

Verwaltung und Rechtsbindung

Festschrift

zum hundertjährigen Bestehen
des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes

herausgegeben von Theodor Maunz



RICHARD BOORBERG VERLAG MÜNCHEN

(1979)

Universitäts-
Bibliothek
München

Y P 79/4482

Zitiervorschlag:
Maetzel in BayVGH-FSchr. (1979) S.

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Verwaltung und Rechtsbindung: Festschr. zum hundertjährigen
Bestehen d. Bayer. Verwaltungsgerichtshofes
hrsg. von Theodor Maunz. — München: Boorberg, 1979.
ISBN 3-415-00782-0

NE: Maunz, Theodor [Hrsg.]; Bayern, Verwaltungsgerichtshof

Satz und Druck: Johannesdruck Hans Pribil KG, München
© Richard Boorberg Verlag GmbH & Co, Stuttgart · München · Hannover 1979
ISBN 3-415-00782-0

Inhalt

Zur Abgrenzung der Normenkontrolle des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs und des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs von WILHELM LOSSOS Präsident des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs und des Oberlandesgerichts München	Seite 1
Hundert Jahre Gerichtshof für Kompetenzkonflikte in Bayern von Dr. WOLFGANG SCHIER Präsident des Bayerischen Obersten Landesgerichts	Seite 13
Zur Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im Verwaltungsprozeß von WOLF BOGUMIL MAETZEL Richter am Bundesverwaltungsgericht	Seite 29
Die Verwaltungsgemeinschaft von Dr. SIEGWIN SÜSS Ministerialdirektor im Bayerischen Staatsministerium des Innern	Seite 39
Einvernehmen und Benehmen im Bauplanungsrecht von Dr. HERBERT ZEITLER Ministerialdirigent im Bayerischen Staatsministerium des Innern	Seite 51
Der Vertreter des öffentlichen Interesses bei den Verwaltungsgerichten im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts von GEORG BERNER Generallandesanwalt, Landesanwaltschaft Bayern	Seite 65
Die Generalstaatsanwälte am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof von Dr. Dr. HELMUT KALKBRENNER Oberlandesanwalt bei der Landesanwaltschaft Bayern	Seite 105
Zur Einführung einer Vergünstigungsgegenklage und einer Gleichbehandlungsklage in das verwaltungsgerichtliche Verfahren von Dr. CHRISTIAN HEINZE Rechtsanwalt in München	Seite 143
Das Asylrecht im Spiegel der neuesten Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes von Dr. OTTO KIMMINICH Professor an der Universität Regensburg	Seite 153
Staat und Kommunen im Spiegel der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs von Dr. FRANZ-LUDWIG KNEMEYER Professor an der Universität Würzburg	Seite 169

Die Bedeutung der Vorbehaltsklausel des § 47 Abs. 3 VwGO für das Normenkontrollverfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof von Dr. FRANZ KNÖPELE Professor an der Universität Augsburg	Seite 187
Die Beteiligung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren von Dr. FERDINAND O. KOPP Professor an der Universität Passau	Seite 205
Grenzen der Wehrfähigkeit kommunaler Planungshoheit von Dr. PETER LERCHE Professor an der Universität München	Seite 223
Die Schule in der Sicht der Rechtsprechung von Dr. THEODOR MAUNZ Professor an der Universität München	Seite 239
Die Vorgeschichte der Errichtung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes von Dr. Dr. FRIEDRICH MERZBACHER Professor an der Universität Würzburg	Seite 259
Der nichtige öffentlich-rechtliche Vertrag nach § 59 VwVfG von Dr. KLAUS OBERMAYER Professor an der Universität Erlangen-Nürnberg	Seite 275
Systemgerechtigkeit in der Raumplanung von Dr. WALTER SCHMITT GLAESER Professor an der Universität Bayreuth	Seite 291
Der Beitrag des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes zur Interpretation der Bayerischen Verfassung — dargestellt an deren erstem Hauptteil — von Dr. HANS F. ZACHER Professor an der Universität München	Seite 307

HANS F. ZACHER

Der Beitrag des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes zur Interpretation der Bayerischen Verfassung — dargestellt an deren erstem Hauptteil —

I. Vorbemerkung¹

Der Beitrag des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes (VGH) zur Interpretation der Bayerischen Verfassung (BV) hat eine institutionelle und eine funktionelle Seite. Mit der funktionellen Seite ist gemeint, daß der VGH im Rahmen seiner eigenen Zuständigkeit die Funktion hat, die BV anzuwenden und also zu interpretieren. Das ist nicht seine zentrale Aufgabe. Und seit die BV vom Grundgesetz überlagert ist², hat sich diese Funktion zudem insofern abgeschwächt, als der VGH dann, wenn Grundgesetz und BV übereinstimmen, grundsätzlich die Möglichkeit hat, zwischen der Argumentation aus dem Grundgesetz und der aus der BV zu wählen oder beide Argumentationen zu mischen. Dabei gibt er meist dem interpretatorisch reicher entwickelten Grundgesetz den Vorzug. Die BV wird „mitzitiert“ — oder auch nicht. Doch bleibt in vielem die Argumentation aus der BV interessant oder — wo Grundgesetz und BV nicht übereinstimmen — sogar notwendig. Der VGH wird dann zu einer wichtigen Stimme im Konzert der Ausleger der Verfassung³. Jede Erkenntnis — auch die der Normauswahl und Norminterpretation — ist abhängig von Objekt, Subjekt und Situation. Und so ist nie auszuschließen, das Entscheidungsgut, Verfahrensbeteiligte, Richterpersönlichkeiten und Erfahrungshorizonte des VGH dazu führen, daß seine Verfassungsinterpretation die des Verfassungsgerichtshofes wesentlich bereichert.

1 Es ist dem VERFASSER ein Anliegen, seiner Freude darüber Ausdruck zu geben, durch diesen Beitrag seine Verbundenheit mit dem VGH manifestieren zu können. Er war von September 1955 bis Oktober 1956 als juristischer Hilfsarbeiter am VGH tätig. Als solcher in erster Linie dem damaligen Präsidenten DR. JAKOB KRATZER zugeordnet, konnte er gerade von diesem viele nützliche und prägende Lehren mitnehmen. Aber auch sonst war dies für den Verfasser eine Zeit, die ihm überaus fruchtbare Erfahrungen eintrug, nicht weniger aber gute fachliche und menschliche Beziehungen mit einer Reihe von Richterpersönlichkeiten, die zum Teil bis heute andauern.

2 Siehe zu den spezifischen Möglichkeiten des Verhältnisses von Landesverfassungsrecht und Bundesverfassungsrecht HANS F. ZACHER in: NAWIASKY/LEUSSER/SCHWEIGER/ZACHER, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Teil IV, RdNr. 28 ff., 38 ff.

3 Siehe dazu PETER HÄBERLE, Verfassung als öffentlicher Prozeß, 1979, insbes. S. 155 ff.

Die institutionelle Komponente des Beitrags des VGH zur Interpretation der BV besteht darin, daß die Richter des VGH einen erheblichen Teil der Richter des Verfassungsgerichtshofes stellen. Das bringt stets etwas von der spezifischen Entscheidungssituation und dem spezifischen Erfahrungshorizont des VGH in die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ein. In der Gegenrichtung steigert es die verfassungsrechtliche Wachsamkeit des VGH ebenso wie seine verfassungsrechtliche Kompetenz. Daß zwischen funktionellem und institutionellem Beitrag so eine enge innere Verbindung besteht, liegt auf der Hand.

II. Die institutionelle Verklammerung von Verfassungsgerichtshof und Verwaltungsgerichtshof

Verfassungsgerichtshof und VGH haben einen gemeinsamen Vorfahren: den Staatsrat der Verfassung von 1818⁴. Dieser Staatsrat hatte eine Reihe von Kompetenzen, die man heute verwaltungsgerichtliche nennen würde. Sie bröckelten im Laufe der Jahrzehnte ab. Mit der Errichtung des VGH erloschen sie gänzlich⁵. Der Staatsrat hatte bis zuletzt aber eine Art verfassungsgerichtlicher Kompetenz. Die Verfassung von 1818 räumt jedem Staatsangehörigen das Recht ein, sich wegen Verletzung der konstitutionellen Rechte an den Landtag zu wenden. Stimmten beide Kammern in der Anerkennung der Rechtsverletzung überein, so konnte der König abhelfen, oder er mußte die Entscheidung des Obersten Landesgerichts oder des Staatsrates herbeiführen⁶. Praktisch bedeutsam war dabei nur die Zuständigkeit des Staatsrates⁷. Hatte nun 1879 der VGH den Staatsrat als verwaltungsgerichtsähnliche Instanz abgelöst, so zeigte sich in der Folgezeit auch schon eine erste Teilhabe des VGH an der bleibenden verfassungsrechtlichen Kompetenz des Staatsrates. Die Mitglieder des VGH konnten zu Staatsräten ernannt werden⁸. Freilich wurde nur hinsichtlich des Präsidenten Karl Ritter *von Krazeisen* davon auch Gebrauch gemacht⁹.

