

Bayerische Verwaltungsblätter

Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung

Herausgeber

Prof. Dr. h.c. Hans Kauffmann

Ministerialdirigent im

Bayerischen Staatsministerium der Justiz
Leiter des Landesjustizprüfungsamts

Dr. Theodor Maunz

Professor des öffentlichen Rechts
an der Universität München

Dr. Johann Schmidt

Präsident des
Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs

Dr. Siegwim Süß

Ministerialdirektor im
Bayerischen Staatsministerium des Innern

Schriftleiter

Dr. Herbert von Golitschek

Richter am
Bayerischen Verwaltungsgerichtshof

116. Jahrgang

17

1. September 1985

INHALT

Seite

Abhandlungen

Zacher, Vom Lebenswert der Bayerischen Verfassung 513

Mögele, Das Zusammenspiel von Gemeinderecht und Verwaltungsverfahrenrecht bei der
rechtsaufsichtlichen Beanstandung gemeindlicher Verwaltungsakte 519

Rechtsprechung

Bayerischer Verfassungsgerichtshof

Volksbegehren über den Entwurf eines Gesetzes über den Nationalpark Bodenwöhrer
Senke (Entsch. v. 14. 6. 1985 Vf. 20-IX-85) 523

Abweichende Ansicht 528

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Fristablauf für Wahlberichtigung von Amts wegen (Urt. v. 20. 3. 1985 Nr. 4 B 85 A.62) . . . 530

Frist für die Anlegung der Wegebestandsverzeichnisse (Urt. v. 30. 4. 1985 Nr. 8 B 84
A.1244) 532

Anerkennung als Facharzt für Nuklearmedizin (Beschl. v. 21. 3. 1985 Nr. 21 B 84 A.927) . . 533

Anordnung der sofortigen Vollziehung eines Erstattungsverlangens (Beschl. v. 15. 5. 1985
Nr. 12 CS 84 A.2718) 535

Bundesverwaltungsgericht

Verdichtung der gemeindlichen Erschließungsaufgabe (Urt. v. 6. 2. 1985 - 8 C 44.84) 536

Erstattung der Kosten der Ersatzvornahme (Urt. v. 13. 4. 1984 - 4 C 31.81) 538

Begriff der „ähnlichen Flächen“ in § 5 Abs. 2 BJagdG (Urt. v. 15. 2. 1985 - 3 C 17.84) 539

Bayerisches Oberstes Landesgericht

Vertretung einer nach altem Coburger Recht entstandenen „Gesamtheit der Zusammen-
legungsbeteiligten“ (Beschl. v. 4. 4. 1985 - BReg. 2 Z 53/84) 540

Wissenswertes für den Rechtsanwalt

Zur Festsetzung der Vergütung eines Rechtsanwalts bei fehlendem Nachweis der Bevoll-
mächtigung (BayVGH, Beschl. v. 14. 5. 1985 Nr. 15 C 84 A.804) 542

Für den jungen Juristen

Aufgabe 6 der Ersten Juristischen Staatsprüfung 1982/II 543

Schrifttum

Graf Vitzthum; Petitionsrecht und Volksvertretung (*Maunz*) 543

Voll/Sturm, Die Unternehmensträgerstiftung (*Störle*) 544

Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessorexamen im öffentlichen Recht (*Schatzschneider*) . . . 544

Eingegangen:

1 1. SEP. 1985

Univ.-Bibl. München



Bayerische Verwaltungsblätter

Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung

1. September 1985

Heft 17

Seite 513

Vom Lebenswert der Bayerischen Verfassung*

Von Professor Dr. Hans F. Zacher, Universität München

II. Zur Rechtfertigung des Themas

Vom Lebenswert der Bayerischen Verfassung gerade in diesem Rahmen zu sprechen, gibt es Anlaß genug.

Erstens einen örtlichen. Am 30. Juni 1946 war in Bayern eine Verfassungsgebende Landesversammlung gewählt worden. Es war aber nicht leicht, in jenem München der „Trümmerzeit“¹ einen Saal für die Sitzungen dieser Versammlung zu finden. Das Gebäude in der Prannerstraße, das bis 1933 den bayerischen Landtag beherbergte, war zerstört. So ging man in die Universität. Am Montag, dem 15. Juli 1946, fand hier in der Aula der Universität die erste Sitzung statt². Für die zweite und dritte Sitzung im August mußte die Verfassungsgebende Landesversammlung in den Hörsaal 133 ausweichen³. Aber von der vierten bis zur zehnten und letzten Sitzung tagte die Verfassungsgebende Landesversammlung wieder hier in der Aula⁴. Am Samstag, dem 26. Oktober 1946, nahm sie in diesem Saal die Verfassung mit 136 gegen 14 Stimmen an⁵. Es war noch die Zeit der Gemeinsamkeit der Demokraten. Durch Volksentscheid vom 1. Dezember 1946 wurde die Verfassung mit großer Mehrheit bestätigt. Danach mußten sich Landtag und Senat konstituieren und auch sie kamen dazu hierher. Soviel zum Ort und zu dieser Rolle der Universität in der bayerischen Verfassungsgeschichte.

Der *zweite Anlaß*, in diesem Rahmen von der Bayerischen Verfassung zu sprechen, ist ein *persönlicher*. Nur selten war es einem Gelehrten gegönnt, eine Verfassung so weitgehend zu beeinflussen, wie Hans Nawiasky die Bayerische Verfassung von 1946 beeinflusst hat. Hans Nawiasky aber war Professor dieser Universität. Seit 1919 hatte er hier als Professor für öffentliches Recht gewirkt. Durch sein nüchternes rechtsstaatlich-demokratisches Denken und Reden war er immer mehr zu einer Zielscheibe der Nationalsozialisten geworden. 1931 war es seinetwegen – weil er in einer Vorlesung bemerkt hatte, Deutschland habe in den harten Bedingungen der Friedensverträge von Brest-Litowsk und Bukarest gefährliche Vorbilder für das Diktat von Versailles geschaffen – zu schweren Krawallen gekommen, bis schließlich die Universität geschlossen wer-

den mußte⁶. Vorzeichen der Schrecken, die da kommen sollten! Und peinliche Vorgeschichte für den „antifaschistischen Faschismus“ von 1968 und danach – gerade auch an dieser alma mater!⁷ Im Frühjahr 1933 hatte sich Nawiasky der nationalsozialistischen Verfolgung durch die Emigration entziehen müssen. Die Schweiz hatte ihn aufgenommen. Die Handelshochschule St. Gallen hatte ihm sogar zu tun gegeben. 1947 nahm er seine Professur in München wieder auf. Er wirkte in München und in St. Gallen, bis ihn im Sommer 1961 der Tod ereilte. Während des Krieges noch hatte Hans Nawiasky sich in der Schweiz mit Wilhelm Hoegner getroffen, der ebenfalls in die Schweiz emigriert war. Und schon damals war von der künftigen Bayerischen Verfassung die Rede gewesen. Dieser Wilhelm Hoegner nun wurde 1945 von der Besatzungsmacht zum Bayerischen Ministerpräsidenten bestellt. Als er im Februar 1946 einen kleinen Vorbereitenden Verfassungsausschuß einsetzte, gehörte Hans Nawiasky dazu. Und als die Verfassungsgebende Landesversammlung am 15. Juli 1946 hier einen „Verfassungs-Ausschuß“ wählte, der dem Plenum einen Entwurf vorzulegen hatte, zog dieser wiederum Hans Nawiasky als Mitglied mit beratender Stimme zu. Aber auch Wilhelm Hoegner ist noch einmal hier zu nennen. Er wurde noch 1946 zum Honorarprofessor an der Juristischen Fakultät bestellt – für viele Jahre ein engagierter Lehrer bayerischen Verfassungsrechts. So vermitteln letztlich diese beiden so wichtigen Väter der Bayerischen Verfassung eine Beziehung auch zwischen der Verfassung und dieser Universität.

