rechtsvorschriften geregelt werden, die bereits im Augenblick ihres Inkrafttretens nicht durchführbar sind. Dies löst wiederum die Ungeduld der normsetzenden Organe der jeweils höheren Ebene aus, die sodann den aufgetretenen Schwierigkeiten mit dem Erlaß neuer Rechtsnormen oder durch eine Abänderung der sich als wirkungslos erwiesenen Normen entgegenzuwirken versuchen. Interessanterweise wird aber nur selten daran gedacht, die Rechtsetzungskompetenz selbst den durch die Regelung betroffenen gesellschaftlichen Verhältnissen näherzubringen.

Fazit: Die zur Zeit sehr rege zentrale Rechtsetzung könnte durch eine eindeutigere Festlegung der Grenzen zwischen zentraler und partikulärer Normsetzung sowie durch die Klärung der Prinzipien der Arbeitsteilung mit großer Gewißheit abgebremst werden.

Wenn wir also die Selbstverwaltung als realen Bestandteil der Gewaltenteilung betrachten, müssen wir uns jene Zusammenhänge vor Augen führen, die die Beziehungen zwischen Selbstverwaltung und Gewaltenteilung charakterisieren. Um eine angemessene Therapie zu finden, bedarf es jedoch einer zuverlässigen Diagnose sowie einer gründlichen Analyse der tatsächlichen Lage. Einige Elemente dieser Analyse – natürlich ohne Anspruch auf Vollständigkeit – versucht dieser Beitrag aufzuzeigen.

## AUTORENVERZEICHNIS

**PROF. DR. ANTAL ÁDÁM**

Universität Pécs, Richter am Verfassungsgericht der Republik Ungarn

**PROF. DR. GEORG BRUNNER**

Universität zu Köln

**PROF. em. DR. DR. h.c. GERHARD HOFFMANN**

Universität Marburg

**DOZENT DR. LÁSZLÓ KISS**

Universität Pécs

**PROF. DR. HARTMUT KRÜGER**

Universität zu Köln

**PROF. DR. PÉTER SCHMIDT**

Universität Budapest, Richter am Verfassungsgericht der Republik Ungarn

**PROF. DR. DR. h.c. KLAUS STERN**

Universität zu Köln, Richter am Verfassungsgerichtshof des Landes Nordrhein-Westfalen

**DOZENT DR. ALBERT TAKÁCS**

Hochschule für Verwaltung, Budapest

**PROF. DR. IMRE TAKÁCS**

Universität Budapest

**PROF. DR. PETER WEIDES †**

Universität zu Köln

Bayerische  
Staatsbibliothek  
München

# Veröffentlichungen der Südosteuropa-Gesellschaft

Eine vollständige Liste der bisher von der SOG herausgegebenen Publikationen ist über die Geschäftsstelle, Widenmayerstraße 49, D-8000 München 22 zu beziehen.

## SÜDOSTEUROPA JAHRBÜCHER

Im Namen der Südosteuropa-Gesellschaft herausgegeben von Walter Althammer

- Band 17: **Die Völker Südosteuropas im 6.-8. Jahrhundert.** Hrsg. von Bernhard Hänsel. 308 S., München 1987. (DM 85,-)
- Band 18: **Zwischen Zentralisierung und Selbstverwaltung – Bürokratische Systeme in Südosteuropa.** Hrsg. von Franz Ronneberger. 161 S., München 1988. (DM 34,-)
- Band 19: **Die Staaten Südosteuropas und die Osmanen.** Hrsg. von Hans Georg Majer. 382 S., 61 Abb., München 1989. (DM 68,-)
- Band 20: **Die Moderne in den Literaturen Südosteuropas.** Hrsg. von Reinhard Lauer. 216 S., München 1991. (DM 44,-)
- Band 21: **Wandlungen in der Eigentumsverfassung der sozialistischen Länder Südosteuropas.** Hrsg. von Georg Brunner und Dieter Pfaff. 111 S., München 1990. (DM 28,-)