4 Siehe zu ihm MAX v. SEYDEL, Bayerisches Staatsrecht Bd. II 1885 S. 268ff.; zu späteren Entwicklungen s. noch MAX v. SEYDEL/JOSEF v. GRASSMANN/ROBERT PILOTY, Bayerisches Staatsrecht, Bd. I: v. SEIDEL/PILOTY, Die Staatsverfassung, 1913, S. 232 ff.

5 Siehe v. SEYDEL, a.a.O. (FN 4) S. 268 ff. insbes. S. 272.

6 Siehe dazu v. SEYDEL, a.a.O. (FN 4) S. 30 ff.

7 Ebenda S. 49.

8 Siehe v. SEYDEL, a.a.O. (FN 4) S. 275 Anm. 2.

9 Siehe E. DALLMEIER, Laufbahn der Mitglieder und Staatsanwälte des VGH, in: Festschrift zur Feier des 50jährigen Bestehens der VGH, 1929, S. 1 ff.

Die institutionelle Komponente verdichtete sich jedoch, als die BV von 1919 einen Staatsgerichtshof einrichtete. Wir finden hier das Konzept der jetzigen Rechtslage weitgehend vorgegeben. Das Gesetz über den Staatsgerichtshof vom 11. Juni 1920 kannte für dieses Gericht zwei Besetzungen: die große für Ministeranklagen; die kleine für die übrigen Aufgaben des Gerichts. Die große Besetzung bestand aus neun Richtern, von denen drei dem VGH angehören mußten, und zehn vom Landtag gewählten Mitgliedern. Die kleine Besetzung bestand aus vier Richtern, von denen zwei dem VGH angehören mußten, und fünf vom Landtag gewählten Mitgliedern¹⁰. An der Ernennung der richterlichen Mitglieder war der Landtag nicht beteiligt. Die Richter des VGH wurden von dessen Präsidenten nach Anhörung des Präsidiums seines Gerichts ernannt, die übrigen Richter vom Präsidenten des Obersten Landesgerichts nach Anhörung des Präsidiums dieses Gerichts¹¹.

Das nun war das Muster, das auch der BV von 1946 und seiner Ergänzung durch das Gesetz über den Verfassungsgerichtshof sowie durch die Geschäftsordnung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zugrunde liegt¹². Danach stellt sich nun die Beteiligung der Richter des VGH am Verfassungsgerichtshof dar wie folgt:

- Der *große Senat* des Verfassungsgerichtshofes, der für die Minister-, Abgeordneten- und Senatorenanklagen zuständig ist, besteht aus neun Berufsrichtern¹³, von denen drei dem VGH angehören, sowie zehn weiteren Mitgliedern¹⁴.
- Der *Berufsrichtersenate*, der für alle Normenkontrollen zuständig ist, besteht aus neun Berufsrichtern, von denen drei dem VGH angehören¹⁵.
- Der *kleine Senat*, der für alle übrigen Hauptsache-Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs (z. B. Organstreitigkeiten, Wahlenfechtungen,

10 §§ 2, 3 des Gesetzes über den Staatsgerichtshof.

11 § 70 Abs. 3 BV 1919, § 4 des Gesetzes über den Staatsgerichtshof. Im einzelnen ist noch hinzuzufügen: der Präsident des Obersten Landesgerichts war kraft Amtes Mitglied und Vorsitzender des Staatsgerichtshofes; er zählt im Sinne des Textes immer zur Quote der übrigen Richter.

12 Siehe zum System dieser Rechtsquellen HANS F. ZACHER, Verfassungsentwicklung in Bayern 1946—1964, JÖR n. F. 15 (1966), 321 ff. (360 f.).

13 Der *Präsident* des Verfassungsgerichtshofes, der Präsident eines bayerischen Oberlandesgerichts sein muß (Art. 68 Abs. 2 Buchst. a BV), wird hier und im folgenden der Übersichtlichkeit halber immer bei der Berufsrichterquote mitgerechnet, also — anders als im Gesetz — nicht besonders gezählt.

14 Art. 3 Abs. 2 Nr. 1 VerfGHG.

15 Art. 3 Abs. 2 Nr. 2 VerfGHG.

- Verfassungsbeschwerden) zuständig ist, besteht aus vier Berufsrichtern, von denen zwei dem VGH angehören, und fünf weiteren Mitgliedern¹⁶.
- Die *kleine Besetzung*, der eine Reihe von untergeordneten Entscheidungen übertragen ist¹⁷, besteht aus drei Berufsrichtern, von denen einer dem VGH angehören muß¹⁸.
 - Der *Präsident* des Verfassungsgerichtshofs, dem Gesetz und Geschäftsordnung eine außerordentlich starke Stellung verschafft haben, muß zwar immer einer der Präsidenten eines der bayerischen Oberlandesgerichte sein (Art. 68 Abs. 2 Buchst. a BV). In der Wahl seines Vertreters ist der Landtag jedoch frei¹⁹. Und in der Tat ist nicht nur gegenwärtig der Präsident des VGH, Dr. Johann SCHMIDT, seit 1974 Stellvertreter des Präsidenten des Verfassungsgerichtshofs. Auch früher wurden immer wieder Präsidenten und Senatspräsidenten des VGH zu Stellvertretern des Präsidenten des Verfassungsgerichtshofes gewählt²⁰. Im übrigen macht die Geschäftsordnung die Vorsitzenden Richter des VGH, die dem Verfassungsgerichtshof als Mitglieder angehören, zu weiteren Stellvertretern des Präsidenten kraft Amtes²¹.

Völlig entfallen ist — im Vergleich zur Rechtslage unter der Bamberger Verfassung — das Recht des Präsidenten des VGH, die Mitglieder seines Gerichtes in den Verfassungsgerichtshof zu entsenden. Die Wahl aller Mitglieder liegt beim Landtag²².

So sichern Verfassung, Gesetz und Geschäftsordnung dem VGH eine zwar minoritäre, gleichwohl aber nachhaltige Präsenz im Verfassungsgerichtshof²³. Diese Präsenz muß für Verfassungsgerichtshof und VGH schon deshalb von besonderer Bedeutung sein, weil die übrigen Berufsrichter —

16 Art. 3 Abs. 2 Nr. 3 VerfGHG.

17 Sie entscheidet über Verfassungsbeschwerden, die wegen Fristversäumnis, Rechtskraft oder mangels Rechtswegerschöpfung unzulässig sind (Art. 47 Abs. 5, 52 VerfGHG § 47 GOVfGH), gegenüber Anordnungen eines beauftragten oder ersuchten Richters (§ 13 GOVfGH), über Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 24 GOVfGH) und in Kosten- und Armenrechtssachen (§§ 25, 48 GOVfGH). S. zur Problematik dieser „kleinen Besetzung“ FRANZ KNÖPFLE, Die Verfassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, 1972, S. 31 ff.

18 Siehe die vorzitierten Bestimmungen.

19 Ein Hinweis darauf, daß der Landtag die Stellvertreter des Präsidenten wählt, findet sich nur in § 3 GOVfGH. S. dazu auch KNÖPFLE, a.a.O. (FN 17), S. 24 f.

20 Senatspräsident Robert Adam (1953),
Senatspräsident Felix Brandl (1957),
Präsident Dr. Erich Eyermann (1969).

21 § 3 GOVfGH. S. dazu KNÖPFLE, a.a.O. (FN 17), S. 25.

22 Zu der Verfassungswirklichkeit s. KNÖPFLE a.a.O. (FN 17), S. 39 ff.

23 Der Generalsekretär des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, Herr Dr. Hans DOMCKE, hat dem Verfasser freundlicherweise eine Liste der Mitglieder des VGH zur Verfügung ge-

(Fortsetzung der Fußnote S. 311)

abgesehen davon, daß die Präsidenten des Verfassungsgerichtshofes immer aus dem Kreis der Präsidenten der bayerischen Oberlandesgerichte kommen müssen — keinem bestimmten Gericht entnommen werden müssen. Sie müssen nur eben Berufsrichter sein. Nur dem VGH ist als einem bestimmten Gericht jeweils eine bestimmte Richterquote zugeteilt²⁴.