Drittens gibt es einen *institutionellen Anlaß*, hier von der Bayerischen Verfassung zu sprechen. Diese Universität war von ihren Anfängen an eine Stiftung des Landesherrn. Und sie ist heute, bei aller Autonomie, auch eine Einrichtung des Freistaates Bayern. Gewiß hat heute auch der Bund Einfluß auf die Hochschulen der Länder. Aber das Grundsätzliche wie das Alltägliche einer bayerischen Universität ergibt sich aus der Gesetzgebung, der Verwaltung, der Rechtsprechung, nicht zuletzt der Finanzwirtschaft, ja schlechthin der Politik des Landes. Und die Grundordnung dahinter ist seine Verfassung. Doch wie immer sich die rechtlichen Verhältnisse darstellen mögen. Jedenfalls: diese Universität liegt in Bayern. Auf unendlich vielfältige und unwägbare Weise hängt ihr Sein davon ab, wie Bayern ist. Und so ist, was die Bayerische Verfassung dafür bedeutet, wie Bayern ist, für diese Universität von Wichtigkeit.

* Text einer Rede, die der Verfasser im Rahmen des Stiftungsfestes der Ludwig-Maximilian-Universität München am 29. 6. 1985 gehalten hat. Der Text entwickelt eine Studie weiter und adaptiert diese an Rahmen und Zwecke des Vortrags, die der Verfasser unter dem gleichen Titel in „Land und Reich – Stamm und Nation“, Festgabe für Max Spindler zum 90. Geburtstag (3 Bde., 1984, Bd. III S. 485 ff.) veröffentlicht hat. Diese Studie ist umfangreicher und eingehend belegt. Der Verfasser möchte daher ebenso zur Ergänzung wie hinsichtlich der Nachweise zu dem vorliegenden Text grundsätzlich auf jene Studie verweisen. Im nachfolgenden werden Hinweise nur im unerläßlichen Mindestmaß gegeben.

1 Siehe Friedrich Prinz (Hrsg.), Trümmerzeit in München, 1984.

2 Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung, S. 1.

3 A.a.O. (Fußn. 2) S. 7, 29.

4 Siehe für die 4. Sitzung a.a.O. (Fußn. 2), S. 65.

5 A.a.O. (Fußn. 2), S. 238.

6 Hans Nawiasky, Die Münchener Universitätskrawalle o.J. (Privatdruck 1931).

7 Hans Nawiasky hat sich nicht zuletzt aufgrund dieser Erfahrung mit Erfolg dafür eingesetzt, daß die studentische Mitwirkung an der Selbstverwaltung der Universität auf „ihre Angelegenheiten“ begrenzt ist (Art. 138 Abs. 2 Satz 2 BV). S. dazu Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung Bd. I, S. 252, 258 f., Bd. II, S. 361 f. Eigentümlich genug: in den Jahren nach 1968 wollte auch in Bayern kaum jemand an diese Erfahrungen und an die Konsequenzen, die Hans Nawiasky daraus gezogen hatte, erinnert werden.

Viertens und letztens gibt es einen *Anlaß der Verantwortung*. Die Verfassung eines Landes hat es nicht leicht, wahrgenommen zu werden. Die politischen Bühnen des Bundes, Europas und der Welt ziehen die Aufmerksamkeit an sich und verwandeln selbst Landespolitik weitgehend zu einem mehr oder weniger relevanten Mitspiel darauf. Auf diesen Bühnen aber wird nicht nach den Regeln der Bayerischen Verfassung gespielt. Und doch lebt Bundesstaatlichkeit davon, daß Bund und Länder Staaten sind. Das heißt im Verfassungsstaat, daß nicht nur der Bund, sondern auch die Länder ihrer Staatlichkeit durch eine Verfassung Grund und Rahmen geben. Und doch will Bayern selbst auf allen diesen Bühnen als Staat respektiert werden. Wie sollte es sich als Staat aber anders identifizieren denn durch seine Verfassung? Zudem: Bayern liebt es, sich unter dem Namen „Freistaat“ für etwas Besonderes zu halten. Begrifflich wie historisch ist dies ein Irrtum. Der Name „Freistaat“, 1918/19 angenommen⁸, ist nichts anderes als die Verdeutschung des Wortes „Republik“⁹. Doch lassen wir es bei der Sache, die mit diesem „Übersinn“ gemeint ist: bei dem besonderen Anspruch Bayerns, in der Bundesrepublik Deutschland und über sie hinaus etwas Besonderes zu sein und etwas Besonderes zu sagen zu haben. Wodurch sollte Bayern diesen Anspruch rechtfertigen, wenn nicht durch das „Wie“ seiner Staatlichkeit? Und woher sollte dieses besondere „Wie“ seiner Staatlichkeit kommen, wenn nicht aus der Verfassung? Man wird einwenden, daß es auf die Menschen ankommt, nicht auf die Institutionen. Daran ist richtig, daß Institutionen nicht bewirken, was die Menschen nicht tun. Aber was Menschen für das Gemeinwesen tun können, muß durch Normen und Institutionen – das muß durch die Verfassung des Gemeinwesens – ermöglicht sein. Und gegen das, was Menschen fehlen, gibt es keinen verlässlicheren Schutz als Normen und Institutionen. Erinnern wir uns hier noch einmal des Namens „Freistaat“. Er wurde zu einem Wahrzeichen für die bayerische Lust an bayerischer Geltung. Aber vergessen wir darüber nicht: sein eigentlicher Sinn ist die Freiheit im Inneren. Wie aber sollte die Freiheit im Staate anders gelingen als durch die Verfassung?

Landesverfassung also: gleichermaßen bedeutsam und verdrängt. Dies gilt für die Bürger wie für die Politik. Und deshalb ist es notwendig, daß die Wissenschaft ein Wort für sie einlegt.

Ich will dies in drei Schritten tun. Ich will zuerst von dem Konzept reden, das die Verfassung selbst von sich und dem Lande hat. Ich will zweitens von den Überlagerungen sprechen, die ihre Wirkung mindern. Und ich will schließlich drittens von dem sprechen, was die Verfassung gleichwohl bedeutet.