## SÜDOSTEUROPA STUDIEN

Im Namen der Südosteuropa-Gesellschaft herausgegeben von Walter Althammer

- Band 40: **Volksmusik und Kunstmusik in Südosteuropa.** Hrsg. von Cornelius Eberhardt und Günther Weiß. 193 S., München 1989. (= Schriftenreihe der Hochschule für Musik in München, Bd. 9) (DM 49,-)
- Band 41: **Südosteuropa-Veröffentlichungen aus der Bundesrepublik Deutschland 1984–1988.** Hrsg. von Klaus-Detlev Grothusen. 128 S., München 1989. (DM 22,-)
- Band 42: **Industrialisierung und gesellschaftlicher Wandel in Südosteuropa.** Hrsg. von Roland Schönfeld. 139 S., München 1989. (DM 22,-)
- Band 47: **Südosteuropa in der Wahrnehmung der deutschen Öffentlichkeit vom Wiener Kongreß (1815) bis zum Pariser Frieden (1856).** Hrsg. von Josip Matešić und Klaus Heitmann. 180 S., München 1990. (DM 34,-)
- Band 48: **Albanien in Vergangenheit und Gegenwart.** Hrsg. von Klaus-Detlev Grothusen. 192 S., München 1991. (DM 36,-)
- Band 49: **Politischer Pluralismus und Verfassungsstaat in Deutschland und Ungarn.** Hrsg. von Georg Brunner. 183 S., München 1992. (DM 36,-)
- Band 50: **Von der Ost-West-Konfrontation zur Europäischen Friedensordnung.** Hrsg. von Günther Wagenlehner. 317 S., München 1992. (DM 49,-)

## SÜDOSTEUROPA AKTUELL

Im Namen der Südosteuropa-Gesellschaft herausgegeben von Walter Althammer

- Heft 1: **Fragen der Finanzierung des Handels mit Südosteuropa.** Hrsg. von Walter Althammer. 82 S., München 1987. (DM 7,-)
- Heft 2: **Südosteuropa in der Ära Gorbatschow. Auswirkungen der sowjetischen Reformpolitik auf die südosteuropäischen Länder.** Hrsg. von Walter Althammer. 159 S., München 1987. (DM 15,-)
- Heft 3: **Die Türkei und die Europäische Gemeinschaft.** Hrsg. von Werner Gumpel. 120 S., München 1988. (DM 12,50)
- Heft 4: **Die jugoslawische Wirtschaft – Gegenwart und Zukunft.** Hrsg. von Werner Gumpel. 105 S., München 1988. (DM 10,-)
- Heft 5: **Agrarwirtschaftliche Zusammenarbeit mit Albanien.** Hrsg. von Walter Althammer. 126 S., München 1989. (DM 12,50)
- Heft 6: **Landesentwicklung und Umweltschutz im Donauraum.** Hrsg. von Karl Ruppert. 138 S., München 1989. (DM 15,-)
- Heft 7: **Interkulturelle Kommunikation in Südosteuropa.** Hrsg. von Franz Ronneberger. 132 S., München 1989. (DM 15,-)
- Heft 8: **Die Interessen der Anliegerstaaten am Rhein-Main-Donau-Kanal.** Hrsg. von Werner Gumpel. 72 S., München 1990. (DM 7,-)
- Heft 10: **Die Verfassung als Katalysator zwischen Gesellschaft und Staat.** Hrsg. von Ádám Antal und Heinrich Scholler. 201 S., München 1990. (DM 17,50)
- Heft 11: **Europa und die Türkei in den neunziger Jahren.** Hrsg. von Werner Gumpel. 82 S., München 1991. (DM 7,-)
- Heft 12: **Das vereinte Deutschland als Partner Ostmittel- und Südosteuropas.** Hrsg. von Walter Althammer. 120 S., München 1991. (DM 12,50)
- Heft 13: **Die Agrarwirtschaft Südosteuropas im Wandel.** Hrsg. von Karl-Eugen Wädekin. 204 S., München 1992. (DM 17,50)