III. Zur Interpretation der Bayerischen Verfassung durch den VGH — Allgemeines

1. Historische Entwicklungen

Zum funktionellen Beitrag des VGH zur Interpretation der BV ist voraus in Erinnerung zu bringen, wie sehr sich die Szene, in deren Rahmen der VGH

(Fortsetzung von S. 310)

stellt, die Mitglieder des Verfassungsgerichtshofs waren oder sind. Sie sei nachfolgend wiedergegeben:

Ausgeschiedene Mitglieder:

Dr. Bauer, Wilhelm, Sen. Präs.	17. 7. 47 — 31. 5. 50
Dr. Decker, Albert, Sen. Präs.	17. 7. 47 — 31. 10. 53
Martini, Hans, Sen. Präs.	17. 7. 47 — 30. 6. 49
Dollmann, Georg, OVGR	17. 7. 47 — 30. 10. 52
Dr. Adam, Robert, Sen. Präs.	17. 7. 47 — 31. 1. 48
Dr. Eichhorn, Josef, Sen. Präs.	17. 7. 47 — 28. 2. 70
Dr. Hufnagl, Franz, OVGR	17. 2. 48 — 16. 2. 54
Keller, Lorenz, OVGR	15. 9. 49 — 16. 9. 55
Dr. Eyermann, Erich, Präs. d. BayVGH	15. 1. 52 — 30. 6. 74
Brandl, Felix, Sen. Präs.	5. 11. 53 — 31. 5. 61
Krutsch, Hermann, Sens. Präs.	5. 11. 53 — 31. 10. 65
Dr. Bohley, Erich, Sen. Präs.	9. 3. 54 — 30. 9. 67
Dr. Tenbörg, Erwin, OVGR	6. 10. 55 — 6. 10. 61
Dr. Heitzer, Sen. Präs.	18. 12. 57 — 31. 12. 65
Hefeke, Ludwig, Sen. Präs.	24. 10. 61 — 28. 2. 64
Dr. Oestreicher, Ernst, OVGR	24. 10. 61 — 28. 2. 64
Gran, Hans, Sen. Präs.	6. 2. 62 — 31. 1. 71
Dr. Grube, Heinrich, Sen. Präs.	21. 10. 66 — 31. 7. 73
Dr. Preisenhammer, Peter, Vizepräs.	21. 10. 66 — 30. 4. 78
Wehrl, Hans-Lothar, OVGR	15. 7. 70 — 30. 6. 77

Zur Zeit am Verfassungsgerichtshof tätig:

Dr. Lersch, Hans, Vizepräs.	gewählt am: 29. 10. 64
Dr. Werner, Otto, Vors. Ri.	29. 3. 66
Dr. Schmidt, Johann, Präs. BayVGH	12. 12. 67
Dr. Schwarzer, Herbert, Vors. Ri.	27. 10. 71
Hacker, Helmut, Vors. Ri.	27. 10. 71
Stadlmeier, Walter, Vors. Ri.	17. 7. 73
Schütz, Gerhard, Vors. Ri.	27. 6. 74
Dr. Theuersbacher, Paul, Vors. Ri.	22. 11. 77
Forster, Hermann, Vors. Ri.	13. 7. 78

24 Siehe dazu KNÖPFLE, a.a.O. (FN 17), S. 44 ff.

zu Fragen der BV Stellung zu nehmen hatte, seit seiner Wiedererrichtung nach dem Krieg gewandelt hat. Die Zeitspanne, in welcher der VGH das einzige oberste Gericht auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts in Bayern war, war nur kurz. 1946 war die Verwaltungsgerichtsbarkeit reaktiviert worden²⁵. Durch Gesetz vom 22. Juli 1947 wurde der Bayerische *Verfassungsgerichtshof* errichtet²⁶. Seine älteste in der amtlichen Sammlung abgedruckte Entscheidung stammt bereits vom 22. September 1947. Seitdem war der Verfassungsgerichtshof dem VGH als „oberstes Gericht für staatsrechtliche Fragen“ in Bayern (Art. 60 BV) vorgegeben und auch überlegen²⁷.

1949 schuf das *Grundgesetz* eine neue Situation. Die letzte Entscheidung des VGH, die vor Inkrafttreten des Grundgesetzes erging, stammt vom 16. Mai 1949 und ist in Bd. 2 der amtlichen Sammlung der Entscheidungen (S. 44) abgedruckt. Von nun an war neben der Argumentation mit der BV auch die Argumentation aus dem Grundgesetz geboten oder doch möglich. Anders gewendet: so kurz war die Spanne, in welcher die BV die einzige Schicht von Verfassungsrecht über dem bayerischen Recht war! Freilich sollte es noch lange dauern, bis das Grundgesetz im Bewußtsein der Verfahrensbeteiligten und der Richter voll präsent war, und noch länger, bis der Blick auf das Grundgesetz die Regel, der Blick auf die BV die Ausnahme wurde. Eine wichtige Etappe in dieser Entwicklung stellte die Errichtung des *Bundesverfassungsgerichts* im Jahre 1951 dar. Seine älteste amtlich veröffentlichte Entscheidung stammt vom 9. September 1951. Die Entscheidungen des VGH aus dem Jahre 1951 sind in Bd. 4 der amtlichen Sammlung seiner Entscheidungen abgedruckt.

Das letzte in dieser Reihe mitzuteilende Datum ist die Errichtung des *Bundesverwaltungsgerichts* im Jahre 1953. Von nun an war der VGH verstärkt gezwungen, dem Grundgesetz Aufmerksamkeit zu widmen, um der Revision keine Blößen zu geben²⁸. Die Entscheidungen des VGH aus dem Jahre 1953 sind in Bd. 6 der amtlichen Sammlung seiner Entscheidungen wieder-

25 Gesetz Nr. 39 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 25. September 1946. S. aus der Zeit z. B. WILHELM VOCKE in: JOHANN MANG, Verwaltungsrecht in Bayern Bd. I, 1951, S. 138 ff. (139). Die älteste Entscheidung, die in der amtlichen Sammlung abgedruckt ist, stammt vom 7. März 1947.

26 Die ersten Richter wurden freilich schon vom 17. Juli ernannt. Siehe FN 23.

27 Weshalb ja auch die amtliche Sammlung der Entscheidungen vom ersten Band (1947/48) an eine solche der Entscheidungen des VGH (Teil I) und des Verfassungsgerichtshofes (Teil II) war.

28 Der Verfasser dieser Zeilen, der, wie schon bemerkt, 1955/56 als Hilfsarbeiter am VGH tätig war, konnte damals immer noch beobachten, wie schwierig es für die Richter des VGH war, sich darauf einzurichten, daß sie nicht mehr in letzter Instanz entschieden und ihre Urteile verstärkt bundesrechtlichen Maßstäben zu genügen hatten.

gegeben. Mittlerweile liegt Bd. 30 der Sammlung der Entscheidungen vor, der im allgemeinen die Entscheidungen aus dem Jahre 1977 enthält. Bd. 31 mit den Entscheidungen aus dem Jahre 1978 ist angefangen.

2. Thematische und methodische Aspekte

Der Verfasser hatte ursprünglich die Absicht, die Rechtsprechung des VGH zur BV umfassend darzustellen. Er hat das Material, soweit es in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen enthalten ist, auch vollständig gesichtet. Doch erwies es sich als unmöglich, das Vorhaben im Rahmen eines Festschriftbeitrages²⁹ zu realisieren. Das volle Programm einer solchen Arbeit hätte umfassen sollen:

- (1) die Darstellung der *Aussagen* des VGH zur BV,
- (2) die Analyse der *Wertigkeit* der BV in der *Argumentation* des VGH (insbesondere also die Frage, wann und mit welcher Intensität der VGH auf die BV oder auf das Grundgesetz oder auf beides zurückgreift),
- (3) die Analyse der *Übereinstimmung* oder Nichtübereinstimmung der Rechtsprechung des VGH mit der *sonstigen Interpretation* der BV, insbesondere durch den Verfassungsgerichtshof (sowohl hinsichtlich der berührten Gegenstände als auch hinsichtlich der gegebenen Antworten).

Dabei ergab sich aber:

- (1) Daß schon die Darstellung aller *Aussagen* des VGH zur BV die Grenzen eines Festschriftbeitrages überschreiten würde. Mit anderen Worten: die Vorarbeiten hatten das positive Ergebnis, daß der VGH weitaus öfter auf die BV zurückgreift, als die übrigen Quellen zur Interpretation der BV (Kommentare, sonstige Literatur) ahnen lassen, die von der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes dominiert sind.
- (2) Daß die *Wertigkeit* der BV im *Argumentationshaushalt* des VGH — ob und in welcher Weise sie allein oder neben Grundgesetz, Bundesrecht, Landesrecht, internationalen Quellen (wie etwa die Europäische Menschenrechtskonvention) zitiert und interpretiert oder vernachlässigt wird — von unübersichtlicher Vielfalt, ja Regellosigkeit ist. Historischer Ort der Entscheidung, Gegenstand der Entscheidung, Effizienz und „Aktualität“³⁰ der konkurrierenden Normen spielen hier sicher eine

²⁹ Jedenfalls nicht in den räumlichen Grenzen, die den Autoren dieser Festschrift gesteckt waren.