II. Das ursprüngliche und eigene Konzept der Bayerischen Verfassung

1946 besann sich – wie die Präambel der Verfassung sagt – „das Bayerische Volk“ angesichts „des Trümmerfeldes, zu dem eine Staats- und Gesellschaftsordnung ohne Gott, ohne Gewissen und ohne Achtung vor der Würde des Menschen die Überlebenden des Zweiten Weltkrieges geführt hat“, auf seine „mehr als tausendjährige Geschichte“ und gab sich eine „demokrati-

sche Verfassung“. Sie sollte – meinte Wilhelm Hoegner bei der Eröffnung der Verfassungsgebenden Landesversammlung¹⁰ – „zunächst eine bayerische Verfassung werden. Wenn es das Schicksal mit dem deutschen Volke gut meint, wird sie Vorläufer und vielleicht Vorbild einer künftigen deutschen Verfassung sein.“ Hoegner bekam später damit in gewissem Sinne recht. Das Grundgesetz griff vieles auf, was in der Bayerischen Verfassung zuerst formuliert war – den Verfassungssatz von der Menschenwürde¹¹, die Freiheit, sich ungehindert aus Rundfunk und Presse zu informieren¹², das Asylrecht¹³, die umfassende Kompetenz des Verfassungsgerichts¹⁴ usw. Doch kehren wir zurück zu dem, wofür jene Sätze Hoegners 1946 standen: Bayern besann und verließ sich auf sich selbst. Ein künftiger „deutscher demokratischer Bundesstaat“ war eine Möglichkeit, den die Schlußbestimmungen der Verfassung offenhielten¹⁵. Bayern aber war Wirklichkeit. Die Verfassung stellte Bayern unter das Völkerrecht¹⁶. Zwischen Bayern und anderen Staaten sollte außer dem Völkerrecht¹⁷ nichts stehen, was nicht durch den Willen Bayerns legitimiert wird¹⁸.

Um so wichtiger erschien, daß die Verfassung für dieses Bayern – wie *Nawiasky* formulierte¹⁹ – „das Bild eines Staates“ entwirft, „in dem das Leben lebenswert ist“, und „eine Staatsorganisation“ schafft, „welche die Voraussetzungen dafür bietet, daß dieses Bild des Staates Wirklichkeit wird“. Das war sehr wörtlich gemeint. Damals war das Bedürfnis groß, die Verachtung, Schändung und Vernichtung des Menschen durch das nationalsozialistische Regime auch verfassungsrhetorisch dadurch zu tilgen und zu bannen, daß der Mensch und seine Rechte an den Anfang der neuen Verfassungen gestellt wurden. Hans *Nawiasky* aber wirkte darauf hin, „daß man zunächst auf den staatsrechtlichen Trümmern, welche das zusammengebrochene Regime hinterlassen habe, das Gebäude des bayerischen Staates neu errichten müsse; erst wenn der Staat wieder aufgebaut sei, könne von Rechten der Einzelperson und von einem Gemeinschaftsleben die Rede sein. Ferner komme hinzu, daß es sich bei Bayern wirklich um einen geschichtlich gewordenen Staat handle, dessen Staatseigenschaft in der Verfassung an allererster Stelle hervorgehoben werden müsse“²⁰. Diese Argumentation hatte Erfolg. Sie entsprach zutiefst der alten bayerischen Sorge um eine bayerische Staatlichkeit. Sie entsprach aber auch der – in vielfältigem Sinn – realistischen Mentalität des Landes. Man legt keinen Wert darauf, Freiheiten in den Wind zu schreiben. Was die Verfassung bringen konnte und sollte, waren nicht Rechte „an sich“, von denen niemand weiß, woher sie kommen und wohin sie gehen. Was die Verfassung bringen konnte und sollte, war ein Staat, der den Menschen respektiert und seine Rechte schützt. Und so beginnt die Verfassung damit, daß sie den Staat organisiert.

8 In dem – von Kurt Eisner verfaßten – Vorläufigen Staatsgrundgesetz vom 4. Januar 1919 (GVBl. S. 1) wurde Bayern noch eine „Republik“ genannt. In dem vom Landtag beschlossenen vorläufigen Staatsgrundgesetz vom 17. März 1919 (GVBl. S. 109) dagegen ist vom „Freistaat Bayern“ die Rede. Dem folgen auch die Überschrift und § 1 Abs. 1 Satz 1 der Verfassung vom 14. August 1919 (GVBl. S. 531).

9 Zur Auslegung damals s. etwa Jakob *Kratzer*, Bayerische Verfassungs-urkunde, 1925, § 1 Anm. 1; zur Auslegung heute siehe etwa Karl *Schweiger* in: *Nawiasky/Leusser/Schweiger/Zacher*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 1967 ff., Art. 1 Rdnrn. 1 und 5.

10 Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung, S. 1.

11 Art. 100 BV; Art. 1 GG.

12 Art. 112 Abs. 2 BV; Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Gleichzeitig mit der Bayerischen Verfassung findet sich diese Innovation freilich auch in der Hessischen Verfassung: Art. 13 der Verfassung des Landes Hessen.

13 Art. 5 BV; Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG. Auch in diese Innovation teilt sich freilich die Bayerische Verfassung mit der Hessischen: Art. 7 der Verfassung des Landes Hessen.

14 Siehe insbesondere Art. 60 ff. BV; siehe insbesondere Art. 93 GG.

15 Art. 178, 180 BV.

16 Art. 84, 99 Satz 2 BV.

17 Art. 84, 99, 182 BV.

18 Art. 44 Abs. 3 Satz 4, 47 Abs. 3, 72 Abs. 2, 178, 180, 181 BV.

19 Hans *Nawiasky* in: *Nawiasky/Leusser*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1. Aufl. 1948, S. 27.

20 *A. v. O.* (Fests. 19) S. 29.

Aber nicht, weil sie diesem Staat einfach Vollmacht geben möchte. Nicht, weil sie der Ort der Menschen im Gemeinwesen nicht interessiert. „Bayern“, sagt die Verfassung gleich in einem der ersten Artikel²¹, „ist ein Rechts-, Kultur- und Sozialstaat. Er dient dem Gemeinwohl“. Vor den Grundrechten steht sodann der Satz: „Die Verfassung dient dem Schutz und dem geistigen und leiblichen Wohl aller Einwohner“²². Und die Verfassung sagt sehr genau, was sie damit meint. Der Rechtsstaat manifestiert sich in einem umfangreichen Katalog von Grundrechten. Der Kulturstaat äußert sich in den Normen und Programmen über Bildung, Schule, Wissenschaft und Kunst. Der Sozialstaat entfaltet sich in einem Konzept der Wirtschaft und der Arbeit. Dabei ist diese Verfassung nicht eigentlich eine individualistische. Gewiß dienen ihre Grundrechte vor allem dem einzelnen. Und gewiß auch sind diese Grundrechte das Effektivste, was die Verfassung an Gegenrechten gegen den Staat gibt. Aber die Verfassung sieht den Menschen in vielfältigen Gemeinschaften. Ehe und Familie sowie die Religionsgemeinschaften garantiert sie in besonderen Grundordnungen²³. Gewerkschaften, Berufsverbände, Wohltätigkeitsorganisationen finden Anerkennung²⁴. Auch Formen der Selbstverwaltung, insbesondere der immer wieder betonten örtlichen Gemeinschaft²⁵, gehören in dieses vielfältige Bild, das die Verfassung von den Strukturen zwischen dem Staat und dem Individuum zeichnet. Einbindung des einzelnen aber auch durch Bindung seiner Rechte. Das Eigentum ist das intensivste Beispiel. Kapital, Boden, Naturschätze usw. finden je besondere Ordnungen²⁶. Ein Staat, der „dem Gemeinwohl dient“²⁷, braucht auch Bürger, die auf das Gemeinwohl verpflichtet sind. Und auch hier stellt sich die Verfassung gegen die Stimmung der Zeit, die nach der nationalsozialistischen Hybris der Pflichten nur noch von Rechten sprechen wollte. Neben den Grundrechten formuliert sie auch Grundpflichten. „Der ungestörte Genuß der Freiheit für jedermann hängt“ – sagt die allgemeinste dieser Grundpflichten²⁸ – „davon ab, daß alle ihre Treuepflicht gegenüber Volk und Verfassung, Staat und Gesetzen erfüllen. Alle haben . . . an den öffentlichen Aufgaben Anteil zu nehmen und ihre körperlichen und geistigen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert“.

Fassen wir zusammen: Von der Kompetenz her wie in der Sache erhebt die Verfassung den Anspruch umfassender Maßgeblichkeit für ein Bayern, das sich selbst genug ist und über sich selbst bestimmt. Dazu organisiert sie den bayerischen Staat. Dazu aber beschreibt sie auch in der Sache, was diesen Staat, was seine Bürger, was die von ihr verfaßte Gesellschaft ausmacht.

III. Überlagerungen

Von Anfang an aber war diese Maßgeblichkeit ganz wesentlich beschränkt. Zunächst war die Realität bayerischer Staatlichkeit – auf eine heute nicht mehr vorstellbare radikale Weise – vom Willen der *Besatzungsmacht* abhängig. Ihre Einwirkungen gingen faktisch im Laufe der Zeit zurück. Aber rechtlich schuf erst der Deutschlandvertrag von 1955 ein relatives Ende.

Auch deutsche Institutionen schränkten die bayerische Staatsgewalt von vornherein ein. Noch 1945 hatten sich die

Ministerpräsidenten der Länder der amerikanischen Besatzungszone zu einem *Länderrat* zusammengeschlossen. Von der Besatzungsmacht legitimiert gingen seine Gesetze sogar den Landesverfassungen vor. Von 1946 an entwickelte sich ferner, weiter ausgreifend, die *Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes*, die schließlich 1948 zu einer Art Bundesstaat erstarkte.

1949 kam es dann zum *Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*. Der bayerische Landtag hatte sich widersetzt. Aber er konnte und wollte damit nicht in Frage stellen, daß das Grundgesetz von der Mehrheit aller anderen Landesparlamente legitimiert wurde.

Was das Grundgesetz für die Verfassungen der Länder bewirkt hat, ist Ihnen vertraut. Deshalb nur die wichtigsten Stichworte. Als bundesstaatliche Verfassung ist das Grundgesetz nicht nur die Grundordnung des Zentralstaates Bund, sondern auch die gemeinsame Grundordnung des aus Bund und Ländern gefügten Gesamtstaates. Und wo immer Widersprüche zur Landesverfassung sich auftun, ist das Grundgesetz stärker. Im Alltag bedeutsamer freilich sind die Zuständigkeiten des Bundes, die das Grundgesetz etabliert hat. Und was immer der Bund danach tun kann, unterliegt nicht der Verfassung des Landes. Das ist sehr viel in der Gesetzgebung. Das ist weniger in der Verwaltung, die aber doch, auch soweit sie den Ländern verblieben ist, nunmehr weithin Bundesrecht anzuwenden hat. Und das ist in der Rechtsprechung die Sorge für die Einheit der Rechtsprechung und die Fortentwicklung des Bundesrechts durch die obersten Bundesgerichte, endlich die Durchsetzung des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht.

Doch ist es bei diesen im wesentlichen schon klassischen Erscheinungen bundesstaatlicher Verlagerung und Überlagerung nicht geblieben. Ganz im Gegenteil: jenseits aller historischen Erfahrung haben sich neue politische und rechtliche Ebenen gebildet, von denen immer mehr Landesfunktionen aufgenommen wurden und werden und von denen immer mehr Wirkungen auf die Länder ausgehen. Es sind dies vor allem drei Ebenen: die interföderative Ebene der Zusammenarbeit der Länder untereinander und mit dem Bund, die supranational-europäische Ebene und die international-völkerrechtliche Ebene.

Die *international-völkerrechtliche* Ebene hat es immer gegeben. Nur hat sie in der Gegenwart ganz neue Bedeutung erlangt: durch Art und Ausmaß der internationalen Beziehungen, durch den Aufbau und das Gewicht internationaler Organisationen und durch das immer dichtere Netz internationaler Verträge. Mehr Staatsfunktionen als je zuvor werden im Bezugsrahmen internationaler Beziehungen ausgeübt. Das hat der außenpolitischen Dominanz des Bundes größte Bedeutung verschafft. Das hat die Länder aber auch selbst angeregt, auswärtige Beziehungen zu pflegen, nachbarschaftliche Kooperationen zu etablieren und in vertragliche Bindungen einzutreten. Die *supranationale* Option des Grundgesetzes war demgegenüber ein verfassungsgeschichtliches Novum. Der Bund kann Aufgaben auch der Länder auf überstaatliche Gemeinschaften übertragen. Die Politik der europäischen Einigung ließ das Realität werden. Staatsaufgaben, die auf die supranational-europäische Ebene übergehen, entziehen sich den Ländern maximal. Die Wirkung dieser Ebene aber für die Länder und in die Länder hinein ist beträchtlich. Die *interföderative Kooperation* der Länder untereinander und mit dem Bund endlich ist verfassungsrechtlicher Wildwuchs. Sie ist die Folge eines Mißverhältnisses zwischen dem Bedürfnis nach Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse in der Bundesrepublik und den Grenzen der Möglichkeit und der Bereitschaft, diese

21 Art. 3 (seit 1984: Art. 3 Abs. 1) BV.

22 Art. 99 Satz 1 BV.

23 Art. 124 ff., 142 ff.

24 Art. 34, 35, 36; 154, 155, 164, 169, 170, 176 BV.

25 Art. 10–12, 83 BV.

26 Art. 103, 151 ff. (insbesondere 153, 156, 157), 158 ff., 163 ff. BV.

27 Art. 3 Abs. 1 Satz 2 BV.

28 Art. 117 BV; siehe auch Art. 120–123 BV.

Einheitlichkeit über die entsprechende Ausweitung der Zuständigkeiten des Bundes herbeizuführen. Ein vielfältiges Geflecht von Staatsverträgen, Verwaltungsabkommen, gemeinsamen Einrichtungen, ständigen und unständigen Konferenzen, Kommissionen und Ausschüssen, Arbeitskreisen, periodischen Konsultationen, wechselseitigen Informationen usw. vermindert deshalb die Unterschiede zwischen den Ländern und bewirkt die abgestimmte oder vollends einheitliche Wahrnehmung von Staatsaufgaben der Länder oder auch der Länder und des Bundes. Was damit gemeint ist, ist gerade hier, im universitären Bereich, leicht deutlich zu machen. Kultusministerkonferenz, für das Geld die Finanzministerkonferenz, für die Prüfungsordnung auch die Justizministerkonferenz, die Gesundheitsministerkonferenz usw., Wissenschaftsrat, zentrale Vergabestelle für Studienplätze, Zentralinstitut für medizinische Prüfungsfragen, Verwaltungsabkommen, Programme und Ausschüsse für den Hochschulbau, die Bildungsplanung und die Forschungsförderung bieten Beispiele dafür.