³⁰ Im Sinne von Deutlichkeit, gegebener maßgeblicher Interpretation, spektakulärer Anwendung usw.

Rolle. Unverkennbar ist ferner das Vorbringen der Verfahrensbeteiligten oder etwa falleinschlägiges Schrifttum von Bedeutung. Aber letztlich kommt es eben auf die Richter, auf ihre Vertrautheit mit der BV, auf ihre Einstellung zur Bedeutung der BV und auf ihre Rechtsansicht zur Geltung der Landesverfassung neben dem Grundgesetz, neben der Europäischen Menschenrechtskonvention, vor allem neben Bundesrecht usw. an. Die geforderte Analyse kann somit unmöglich in diesem Rahmen geleistet werden.

Der Mangel an Regeln — ja oft die Zufälligkeit —, wann und wie der VGH auf die BV zurückgreift, macht es auch schwer, überhaupt über die Aussagen des VGH zur BV zu berichten. Wann etwa spricht der VGH nur von „Rechtsstaatsprinzip“? Wann zitiert er Art. 3 Satz 1 BV, wann Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG? Wann verbindet er zwei oder drei dieser Hinweise? Im folgenden³¹ konnte nur auf die erkennbare Anbindung an die BV abgestellt werden.

- (3) Endlich, daß auch die *Verortung* der Verfassungsinterpretation des VGH *im Gesamtbestand der Verfassungsinterpretation* die Möglichkeiten eines Aufsatzes überschreitet. Die Schwierigkeit besteht vor allem darin, daß die Entscheidungssituation des VGH nicht selten eine sehr spezifische und seine Argumentation aus der BV allgemein eine sehr fragmentarisch punktuelle ist, so daß zumeist zu viel Landschaft der sonstigen Verfassungsinterpretation gezeichnet werden müßte, um zeigen zu können, wohin die Meinung des VGH gehört und wie sie dahin paßt. Jedoch läßt sich generell sagen, daß der VGH bemüht ist, die herrschende Meinung — vor allem die Meinung des Verfassungsgerichtshofes — zu finden und ihr zu folgen. Und wie der Verfassungsgerichtshof selbst liebt er es, die BV so auszulegen wie das Grundgesetz — auch unter Zurücksetzung von Eigenarten der BV. Positiv kann man darin eine Bestätigung dafür sehen, daß sich die spezifische verfassungsrechtliche Judikatur des Verfassungsgerichtshofes auch in der primär verwaltungsrechtlichen Fallpraxis des VGH bewährt, vielleicht aber auch dafür, wie stark die Erfahrungsbasis des VGH dank der institutionellen Verbindung von vorneherein auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes einwirkt. Das gilt gerade auch für den Blick auf das Grundgesetz, der für den VGH, indem er der Revisionszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts unterworfen ist, unvermeidlich ist.

31 Siehe unten IV.

Dabei zeichnen sich gewisse Probleme ab, die für die verschiedenen Hauptteile der BV jeweils mehr oder weniger typisch sind. Der *Zweite Hauptteil* der Verfassung enthält die *Grundrechte und Grundpflichten*. Die Rechtsprechung des VGH zu den Grundrechten ist in besonderem Maße vom Grundgesetz dominiert. Die Grundpflichten wurden dagegen fast völlig vernachlässigt³², obwohl man meinen möchte, daß sie — insbesondere die allgemeine Bindung an Staat, Gemeinschaft und Verfassung des Art. 117 BV, die Ehrenamtspflicht des Art. 121 BV und die Abgabepflicht des Art. 123 BV — einen Schatz notwendiger verwaltungsrechtlicher Argumentation ergäben, und obwohl es gerade hier möglich gewesen wäre, die Eigenart bayerischen Verfassungsrechts zu entfalten.

Der *Vierte Hauptteil* über *Wirtschaft und Arbeit* ist in besonderem Maße durch — zumeist einfaches — Bundesrecht teils auch durch Europäisches Recht überlagert³³. Hinzu kommt die immanente Geltungsschwäche der Programme³⁴ dieses Hauptteils. Beides ließ die Rechtsprechung das Interesse an diesen Vorschriften mehr und mehr verlieren.

Bleiben der Erste und der Dritte Hauptteil. Beide sind landesrechtlicher Aktualisierung noch weitgehend zugänglich, ohne daß überlagerndes oder paralleles Bundesrecht die landesverfassungsrechtliche Argumentation so weitgehend verdrängte wie zum Vierten Hauptteil oder mit bundes(verfassungs)rechtlicher Argumentation amalgamierte wie zum Dritten Hauptteil. Unter den beiden wurde hier der Erste Hauptteil ausgewählt. Der *Dritte Hauptteil* über „Das Gemeinschaftsleben“ (genauer: *Ehe, Familie, Bildung, Schule und Religionsgemeinschaften*) befaßt sich mit spezielleren Sachordnungen. Verfassungsrechtliche Aussagen hierzu zu isolieren, nötigt zu oft zu bedenklichen Verkürzungen. Der *Erste Hauptteil* dagegen betrifft *Aufgaben und Aufbau des Staates*. Das ist nicht nur weitgehend der Kernbereich der Verfassungsautonomie der Länder (Art. 28 Abs. 1 GG). Es ist auch ein Kernbereich verwaltungsgerichtlicher Kompetenz. Wenn ein Abschnitt ausgewählt werden mußte, so bot sich also dieser an.

32 Siehe als Ausnahme zu Art. 121 BV: VGH n. F. 7, 77 (80 f.); zu Art. 123 BV: VGH n. F. 6, 75 (81, 83 ff.).

33 Siehe dazu HANS F. ZACHER in: NAWIASKY/LEUSSER/SCHWEIGER/ZACHER, vor Art. 151 RdNr. 10 ff.; s. dazu auch HANS F. ZACHER, Zur sozialen Programmatik der BV, in: Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, 1972, S. 95 ff.

34 Siehe ZACHER in: NAWIASKY/LEUSSER/SCHWEIGER/ZACHER, RdNr. 8 u. passim (zu Art. 151 ff.).

IV. Die Rechtsprechung des VGH zum Ersten Hauptteil der Bayerischen Verfassung

1. Zu den Grundprinzipien der Bayerischen Verfassung, insbesondere zum Rechtsstaatsprinzip

a) *Das Rechtsstaatsprinzip*

Unter den allgemeinen Prinzipien des Bayerischen Verfassungsrechts (Art. 1 ff. BV) war es das *Rechtsstaatsprinzip* (Art. 3 Satz 1 BV), welches den VGH zu den nachhaltigsten Bemühungen provozierte. Dabei ist zu bedenken, daß das Rechtsstaatsprinzip vordem als normativer Begriff nicht bekannt war. Die Verfassungsgeber der Nachkriegszeit bedienten sich seiner. Es sollte ebenso die Rückkehr zu den besseren Traditionen des bürgerlichen Rechtsstaates aus der Zeit vor 1933 gewährleisten wie auch dessen Weiterentwicklung ermöglichen.

Der VGH stieß zuerst auf die Erfordernisse des gerichtlichen *Rechtsschutzes* (s. auch Art. 93 BV)³⁵, fand sich insofern aber schon durch die Wiederherstellung der Verwaltungsrechtspflege entlastet (1, 50)³⁶. Zugleich entnahm er dem Rechtsstaatsprinzip das Erfordernis klarer tatbestandlicher *Bestimmtheit von Eingriffsbefugnissen* (ebenda), das er im einzelnen freilich nie streng handhabte (13, 14 [16 ff.]; 30, 26). Befugnisse ergäben sich nicht aus der Aufgabe, nicht aus dem Schluß vom Zweck auf die Mittel (4, 19 [22]). Rechtssetzungsermächtigungen³⁷ müßten — unabhängig von Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG — nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sein (24, 117 [119], 140; 26, 177 [179]) — ein Erfordernis, das der VGH im Zusammenhang mit der Gebietsreform freilich auffallend relativierte (27, 33 [35]; 30, 26).

Einen nächsten Schritt zur Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips tat der VGH sodann, indem er — Rechtsstaatsprinzip und Sozialstaatsprinzip verbindend³⁸ — ein subjektives *Recht auf Fürsorge* (die heutige Sozialhilfe) anerkannte (2, 14 [19 f.]). Die Entscheidung zählt bis heute zu den berühmtesten Entscheidungen des VGH in der Nachkriegszeit. Auch später noch bestätigte er, daß jedenfalls „dort wo eine Rechtsnorm ihrem Wortlaut nach Zweifel offen läßt, ob ein Rechtsanspruch anzuerkennen oder abzu-

35 Siehe auch unten 4.

36 *Entscheidungen ohne weiteren Hinweis* sind im folgenden solche des I. Teils der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des VGH und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes (gemeinhin abgekürzt: VGH n. F. oder VGHE).

37 Siehe dazu auch unten 3 b.

38 Und unter zusätzlichem Hinweis auf Art. 125, 168 Abs. 3 BV.

lehnen ist, die Entscheidung im Zweifel zugunsten der Anerkennung eines Rechtsanspruches fallen muß“ (4, 69 [73]).

Sodann entdeckte der VGH den Zusammenhang zwischen Rechtsstaatsprinzip und *Verfahrensrecht*. Ein Bescheid, den der Betroffene nicht kenne, könne ihm gegenüber auch nicht rechtskräftig werden (3, 149 [153 f.]). Da das Rechtsstaatsprinzip sowohl dem Gedanken der materiellen Gerechtigkeit als auch dem der Rechtssicherheit diene³⁹, stünde es bei gewissen Fristen (hier: Fristen zur Wahlanfechtung) dagegen im Ermessen des Gesetzgebers, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei unverschuldeter Fristversäumnis auszuschließen (20, 120 [121 f.]). Ebenso könne er ausschließen, daß im Vollstreckungsverfahren erneut Einwendungen geltend gemacht werden, die sich gegen den bestandskräftigen Akt, der vollstreckt werden soll, richten (21, 1 [4 ff.]). Eine besondere Steigerung erfuhr die prozessuale Interpretation des Rechtsstaatsprinzips, indem der VGH gerade dem Rechtsstaatsprinzip auch Maximen dafür entnahm, wie die Entscheidungen im Rahmen der kommunalen Gebietsreform vorzubereiten sind (25, 71 [78 f.], 83; 31, 8 [10 f.]).

Dem Gedanken der *Rechtssicherheit* versuchte der VGH im Hinblick auf die Grenzen der Rückwirkung von Gesetzen (7, 12 [19 f.]), den Widerruf von Verwaltungsakten (10, 3 [6]) und die nachträgliche Veränderung von Abgabepflichten (13, 110) Gestalt zu geben.

Auch das rechtsstaatliche *Übermaßverbot* — allein und in Verbindung mit dem offenbar als allgemeiner gesehener Grundsatz der Verhältnismäßigkeit — suchte er zu konkretisieren (24, 1 [8]; 26, 166 [167 f.]; 30, 88 [90])⁴⁰.

b) Weitere Grundsätze

Das in VGH 2, 14 in Richtung auf den Sozialhilfanspruch aktualisierte *Sozialstaatsprinzip* des Art. 3 Satz 1 BV wird später noch differenzierter interpretiert. Es habe dem Subsidiaritätsprinzip der öffentlichen Fürsorge

39 Besonders eindrucksvoll in dieser Richtung VGH n. F. 16, 55 (61): „... Widerstreit zwischen dem Grundsatz der Gerechtigkeit und dem der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens, die beide vom Rechtsstaatsgrundsatz (Art. 20 GG; Art. 3 BV) gedeckt sind. Der Gesetzgeber ist hier innerhalb gewisser weiter Grenzen in der Lage, ohne damit eine Verfassungsnorm zu verletzen, für bestimmte Gruppen von Fällen dem Gedanken der Gerechtigkeit den Vorrang zu geben und die Unanfechtbarkeit eines Verwaltungsaktes (oder die Rechtskraft eines Urteils) zu durchbrechen, für andere Fälle dagegen den Grundsatz der Gerechtigkeit hinter dem der Rechtssicherheit zurücktreten zu lassen mit der Folge, daß auch die formelle Ungültigerklärung einer Norm durch Gerichtsentscheid (oder die gerichtliche Feststellung ihrer Ungültigkeit) ohne Einfluß auf unanfechtbare Verwaltungsakte und rechtskräftige Urteile verbleibt (vgl. BVerfGE 11, 263 [265]).“

40 Auch für ein allgemeines Willkürverbot zitiert der VGH Art. 3 und Art. 118 BV nebeneinander (22, 63 [65]).

nicht Abbruch getan. Der Staatsbürger könne sich auf die Hilfe des Sozialstaates nur verlassen, wenn er auch seinerseits dazu beitrage, seine soziale Notlage zu beseitigen (14, 1 [5 f.]).

Die *Gemeinwohlklausel* des Art. 3 Satz 2 BV erschien nützlich, um die Weite der Ermächtigung zur kommunalen Gebietsreform (Art. 9 Abs. 2 Satz 2 BV) abzusichern (25, 71 [80]; 30, 26 [38 f.]).

Der *ganze Art. 3 BV* fand eine merkwürdige Anwendung, indem das Recht auf Naturgenuß (Art. 141 Abs. 3 Satz 1 BV) den Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung, der Rechte Dritter und des Sittengesetzes unterstellt wurde. Diese Schranken seien in Art. 2 Abs. 1 GG ausdrücklich formuliert. Sie ergäben „sich übrigens auch mindestens mittelbar aus Art. 3 BV, der feststellt, daß Bayern ein Rechts-, Kultur- und Sozialstaat ist, der dem Gemeinwohl dient“ (12, 55 [57])⁴¹.

Das *demokratische Prinzip* (Art. 2 BV) müsse für Körperschaften des öffentlichen Rechts außerhalb des kirchlichen Bereichs jedenfalls dann gelten, wenn sie öffentliche Gewalt ausübten und auf der Mitgliedschaft von einzelnen Personen beruhten. Mindestens ein Organ der Körperschaft müsse dann aus einer Wahl hervorgehen, bei der die Mehrheit entscheide (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 BV). Mehrheitswahl und Verhältniswahl seien dabei gleichberechtigte Ausprägungen des Mehrheitsprinzips (16, 75 [79 f.]).

Ob das Prinzip der *Gewaltenteilung* (Art. 4 BV) verlange, Inkompatibilitätvorschriften auch für Angestellte gemeindlicher Privatunternehmen und Unternehmen mit überwiegend gemeindlicher Beteiligung zu schaffen, sei offen. Auch wenn dies notwendig wäre, so führe dies nicht unmittelbar dazu, daß schon vor Einführung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung gemeindliche Beschlüsse, an denen die auszuschließenden Personen teilgenommen hätten, rechtswidrig seien (29, 22 [26 f.]).

2. Zum Recht der Gebietseinteilung und zum Kommunalrecht

Besonders reichen Anlaß, sich mit der BV zu beschäftigen, gab dem VGH das Kommunalrecht. Handelt es sich hier doch um eine der Materien, die noch weitgehend zur Disposition des Landesgesetzgebers stehen. In jüngerer Zeit verquickten sich die Probleme des Kommunalrechts reichlich mit denen der gebietlichen Neuordnung.

a) *Gebietliche Gliederung*

Zentraler verfassungsrechtlicher Streitpunkt der Auseinandersetzungen um

⁴¹ Wie wäre es mit einer differenzierteren und zudem (im Gegensatz zur Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG) BV-immanenten Argumentation etwa mit Hilfe von Art. 98 Satz 2, 99 Satz 1, 101, 117 BV gewesen?

die Gebietsreform ist Art. 9 Abs. 2 Satz 2 BV, wonach die Einteilung des Staatsgebietes in Kreise „durch Rechtsverordnung der Staatsregierung bestimmt“ wird, die der vorherigen Genehmigung des Landtags bedarf. Im Anschluß an die grundlegende Entscheidung VerFGH 24, 181 bekannte sich auch der VGH dazu, in Art. 9 Abs. 2 Satz 2 BV die Grundlage für die Neugliederung des Staatsgebiets zu sehen, gegen die durchgreifende verfassungsrechtliche und bundesrechtliche Bedenken nicht bestünden (25, 71/83). Die Staatsregierung und Landtag übertragene Vollmacht sei nicht schrankenlos, sondern an die Gemeinwohlklausel (Art. 3 Satz 2 BV), an den Rechtsstaatsgrundsatz (Art. 3 Satz 1 BV) und an die institutionellen Sicherungen der kommunalen Selbstverwaltung gebunden (25, 71 [80], 83 [84]). Die Regelung des Art. 9 Abs. 2 Satz 2 BV dürfe nicht an einem unverrückbaren Schema von Gewaltenteilung gemessen werden (27, 33 [35]). Die Ermächtigung stelle eine Ausnahme vom allgemeinen Rechtssetzungs- und Delegationsregime der Art. 3, 55, 70, 77 BV dar (ebenda). Die Regelung verstoße weder gegen elementare Verfassungsnormen noch gegen Bundesrecht (ebenda S. 35 f.). Die Verfassungsregelung sei abschließend. Auch der Gesetzgeber könne sich nicht an die Stelle des von der Verfassung spezifisch eingesetzten Verordnungsgebers setzen (25, 83 [84]; 30, 26). Jedoch regle Art. 9 Abs. 2 Satz 2 BV nur die Kreiseinteilung als solche, nicht jedoch die bloße Grenzänderung unter Aufrechterhaltung der generellen Einteilung (17, 12 [16]). Die Vorschrift gelte sowohl für die Einteilung des Staatsgebiets in Verwaltungseinheiten als auch für Bestand und Gebiet der Landkreise als Selbstverwaltungskörper (Art. 10 Abs. 1 BV; 27, 33 [35]).