Bayerische Staatlichkeit war und ist so durch ihre Einbindung in die Bundesrepublik Deutschland sowie durch die Entwicklung der interföderativen, der europäisch-supranationalen und der international-völkerrechtlichen Ebenen einem überaus komplexen, permanenten, umfassenden und schwerwiegenden *Prozeß der „Veräußerung“* ausgesetzt. Und dieser Prozeß ist gerade unter dem Aspekt der Relevanz der Landesverfassung auf eigentümliche Weise *zwiespältig*. Auf der *einen Seite* geht dem Land die in sich geschlossene, autonome Wahrnehmung für immer mehr Aufgaben verloren: sei es, daß sie völlig auf eine andere Ebene abwandern; sei es, daß diese Wahrnehmung irgendwelchen Einwirkungen von einer anderen Ebene her ausgesetzt ist. Auf der *anderen Seite* vollzieht sich ein Prozeß der *Kompensation*. Das Land wirkt in immer mehr Angelegenheiten auf immer mehr Ebenen mit. Wir kennen diesen Prozeß zunächst aus der *bundesstaatlichen* Entwicklung. Das traditionsreichste und mächtigste Instrument solcher Ausstrahlung der Landespolitik auf die Bundesebene ist der Bundesrat. Aber er ist sozusagen nur die „Spitze des Eisbergs“. Eine Fülle von Institutionen, Organen und Verfahren des Bundes eröffnet den Ländern die Mitwirkung an den Funktionen des Bundes. Und fast jede Erweiterung seiner Zuständigkeiten mußte der Bund mit dem Preis entsprechender Mitwirkung der Länder an der Ausübung dieser Zuständigkeit bezahlen. *Interföderative Kooperation* ist per se die Öffnung von Länderaufgaben für die wechselseitige Einwirkung. Auf welche Weise auch immer interföderative Kooperation stattfindet – ob konsultativ oder entscheidend, ob in rechtlich unselbständigen Gremien oder durch die Errichtung rechtsfähiger Anstalten: immer gewinnt das Land in dem Maße Einfluß auf die Aufgaben, die von anderen eingebracht werden, als es selbst Aufgaben einbringt und dem Einfluß anderer aussetzt. Sehr differenziert freilich steht es um diese Kompensation auf der *international-völkerrechtlichen* Ebene. In bezug auf die *supranational-europäische* Ebene ist der kompensatorische Prozeß gar nur ein schwaches Rinnsal.

Alles in allem jedoch sehen wir, daß Bayern durch diese Entwicklung zwar an innerem Wirkungsraum verliert, aber an Einfluß nach außen gewinnt. Und ein Land, das in solchem Maße wie Bayern auf Außengeltung Wert legt, mag darin einen lockenden Preis sehen. Nicht so verhält es sich unter dem Blickwinkel der Verfassung. Für sie ist die Außenwendung bayerischer Staatstätigkeit trotz, ja auch wegen des kompensatorischen Gewinns ein Verlustgeschäft. Je mehr das Land Bayern in die kollektiven Prozesse und gemeinsamen Organisationen jener Ebenen eintaucht, desto mehr verliert die Verfassung des Landes an steuernder Kraft. Die Ebene, auf der gehandelt wird, wird nicht von der Bayerischen Verfassung

regiert. Das lähmt – sei es rechtlich, sei es faktisch – auch die Kontrolle der Verfassung über das Handeln Bayerns auf ihr. Die Konstellationen sind dabei gewiß vielfältig. Aber das Ergebnis ist eindeutig.

Die Entwicklungen haben die Bayerische Verfassung freilich auch von der – von ihren Vätern gesehenen – Verantwortung dafür, daß in diesem Staat „das Leben lebenswert ist“, weitgehend entlastet. Daß das Leben in Bayern heute lebenswert ist, ist ja mitnichten nur eine Frucht bayerischer Politik oder bayerischen Rechts. Es ist in gewiß nicht geringerem Maße eine Wirkung des Gemeinwesens „Bundesrepublik Deutschland“, auch der europäischen Integration und schließlich – trotz aller Unzulänglichkeiten, ja auch wegen ihrer Unzulänglichkeiten – der internationalen Beziehungen und ihrer völkerrechtlichen Ordnung. Die Bayerische Verfassung hätte etwa mit dem Satz, daß „die geordnete Herstellung und Verteilung der wirtschaftlichen Güter zur Deckung des notwendigen Lebensbedarfes der Bevölkerung . . . vom Staat überwacht“ wird²⁹, wohl kaum jenen wirtschaftlichen Wohlstand hervorgebracht, den die marktwirtschaftliche Entscheidung der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes auf den Weg gebracht, und dem die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes freien Lauf gelassen hat. Zu wörtlich genommen hätte so ein Satz – wie mancher andere im Wirtschaftsprogramm der Bayerischen Verfassung – sogar in eine interventionistische Sackgasse führen können.

Doch jenseits aller konkreten Probleme gilt: die Offenheit Bayerns in Deutschland, in Europa, in der Welt ist zu einem wesentlichen Element gesellschaftlichen und privaten Glücks geworden. Und wer könnte und wollte vorrechnen, wieviel Verlust an Geltungskraft der Bayerischen Verfassung das wert ist?

IV. Trotzdem: Der Lebenswert der Bayerischen Verfassung

Die Landesverfassung ist heute also nur mehr eine von vielen Determinanten der Befindlichkeit des Landes. Aber als solche ist sie wesentlich und unverzichtbar. Denn wie sehr auch Bedingungen für das Leben in Bayern von außen gesetzt sein mögen, so nehmen jene externen Systeme der Landesverfassung doch die eine Aufgabe nicht ab: die innere Ordnung des Landes – seine Organisation und die Grundorientierung auf jenen Sachbereichen, in denen das Land noch autonom ist – und damit auch die Grundlegung des Potentials an Behauptung und Einfluß nach außen, das sich aus dem „Wie“ seiner Staatlichkeit ergibt.

Die Antwort der Bayerischen Verfassung ist – sieht man einmal von dem bayerischen Unikat des Verfassungsbekenntnisses zum Kulturstaat ab – im Grundsatz die, welche sie mit den Verfassungen der anderen Bundesländer teilt und welche das Grundgesetz den Ländern auch auferlegt. Es ist die Antwort der Demokratie, der Republik, des Rechtsstaates und des Sozialstaates³⁰. Wir wissen um die Richtigkeit und die Unvermeidlichkeit dieser Antwort. Aber wir wissen auch um die Gefährdungen, die damit einhergehen. Und so ist es vor allem die *Verwirklichung* dieser Grundsätze, die den besonderen Beitrag der Bayerischen Verfassung zum *bonum commune* in Bayern ausmacht. Und hierin zeichnet sich die Bayerische Verfassung in der Tat durch eine Reihe von Eigentümlichkeiten aus, kraft derer sie sich eindrucksvoll und wirksam von den Verfassungen aller anderen Länder unterscheidet.

Sie liegen zunächst in der in der Verfassung angelegten *Differenzierung der Macht und der politischen Willensbildung*.

29 Art. 152 BV.

30 Art. 1–3 BV.

Der *Landtag* wird – verlangt die Verfassung – in einem „verbesserten Verhältniswahlrecht“ gewählt. Das bedeutet Aufgliederung des Wahlvorgangs auf überschaubare Räume: auf die Landkreise und kreisfreien Städte für die „Einerwahl“; auf die Regierungsbezirke für die Listenwahlen. Und es bedeutet für diese Listenwahl noch einmal jene weitreichenden Möglichkeiten individueller Kennzeichnung, die es uns allen erlauben, nicht nur Parteien, sondern – wenn auch im Rahmen dessen, was die Parteien anbieten – bestimmte Menschen zu wählen. Der *Landtag* teilt sodann – wenn auch sehr ungleich – die Funktion der parlamentarischen Repräsentation mit dem *Senat* – der einzigen zweiten Kammer in einem Land der Bundesrepublik. Die Senatoren werden, wie die Verfassung sagt, von den „sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und gemeindlichen Körperschaften des Landes“ gewählt³¹. Diese haben so eine Spur von Anteil an der Funktion der Parteien, zwischen Volk und Repräsentation zu vermitteln. Und neben den von den Parteien geprägten Abgeordneten haben die von der Parteipolitik distanzierenden Senatoren Einfluß auf die Gesetzgebung und die Arbeit der Regierung. So marginal diese Korrektur an einem Parteienstaat voller Parteienverdrossenheit sein mag: immerhin es gibt sie. Sie gewährt etwa den Vertretern der Gewerkschaften genauso verlässlich, selbstverständlich und unabhängig von den Mehrheiten im *Landtag* Teilhabe am parlamentarischen Geschäft wie den Vertretern der Bauern und denen der Hochschulen und Akademien des Landes, die, das muß gerade hier und heute unterstrichen werden, drei der 60 Senatoren stellen. Die repräsentativen Organe wiederum teilen ihre Gewalt mit dem *Volk*, das allein die Verfassung ändern, das Gesetze verlangen und über sie abstimmen kann, und das befugt ist, den *Landtag* aufzulösen. Gerade die Verfassungsinitiativen des Volkes haben sich immer wieder als sehr belebende Elemente der bayerischen Demokratie erwiesen. Das Grundgesetz kennt kein einziges dieser „Volksrechte“; und andere Landesverfassungen sind darin sehr viel zurückhaltender. Alles in allem: Eine Differenzierung der politischen Prozesse und eine vielfältige Öffnung des politischen Systems auf das Volk, auf den Bürger hin, die in diesem Maße und dieser Dichte in keinem Bundesland, geschweige denn im Bund, eine Parallele findet.

Die Verfassung vertieft diese Differenzierung und Öffnung durch den Akzent, den sie auf die *territoriale Stufung* des Gemeinwesens und die demokratische Vitalität aller Stufen legt. Die Strukturen, die sie so anlegt, sind die folgenden: der vierstufige Aufbau des Gemeinwesens in den Ebenen der Gemeinden, der Landkreise, der Bezirke und des Staates; das Nebeneinander von Staats- und Selbstverwaltung in den Ebenen der Landkreise und Bezirke; und die Volkswahl zu den Gemeinde-, Kreis- und Bezirksräten. Und der Gesetzgeber wurde dadurch ermutigt, hinzuzufügen: ein Maximum an Persönlichkeitswahl zu den Gemeinde- und Kreisräten; die Volkswahl der Bürgermeister und Landräte; und die Leitung auch der staatlichen Kreisverwaltungsbehörde, des Landratsamtes, durch den volksgewählten Landrat. Einmal mehr: kein anderes Land der Bundesrepublik kennt eine vergleichbar intensive Gliederung des Gemeinwesens und einen vergleichbaren Grad von Volksrechten auf allen Stufen dieses Aufbaues.

Zugleich ist dies auch ein Zugang zu der Aufmerksamkeit und Sorgfalt, mit der die Verfassung gerade die *Exekutive* gestaltet. Die richtige Gliederung ist ihr ebenso wichtig wie das Zusammenspiel von demokratischer Legitimation, Sachkompetenz, demokratischer Verantwortung und rechtlicher Kontrolle. Nur zwei Beispiele können hier noch genannt werden: die Ressortzuständigkeit und -verantwortung der Minister,

und vor allem die Gewährleistung eines qualifizierten und gesicherten Beamtentums, das der politischen Führung seine komplementäre Sachkompetenz entgegensetzen kann. In der Tat zählten gerade Qualifikation und Integrität des Beamtentums seit dem 19. Jahrhundert zu den wichtigsten Gründen für die innere Wohlfahrt und das äußere Ansehen des Landes.

Hinsichtlich der unabhängigen *richterlichen Gewalt* und des *Schutzes, den sie gegen die Obrigkeit bietet*, ist das Grundgesetz im allgemeinen zwar über die Bayerische Verfassung wesentlich hinausgegangen. Die Durchsetzung der Landesverfassungen durch ihre Verfassungsgerichtsbarkeit hat das Grundgesetz aber den Ländern überlassen. Und die Bayerische Verfassung hat dem *Verfassungsgerichtshof* ein Äußerstes an Zuständigkeit gegeben, um die Verfassung zu gewährleisten und zu entfalten. Gerade auch hier ist wieder die Öffnung zum Bürger hin bemerkenswert. Neben der Verfassungsbeschwerde, mit der jeder Bewohner Bayerns die Verletzung seiner verfassungsmäßigen Rechte geltend machen kann, steht die „Popularklage“, die jedermann – *quis ex populo* – mit der Behauptung erheben kann, eine Rechtsnorm verletze ein Grundrecht. Jeder Bürger ist so zum Hüter der Grundrechte bestellt. Wiederum: kein anderes Land der Bundesrepublik kennt eine Verfassungsgerichtsbarkeit von so umfassendem Auftrag, kennt so umfassende Bürgerrechte darauf.