Der Verfassungsgarantie der Gemeinden (Art. 11 Abs. 2 BV) wurde entnommen, Gebietsänderungen dürften das Bestandsrecht der Gemeinden nicht aushöhlen. Jedoch gebe es gegenüber den Erfordernissen des öffentlichen Wohls kein Recht auf Bestand einer Gemeinde (7, 127 [133]; 30, 26 [32]; 31, 8 [12])⁴². Die in den Neugliederungsrichtlinien des Innenministeriums geforderten Mindestgrößen für Einheits- und Mitgliedergemeinden seien auch mit Art. 11 Abs. 4 BV (Gemeinden als Sockel der Demokratie!) vereinbar (31, 8 [16]). Es gebe auch keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Kreisfrei-Erklärung einer Gemeinde (17, 106).

42 „Gerade wenn es zutrifft, daß . . . die Gemeinde . . . die einzige natürliche Gemeinschaft ist, die ein Heimatgefühl entwickeln soll, so hat es keinen Sinn, dort die historisch gewordenen Gemeindegrenzen aufrecht zu erhalten, wo sich diese zum Nachteil der Bevölkerung auswirken und der Entwicklung eines Heimatgefühls entgegenstehen.“ — Noch stärker gegen die Argumentation gegen Gebietsveränderungen aus der Bestandsgarantie 7, 121 (125).

b) Gemeindliche Autonomie

Die gemeindliche Autonomie (Art. 11 Abs. 2, 83 BV) umfasse die Organautonomie (8, 42 [56]) sowie die Personalautonomie — beides jedoch unter dem Vorbehalt gesetzlicher Einschränkung, die für die Personalautonomie besonders weit vorangetrieben wurde (12, 95 [98]). Die Befugnis, örtliches Recht zu setzen, hänge von der gesetzlichen Ermächtigung ab (12, 51 [52]). Die Satzungsermächtigung unterliege aber nicht den strengen Anforderungen einer Verordnungsermächtigung (15, 63 [65]; 22, 63 [64]). Genehmigungsvorbehalte, Erlaubnisvorbehalte usw. seien grundsätzlich zulässig (1, 74 [79]; 24, 1 [6 f.]). Grenze sei die institutionelle Garantie der Gemeinden (24, 1 [7]). Schon früh begann der VGH, die gemeindliche Autonomie verfahrenstechnisch durch Beteiligungs- und Anhörungsrechte in einschlägigen staatlichen Verfahren zu entfalten: für die Beteiligung an Entscheidungen im Personenbeförderungsrecht als Ausfluß der Zuständigkeit für den örtlichen Verkehr (Art. 83 Abs. 1 BV; 5, 11 [15]); mit im einzelnen unterschiedlichem Akzent, im ganzen eher zurückhaltend für die Mitwirkung an der überörtlichen Planung als Ausfluß der Zuständigkeit der örtlichen Planung (Art. 83 Abs. 1 BV; 22, 91 [92], 94 [95]; 23, 56 [58])⁴³. Lasten, die den kreisfreien Gemeinden als solchen überbürdet werden, unterliegen nicht den Einschränkungen des Art. 83 Abs. 3 BV. Es handele sich dabei nicht um eine Übertragung von Aufgaben nach Art. 11 Abs. 3 BV (24, 179 [181])⁴⁴. Besondere Verpflichtungen, die dem Gemeindevermögen aus sachlichen Gründen auferlegt werden, verstoßen nicht gegen das Verbot, Gemeindevermögen an das Land zu ziehen (Art. 12 Abs. 2 Satz 1 BV; 24, 1 [11 f.])⁴⁵.

Die Rechtsprechung zu einzelnen *Gemeindeaufgaben* ist verfassungsrechtlich unergiebig. Trotz, ja gerade wegen des weitgehenden und unrealistischen Kataloges des Art. 83 Abs. 1 BV mußte die Verfassung im Hinblick auf die Aufgaben weitgehend ignoriert werden⁴⁶. Das gilt auch für das örtliche Schulwesen, obwohl hier die Gemeinden in Art. 130 Abs. 1 BV zusätzlich

43 Zu Betroffenheit und Rechtsschutz im Schulrecht s. 24, 126 (127 f.).

44 In der Argumentation des Gerichts fehlt allerdings der Hinweis auf Art. 83 Abs. 3 BV. Die Argumentation wird dadurch unverständlich.

45 Zum Vergabeverbot des Art. 12 Abs. 2 Satz 2 BV s. 12, 18 (26).

46 S. zur Aufgabe des örtlichen Verkehrs 1, 74 (79); 5, 11 (15); s. zur Aufgabe der örtlichen Planung 22, 91 (92), 94 (95); 23, 56 (58); zur Aufgabe der örtlichen Polizei 21, 136. — Abgelehnt wurde ein Anspruch auf Stromversorgung trotz der Pflicht der Gemeinde „Die Versorgung der Bevölkerung mit . . . Licht . . . und elektrischer Kraft“ zu gewährleisten (Art. 83 Abs. 1 BV): 23, 155 (156 f.). — Nicht als gemeindliche Aufgabe wurde die Lebensmittelbewirtschaftung anerkannt: 1, 38 (42 ff.).

erwähnt sind (18, 56 [57]; 24, 111, 126 [127 f.]⁴⁷. Einer besonders ergiebigen Rechtsprechung erfreut sich im Hinblick auf Art. 149 BV das Bestattungswesen (12, 51; 13, 52 [53]; 22, 53).

Zur *Kommunalaufsicht* (Art. 11 Abs. 2 und 3, 83 Abs. 4 BV) hat der VGH festgestellt, sie könne sich notfalls auch auf analoge Gesetzesanwendung stützen (12, 18 [27]). Sie erstrecke sich auch auf Wahlhandlungen (8, 42 [46]). Ein Anspruch des Betroffenen, daß von der Aufsicht Gebrauch gemacht werde, bestehe nicht (9, 93).

c) *Kommunalwahlrecht*

Für das Gemeindewahlrecht nimmt Art. 12 Abs. 1 BV „die Grundsätze für die Wahl zum Landtag“ in Bezug. Das gilt nach Ansicht des VGH nur für die in Art. 14 Abs. 1 BV niedergelegten Wahlgrundsätze, nicht auch etwa für die Garantie der Unabhängigkeit, wie sie in Art. 13 Abs. 2 BV niedergelegt ist (2, 120 [125 ff.]). Auch Immunität und Indemnität des Abgeordneten (Art. 27, 28 BV) gelten nicht für die Mitglieder kommunaler Parlamente (ebenda S. 127). Aber selbst die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 14 Abs. 1 BV könnten nur für Volkswahlen gelten, nicht auch für Wahlen durch den Gemeinderat o. ä. (ebenda S. 127). Die anfänglich betonte Negation des Art. 13 Abs. 2 BV im Kommunalwahlrecht wich später einer vorsichtigen Beurteilung, die der freien Entscheidung des Mandatars größeren Raum gab (15, 82 [92 f.]).

d) *Bezirksrecht*

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß nach Ansicht des VGH Art. 10 BV — die Garantie der Gemeindeverbände — unmittelbares geltendes Recht ist (6, 17).

3. Staatsregierung, Gesetzgebung und Verwaltung

a) *Staatsregierung*

Hinsichtlich der Organisation der Staatsregierung betonte der VGH von Anfang an die besondere *Ressortzuständigkeit* und -verantwortlichkeit der einzelnen *Minister* (Art. 51 Abs. 1 BV). „Die Aufteilung der Besorgung der einzelnen in den Geschäftsbereich eines Ministeriums fallenden Aufgaben ist unzweifelhaft das Recht und die Befugnis des Ministers.“ So könne ein Minister Aufgaben innerhalb eines Ministeriums auch dann neu verteilen, wenn die zunächst zuständige Abteilung nach außen als selbständige Be-

⁴⁷ Siehe zu dem in der Verfassung nicht erwähnten Kindergartenwesen 31 24.

hörde (hier: Oberste Siedlungsbehörde) hervorgetreten ist (2, 134 [140]). Die Verantwortlichkeit eines Ministers für den konkreten Gesetzesvollzug könne weder durch die Staatsregierung als Ganzes (Art. 43 BV) noch durch den Ministerpräsidenten, auch wenn dieser die Richtlinien der Politik bestimme (Art. 51 Abs. 1 BV), aufgehoben werden. Deshalb müsse der Fiskus imstande sein, Enteignungsakte der Staatsverwaltung — die nicht unter Verantwortung desselben Ministers ergehen, der auch fiskalisch zuständig ist — im In-sich-Prozeß vor dem Verwaltungsgericht anzufechten (16, 21 [23 f]). Das Ressort-Konzept des Art. 49 BV wurde dahin aktualisiert, daß Zuständigkeiten unmittelbar aus dieser Verfassungsnorm zu entnehmen sind, wenn Einzelbestimmungen über die Zuständigkeit (s. insbes. Art. 53 BV) fehlen (19, 112 [114]).