Entgegen allen gängigen Vorurteilen von bayerischer Rückständigkeit und Demokratieferne ist kein anderer deutscher Staat – weder der Bund noch die Länder – so vielfältig gegliedert, so auf den Bürger hin geöffnet, so voller innerer Ausgleichs- und Kontrollmechanismen wie Bayern. Was dies wert ist, ergibt sich klar im Gegenlicht der politischen Mehrheitssituation in Bayern. In den 39 Jahren seit 1946 hatte die CSU während 27 Jahren die absolute Mehrheit im *Landtag* – von 1962 bis jetzt ununterbrochen. Seit 1970 hält sie mehr als 60% der Sitze. Demokratie aber ist die Staatsform der kleinsten auf Dauer vernachlässigten Minderheit³². Somit kann die lange und massive Herrschaft einer Mehrheit zu einer Spannung, letztlich einer Entfremdung zwischen einer Minderheit und dem System der Demokratie führen. Nun ist diese Gefahr für Bayern schon dadurch gemindert, daß bayerische Minderheiten die Chance der Mehrheit im Bund haben. Gleichwohl ist es auch ein Verdienst der Verfassung, die Stabilität und Massivität der Mehrheit mit dem Verlangen der Minderheit auf Rücksicht, Einfluß und Hoffnung glaubwürdig versöhnt zu haben. Die differenzierten, offenen Strukturen des Gemeinwesens geben einer Minderheit ein Maximum an Chancen der Wirksamkeit und der Veränderung.

Mit all dem soll nicht behauptet werden, Bayern sei ein verfassungspolitischer Himmel und die Verfassungswirklichkeit das vollkommene Glück. Die „Veräußerung“ bayerischer Staatlichkeit hat die Staatskonstruktion auch im Inneren verschoben. Die Exekutive ist über den Bund und die interföderative Kooperation in legislative Funktionen hineingewachsen. Der *Landtag* hingegen kompensiert den Schwund gesetzgeberischer Funktionen durch die Hinwendung zu administrativen Funktionen. Auch in der Staatsregierung haben sich Ungleichgewichte eingestellt. Das Amt des Ministerpräsidenten hat zunehmend – vor allem im letzten Jahrzehnt – eine Art fallweiser Allgegenwart erlangt. Es oszilliert von der Bundes- und Weltpolitik bis zu den Außenstellen der einzelnen Ressorts³³. Die Verwaltungsbehörde, die für die richtige Entscheidung des Einzelfalles verantwortlich ist, sieht sich so nicht nur der

32 Siehe dazu Hans F. Zacher, *Freiheitliche Demokratie*, 1968, S. 20.

33 Siehe dazu auch Hans F. Zacher, *Das Staatsoberhaupt Bayern*, in: *Einigkeit und Recht und Freiheit*, Festschrift für Karl Carstens, 1984, S. 953 ff. (S. 958 f., S. 976 f.).

31 Art. 35 BV.

gerichtlichen Kontrolle, sondern der Kumulation der Intervention sowohl des Landtages als auch des Ministerpräsidenten ausgesetzt. Auch die Überzeugung von der Notwendigkeit eines ohne Rücksicht auf die Parteipolitik durch Sachkompetenz legitimierten Beamtentums als eines Widerlagers der Politik hat heute nicht mehr bei allen, auf die es ankommt, jene Allgemeinheit und Festigkeit, die früher Bayern von anderen Ländern und vom Bund unterschied. Aber die Verfassung hat es in allen diesen Fragen besser gewußt und richtig gesagt. Sie hat Legislative und Exekutive gegeneinandergestellt. Sie hat beiden adäquate Strukturen gegeben. Sie hat die Kompetenz des Ministerpräsidenten für die Vertretung Bayerns nach außen und die Richtlinien der Politik mit der Verantwortung der Minister für ihre Ressorts aufgewogen. Sie hat sehr sorgfältig von der demokratischen und von der sachlichen Legitimation der Beamten gesprochen und der Politik die letzte Verantwortung gegeben.

Indem hier von den Vorzügen der Verfassung gesprochen wird, soll auch nicht geleugnet werden, was mit der politischen Mentalität des Landes an Versuchungen und Gefahren einhergeht. Politische und gesellschaftliche Bedingungen, wie sie Lion Feuchtwangers „Erfolg“ so treffend beschreibt, lähmen auch differenzierte Mechanismen der Sicherung. Und was so „das andere Bayern“ genannt wird³⁴ und in der Tat die Identität des Landes mit ausmacht, hat es gewiß nicht immer leicht. Aber die Verfassung konnte und könnte nicht mehr als geschehen dafür tun, daß die Verhältnisse in Bayern politisch so offen sind und bleiben als möglich.

Dies leistet die Verfassung freilich nicht nur durch die Staatsorganisation. Nicht weniger wichtig dafür sind die Rechte, die sie den Menschen und ihren Gemeinschaften gibt und sichert. Nun sind Landesgrundrechte und Landesverfassungsgerichtsbarkeit heut überwölbt durch die Grundrechte des Grundgesetzes und die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts. Im europäischen Rahmen stehen dahinter noch einmal die europäische Menschenrechtskonvention, die europäische Menschenrechtskommission und der europäische Menschenrechtsgerichtshof, aber auch die europäische Sozialcharta und die Institutionen ihrer Gewährleistung. Und weltweit liegt darüber noch einmal – in der Realität freilich „hilflos“ – der Schutz der Menschenrechte durch die Vereinten Nationen. Die bayerische Verfassungspraxis hat die Frage, ob es da noch sinnvoll sei, die Energie bayerischer Rechtsstaatlichkeit auf bayerische Grundrechte und bayerische Verfassungsgerichtsbarkeit zu werfen, gleichwohl und zu Recht nie gestellt. Mag so der bayerische Bürger in seinen Rechten doppelt und dreifach gesichert sein – der Schutz des bayerischen Bürgers gegen den bayerischen Staat ist zuerst und unverzichtbar eine Sache dieses bayerischen Staates selbst.

Endlich ist die Bayerische Verfassung auch eine Verfassung der Grundwerte. Wir finden sie in Grundrechten und Prinzipien, aber auch in Grundpflichten, Programmen und Deklamationen. So herrscht freilich gerade unter den Grundwerten ein großes Gefälle an Positivität; denn Grundpflichten, Programme und Deklamationen sind das rechtlich schwächste Element der Verfassung. Der Richter hat kaum Möglichkeiten, sie durchzusetzen. Sie sind auf die Politik angewiesen und auf die Gesellschaft, aus der diese Politik hervorgeht. Sie sind Argumente – nicht mehr und nicht weniger, aber Argumente mit dem Rang der Verfassung. Argumente, die in die Politik eingebracht und in Rechtsstreitigkeiten eingeführt werden können. Und so können sie wirksam werden, wo immer es gesellschaftliche Kräfte gibt, die sie aufgreifen, auch gegen den

Wind der Mehrheit und der Mode. Manches braucht auch nur Zeit, um in seiner Bedeutung erkannt zu werden. Das beste Beispiel dafür ist Art. 141 der Verfassung. Er spricht von der Verantwortung des Staates und der Gemeinden „für die Denkmäler der Kunst, der Geschichte und der Natur sowie die Landschaft“. Er spricht davon, daß „der deutsche Wald . . . und die einheimischen Tier- und Pflanzenarten . . . möglichst zu schonen und zu erhalten“ sind. Und er bringt das Recht auf den „Genuß der Naturschönheiten und die Erholung in der freien Natur.“ 1946/47 lächelte man darüber in Deutschland, auch in Bayern. Art. 141 der Bayerischen Verfassung war das verfassungspolitische Kuriosum jener Zeit. Mittlerweile wissen wir, wie seherisch diese Vorschrift war. Als 1984 die Verfassung geändert und der Umweltschutz in der Verfassung allgemeiner artikuliert wurde³⁵, mußte es den Kenner traurig stimmen, daß Politiker und Medien in der Behauptung übereinstimmten, Bayern sei nun das erste Land, das den Umweltschutz in der Verfassung verankere. Bayern war dies seit 1946.