Die Namensgebung für Teile des Staatsgebietes wurde als Ausfluß des staatlichen Organisationsrechts und damit als eine Angelegenheit der allgemeinen Staatsverwaltung qualifiziert. Im einzelnen werde die Zuständigkeit durch die Geschäftsordnung im Sinne von Art. 53 Satz 3 BV bestimmt (25, 38 [40]). Die Unterordnung der gesamten Staatsverwaltung unter die Staatsministerien (Art. 55 Nr. 5 BV) umfasse auch die Zuständigkeit zur Einstellung und Höhergruppierung von Angestellten. Die Befugnis könne delegiert werden. Unter dem Gesichtspunkt der in Art. 55 Nr. 6 BV verankerten Überordnung bleibe das Ministerium sowohl intern als auch nach außen letztlich zwar immer entscheidungsbefugt. Das dürfe jedoch nicht mit der — etwa durch Rechtsvorschrift oder Delegation erzeugten — Zuständigkeit verwechselt werden (15, 26 [29 f.]).

b) Gesetzgebung und untergeordnete Rechtsetzung

Art. 70 Abs. 1 BV formuliert den rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt. Art. 70 Abs. 3 BV enthält ein grundsätzliches Delegationsverbot. Jedoch kennt Art. 55 Nr. 2 BV Normsetzungsbefugnisse der Exekutive: in Richtung auf Rechtsverordnungen, die einer besonderen Ermächtigung bedürfen (Art. 55 Nr. 2 Satz 3 BV), sowie in Richtung auf Ausführungs- und Verwaltungsverordnungen, die einer besonderen Delegation nicht bedürfen. Eine besondere Abgrenzung trifft Art. 77 Abs. 1 BV für die Behördenorganisation. Danach liegt die Grundsatzentscheidung beim Gesetzgeber, die Einrichtung der Behörden im einzelnen bei der Staatsregierung oder einzelnen Staatsministerien.

Mit diesem System hatte sich der VGH immer wieder auseinanderzusetzen. Der *Gesetzesvorbehalt* — sowohl im Sinne des Art. 70 Abs. 1 als auch im Sinne des Art. 77 Abs. 1 Satz 1 BV — sei primär auf die Eingriffsverwaltung zu beziehen. Möglicherweise sei er heute weiter zu verstehen und

greife auch im Bereich der herkömmlichen Leistungsverwaltung Platz. Doch sei es nicht notwendig, ihn auch auf die Subventionsverwaltung zu beziehen. Für sie sei „im Gegensatz zu der herkömmlichen Leistungsverwaltung (z. B. der Daseinsvorsorge) kennzeichnend, daß die staatlichen Leistungen nicht auf Grund eines rechtssatzmäßig eingeräumten Rechtsanspruchs zur Befriedigung von Individualinteressen, sondern auf Grund allgemeiner Zwecksetzung und Mittelbereitstellung vorrangig zur Verfolgung des öffentlichen Subventionsinteresses gewährt werden“ (22, 67 [68]).

Die Grenze zwischen Rechtsverordnung und *Verwaltungsverordnung* (Art. 55 Nr. 2 Satz 2 und 3 BV) beschäftigte den VGH im Zusammenhang mit der Errichtung des Schulbuchverlags. Eine organisatorische Verordnung könne dem Inhalt nach sowohl Rechtsverordnung als auch Verwaltungsverordnung sein. Die Schulbuchverlagsverordnung sei Verwaltungsverordnung, weil sie keine Zuständigkeiten⁴⁸ festlege, die sich nach außen in Befehl und Zwang äußern könnten, und weil sie auch nicht andere Normen materiellen Rechts ergänze (5, 224 [228 f.]).

Zum Typ der *Ausführungsvorschriften*, der nach dem System des Art. 55 Nr. 2 Satz 2 und 3 BV wie die Verwaltungsvorschrift keiner Ermächtigung bedarf, jedoch nicht nur verwaltungsinternen Charakter hat, meint der VGH: Ausführungsvorschriften könnten „zwar, anders als bloße Dienstanweisungen, auch nach außen gerichtet sein, sie enthalten aber im Gegensatz zu den über den Rahmen einer Ausführungsverordnung hinausgehenden Rechtsverordnungen . . . keine selbständigen neuen Rechtsnormen, sondern müssen sich darauf beschränken, den durch das Gesetz festgelegten Rahmen auszufüllen, wobei sich ihre Begriffe den Begriffen des Gesetzes als Oberbegriffe unterzuordnen haben“ (23, 47 [52]). Sie „können nur die bereits in dem zu vollziehenden Gesetz grundsätzlich enthaltenen Rechte und Pflichten näher konkretisieren und umschreiben. Sie können weder selbst Rechte schaffen noch neue Pflichten auferlegen. Eine Ergänzung des Gesetzes, die einen von ihm nicht vorgesehenen Inhalt hätte, würde den Rahmen der Ausführungsverordnung überschreiten“ (24, 140 [141])⁴⁹. Für die Ermächtigung zu *Rechtsverordnungen*, die keine Ausführungsvorschriften seien und deren spezifischen Einschränkungen unterlägen, ergäben sich aus der BV (Art. 55 Nr. 2 Satz 3, 70 Abs. 3 BV) Beschränkungen, die denen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entsprächen (20, 72 [78])⁵⁰. Gerichte haben Verordnungen aber nur am

48 Zur Zuständigkeitsregelung durch Rechtsverordnung s. auch 1, 74 (75).

49 Einen Grenzfall, der über den Charakter der Ausführungsvorschrift hinausgeht s. in 25, 177 (179).

50 Siehe auch 16, 108 (113). Siehe ferner oben 1a.

höherrangigen Gesetzes- und Verfassungsrecht zu messen, nicht auch an schlichten Landtagsbeschlüssen (30, 88 [89]).

Art. 77 Abs. 1 BV betone die Bedeutung, welche die Verfassung dem Zuständigkeitsrecht beimesse (1, 74 [75]). Die Entscheidung der alten Streitfrage, wem die *Organisationsgewalt* zustünde, sei jedoch auch Art. 77 Abs. 1 BV nicht gelungen (17, 106 [111 f.])⁵¹.

Art. 76 Abs. 1 BV wird wörtlich ausgelegt: nur Gesetze *müssen* im Gesetz- und Verordnungsblatt *bekanntgemacht* werden (11, 94 [97 f.]).

4. Rechtsprechende Gewalt

Hinsichtlich der Ordnung der rechtsprechenden Gewalt (Art. 85 ff. BV) macht sich die Austrocknung des Landesrechts durch das Bundesrecht besonders bemerkbar. Abgesehen vom Verhältnis des VGH zum Verfassungsgerichtshof (Art. 92 BV) finden sich einschlägige Entscheidungen nur aus den ersten Jahren der Nachkriegstätigkeit des VGH.

Zum *Richteramt* stellt der VGH fest, „eine Person, die bei ihrer Entscheidung irgendwelchen Weisungen insbesondere von Verwaltungsbehörden unterliegt, kann nicht Richter sein und als unabhängiger Richter angesehen werden. Zur sachlichen Unabhängigkeit muß nach anerkannten, vom Verfassungsrecht vorausgesetzten Grundsätzen noch kommen, daß der Richter an der Streitsache unbeteiligt ist, somit als ‚neutraler Dritter‘ entscheidet. Deshalb kann ein Interessent, eine Person, die früher in der Streitsache als Parteivertreter oder als Verwaltungsbeamter tätig war, nicht Richter sein. . . . Voraussetzung für die Anerkennung einer Behörde als Gericht ist, daß auf den Inhalt ihrer Entscheidung die Organe der Verwaltung oder der Gesetzgebung keinen Einfluß haben“ (10, 27 [28 f.])⁵². Gerichte können auch nur durch Gesetz eingerichtet werden (Art. 86 BV; 5, 175 [180])⁵³.

Art. 93 BV — dem Wortlaut nach eher eine institutionelle Garantie der Verwaltungsgerichtsbarkeit — wurde früh der Tendenz nach auch als Garantie des individuellen Rechtsschutzes gegen die öffentliche Gewalt verstanden (1, 50 [54]; 4, 5 [8], 69 [72]; 5, 133 [144]). Jedoch blieb das, da der Rechtsschutz immer gewährleistet war, im Hintergrund der Argumentation.

51 Zum Anwendungsbereich des Art. 77 Abs. 1 BV s. auch 19, 112. — Nicht recht erklärlich ist, warum der VGH — soweit ersichtlich — die evident „verwaltungsrechtliche“ Vorschrift des Art. 77 Abs. 2 BV nie herangezogen hat. — Dazu, daß Art. 9 Abs. 2 Satz 2 BV eine Ausnahme von allen im Text erwähnten Prinzipien darstellt, s. noch einmal 27, 33 (35 f.).

52 Im einzelnen wird dann dargetan, warum das Landespersonalamt kein Gericht sei (a.a.O. S. 29 f.).

53 Siehe auch 4, 45 (49).

Zur *Vorlagepflicht* der Gerichte wegen Verstoßes einer Norm gegen die BV (Art. 92 BV) bemerkt der VGH zunächst, diese Pflicht sei nicht gegeben, wenn eine untergesetzliche Norm schon mangels der Ermächtigung ungültig sei (12, 51 [55]). Unverständlich ist dagegen die Entscheidung 13, 52. Der Senat hält darin eine Friedhofsrechtliche Regelung wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 1 GG für verfassungswidrig. Eine Vorlage zum Bundesverfassungsgericht (Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG) komme nicht in Frage, weil es sich nicht um ein förmliches Gesetz handle. Die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs brauche hier aber ebenfalls nicht eingeholt werden, weil das Gericht zwar das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, nicht aber die Würde der menschlichen Persönlichkeit (Art. 100 BV) für beeinträchtigt halte. Als ob Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 101 BV sich nicht entsprächen, und als ob andererseits nicht auch Art. 100 BV ein grundgesetzliches Gegenstück in Art. 1 Abs. 1 GG hätte!⁵⁴ Interessant sind die Entscheidungen, in denen das Gericht prüft, ob die Vorlagepflicht besteht, wenn der Konflikt zwischen Gesetz und Verfassung sich aus einer erweiterten Auslegung der Verfassung (30, 100 [104]) oder aus einer der Verfassung widerstrebenden Auslegung des Gesetzes (31, 24 [29 f.]) ergibt⁵⁵.

Aus der Garantie der *Staatshaftung* (Art. 87 BV) entnimmt der VGH, daß die Staatshaftung nicht etwa im Wege einer Bedingung in einem Erlaubnisbescheid ausgeschlossen werden dürfe (9, 99 [101 f.]).

5. Beamtenrecht

Ähnlich wie für das Verfassungsrecht der richterlichen Gewalt gilt auch für die verfassungsrechtliche Ordnung des öffentlichen Dienstes (Art. 94 ff. BV), daß das Interesse an diesen Normen im Laufe der Zeit stark nachgelassen hat. Hinsichtlich des *Zugangs zum öffentlichen Dienst* (Art. 94 Abs. 2, 116 BV) hatte der VGH mehrfach Anlaß, festzustellen, daß sich aus diesen Verfassungsnormen kein unmittelbarer Anspruch auf Berufung in das Beamtenverhältnis ergibt: so zunächst für einen Forstreferendar, der aus seinem Status einen Anspruch auf Verbleib im Beamtenverhältnis entnahm (7, 110 [116]). Das verfassungsmäßige Recht bestehe nicht in einem subjektiven Anspruch auf Übernahme in das Beamtenverhältnis, wohl aber in einem Anspruch auf Gleichbehandlung nach Maßgabe der in Art. 94, 116 BV nie-

54 Ein gutes Beispiel für die Regellosigkeit des Blickes auf die BV.

55 Bemerkenswert die Überlegungen des großen Senats des VGH zum Verhältnis der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle (§ 47 VwGO) zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle: 25, 27 (35 f.). Siehe dazu auch den Beitrag von KNÖPFLE in dieser Festschrift, S. 187 ff.

dergelegten Maßstäbe (10, 110 [114]; 11, 75 [76]). Wird ein Professor an einer philosophisch-theologischen Hochschule nicht angestellt, weil sein Bischof lehramtliche Bedenken geäußert habe, so verstoße das nicht gegen Art. 94 Abs. 2 BV. Unter die Begriffe „Eignung“ und „Befähigung“ falle „keineswegs nur die wissenschaftliche oder sonstige fachliche Leistungsfähigkeit, sondern es müssen dazu auch alle sonstigen Voraussetzungen gerechnet werden, die für das betreffende Amt erforderlich sind“ (7, 41 [46]).

Prüfungen und Probezeit hätten Wettbewerbscharakter. Sie hätten die Eignung des Bewerbers über das rein fachliche Können hinaus unter Beweis zu stellen (7, 32 [33 f.]). Im einzelnen bemerkt der VGH für die zweite juristische Staatsprüfung, sie entspreche dem Rahmen der Verfassung. Sie biete „die Möglichkeit einer objektiven Auslese. Die Anonymität der schriftlichen Prüfungen und die sonstigen Sicherungen geben vor allem auch die Gewähr für eine gleichmäßige Bewertung der Prüfungsarbeiten und machen eine Beeinflussung durch sachfremde Erwägungen fast unmöglich“ (10, 27 [31])⁵⁶.

Auch *dienstliche Beurteilungen* dienen dem Zweck, die Grundlage dafür zu gewinnen, daß das weitere Fortkommen des Bediensteten gemäß Art. 94 Abs. 2 BV gewährleistet ist (11, 115 [117]).

Zu den *Rechten des Beamten* stellt der VGH fest, Art. 95 Abs. 1 Satz 2 BV habe das Berufsbeamtentum als Institution aufrechterhalten. Die institutionelle Garantie umfasse aber nicht die wohlerworbenen Rechte der einzelnen Beamten. Diese seien vielmehr nur nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet. Der Beamte habe zwar ein Recht auf Zahlung von aktiven Dienstbezügen, die ihm und im Falle des Todes seinen Hinterbliebenen einen seiner Stellung angemessenen Unterhalt sichern. Innerhalb dieser Grenzen bestehe aber kein verfassungsrechtlich geschützter Anspruch des Beamten auf Bezüge in einer bestimmten Höhe bzw. auf Beibehaltung der Berechnungsgrundlagen seiner Bezüge (9, 61 [66 f.]). Der Beamte könne sich auch nicht auf die Eigentumsgarantie (Art. 103 BV) berufen. Die Sonderregelung des Art. 95 BV gehe vor (ebenda). Bemerkenswert war schon vorher die Einschränkung der Zuweisung der vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten zum Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten (Art. 95 Abs. 2 BV). Der VGH reflektierte die Gleichartigkeit der Gerichtszweige und entnahm daraus die Notwendigkeit einer einschränkenden Interpretation (4, 36 [40 f.]).

⁵⁶ Zu den Konsequenzen, die aus Art. 94 Abs. 2 Satz 1 BV (und anderen Vorschriften) für die gleichheitliche Gestaltung der Prüfungsbedingungen für Raucher und Nichtraucher zu ziehen sind, siehe 28, 78.

V. Schlußbemerkungen

Dieser Beitrag sollte eigentlich dem Anteil, den der VGH an der Interpretation der BV genommen hat, ein Denkmal setzen. Während nun aber das, was institutionell — im Sinne der Beteiligung der Richter des VGH am Verfassungsgerichtshof — zu sagen war, in Kürze gesagt werden konnte, entzog sich die Fülle der Erwähnungen der BV in der Rechtsprechung des VGH einem knappen Bericht. Der „Forschungsbericht“ des Verfassers, daß er den VGH öfters mit der BV befaßt fand, als er — obwohl mit BV und VGH seit langem vertraut — angenommen hatte, wird das Denkmal, das ein Bericht über die landesverfassungsrechtlichen Aussagen des VGH vielleicht hätte sein können, schwerlich ersetzen.

So bleibt als Zweck dieses Teiles des Beitrags mehr, die Fragen gestellt zu haben, die das Thema mittelbar aufwirft⁵⁷. Die Rolle, welche die Landesverfassung bei der Anwendung des Rechts spielen kann, das in den Zuständigkeitsbereich des VGH fällt, ist zu wenig geklärt und zu wenig bewußt. Das ist sicher eine Herausforderung an alle, die sich mit der BV und mit der Gestaltung und Anwendung von Verwaltungsrecht in Bayern befassen. Es ist aber auch eine Frage an den VGH selbst. Sollte er sich über die Rolle, welche die Landesverfassung in seiner Rechtsprechung spielen kann, nicht genauer und kontinuierlicher Rechenschaft geben? Der größere Rahmen dieser Frage ist, wie oft aber, daß der Angriff auf die föderalistische Struktur der Bundesrepublik und somit auch die Staatlichkeit Bayerns nicht nur von „außen“ kommt, nicht nur vom Ganzen her; der Mangel an Interesse am Eigenen kann ein kaum geringerer Feind sein. Doch sollten diese Probleme nicht verdunkeln, welchen großen Anteil der VGH an der Verwirklichung der BV genommen hat und immer noch nimmt.

⁵⁷ Siehe noch einmal oben III 2.