Aber selbst dort, wo die Zeit blind zu sein scheint für eine Wahrheit, mag es doch ein Glück sein, eine Verfassung zu haben, die diese Wahrheit aufbewahrt. Wenn man heute in der Vorlesung den Verfassungssatz zitiert, daß „gesunde Kinder . . . das köstlichste Gut eines Volkes“ sind³⁶, kann man verläßlich mit Gelächter rechnen. In der Tat ist dieser Satz nicht geeignet, eine Rechtsnorm abzugeben. Aber ich glaube nicht, daß es das ist, was die Zuhörer so heiter stimmt. Auch der Satz, daß die „gesamte wirtschaftliche Tätigkeit . . . dem Gemeinwohl“ dient, „insbesondere der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle und der allmählichen Erhöhung der Lebenshaltung aller Volksschichten“³⁷, ist wohl kein Rechtssatz. Aber er würde keinen Studenten zum Lachen bringen. Der Satz über die Kinder erheitert heute in der Sache. Und gerade deshalb sollte man dankbar für eine Verfassung sein, die so etwas Wahres dennoch sagt.

Aber auch jenseits allen Geltungsgefälles zwischen Prinzipien, Rechten, Pflichten, Programmen, Deklamationen haben die politischen Prozesse und gerichtlichen Entscheidungen, in denen die Landesverfassung heute noch spürbar bedeutsam wird, etwas Erratisches, etwas Zufälliges, auch etwas zu Seltenes. Es hängt ja von zu vielem ab, ob die Landesverfassung noch wirken kann. Endet etwa ein Prozeß vor einem bayerischen Gericht, so kann der Bayerische Verfassungsgerichtshof danach noch angerufen werden, nachzusehen, ob die bayerischen Grundrechte gewahrt wurden. Führt aber die Revision an ein oberstes Bundesgericht, so kann dessen Entscheidung nicht mehr vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof nachgeprüft werden. Wohin das letzte Rechtsmittel führt, muß aber nun gar nichts damit zu tun haben, wie sinnvoll es ist, die Vorgänge im Lichte der Bayerischen Verfassung zu sehen. Das ist nur ein Beispiel von unendlich vielen möglichen Beispielen dafür, wie aleatorisch die Wirkmöglichkeiten der Verfassung geworden sind. Gerade dies aber, daß die Verfassung einmal gilt und dann doch wieder nicht, irritiert den Bürger, schädigt das Vertrauen in die Verfassung. Immer wieder also stoßen wir auf den Widerspruch zwischen dem Anspruch der Verfassung auf umfassende Maßgeblichkeit und dem Einbezug des Landes in die Bundesrepublik, in Europa und in das Geflecht internationaler Beziehungen.

V. Schlußbemerkungen

Doch so sehr auch jene überlagernden Systeme den Blick fangen und an der Kraft der Verfassung zehren: wie Bayern ist.

35 Fünftes Gesetz zur Änderung der Verfassung des Freistaates Bayern vom 20. 6. 1984 (GVBl. S. 223).

36 Art. 125 Abs. 1 Satz 1 BV.

37 Art. 151 Abs. 1 BV.

34 So der Buchtitel: *Gregor-Dellin/Langenbacher/Schlöndorff* (Hrsg.), *Das andere Bayern*. Lesebuch zu einem Freistaat. 1976.

wie es sich in Bayern lebt und wie Bayern sich in jene überlagernden Systeme einbringt, muß es immer zunächst selbst bestimmen. Und das wichtigste Instrument, so sich selbst zu definieren, ist die Verfassung.

Die Verfassung, die hier vor 39 Jahren beraten und beschlossen wurde, ist eine Verfassung des Vertrauens in das Recht, der glaubwürdigen und wirksamen Institutionen und des starken Bürgers, eine Verfassung, die den Institutionen

wie den Bürgern Ziele weist, eine Verfassung, die Institutionen wie Bürger in Pflicht nimmt. Daß die Vision von 1946 in Erfüllung ging, daß das Leben in Bayern wieder lebenswert sein soll, war gewiß nicht allein die Leistung dieser Verfassung. Aber was immer in ihrer Macht blieb, hat sie dazu beigetragen. Daß sie dies inmitten aller Anfechtung von innen und außen weiter leisten kann, ist nicht nur den Gerichten, gewiß nicht nur den Politikern, es ist uns allen anvertraut.

Das Zusammenspiel von Gemeinderecht und Verwaltungsverfahrenrecht bei der rechtsaufsichtlichen Beanstandung gemeindlicher Verwaltungsakte

Von Akademischem Rat a.Z. Rudolf Mögele, Universität Augsburg

I. Rechtsaufsicht und gemeindliche Verwaltungsakte

Ein Blick in die einschlägigen Vorschriften der bayerischen Gemeindeordnung erschließt die umfassende, in einer empfindlichen Sphäre angesiedelte Doppelaufgabe kommunaler Rechtsaufsicht, einerseits die Recht- und Gesetzmäßigkeit des gesamten, nicht lediglich privatrechtlichen Handelns der Gemeinden in deren eigenem Wirkungskreis zu kontrollieren¹ und somit die Bindung auch der mittelbaren Staatsverwaltung an Recht und Gesetz zu gewährleisten, gleichzeitig jedoch die von Verfassungs und Gesetzes wegen bestehende Garantie kommunaler Selbstverwaltung zu beachten und zu schützen². Dabei ist mit dem Begriff der Rechtswidrigkeit die Einsatzschwelle, zugleich aber auch die Grenze rechtsaufsichtlicher Tätigkeit beschrieben. Innerhalb dieses Spannungsfeldes, das eine Aktualisierung etwa in der strikten Anwendung des Übermaßverbotes auf rechtsaufsichtliche Maßnahmen erfährt³, kommt der präzisen Bestimmung der Aufsichtsvoraussetzungen und der Aufsichtsgrenzen erhebliche Bedeutung zu. Dies gilt in besonderem Maße für das in Art. 112 GO unter dem Terminus „Beanstandung“ gefaßte Instrumentarium, das als Vorstufe der Ersatzvornahme (Art. 113 GO) und z.T. auch der anderen Aufsichtsmittel, aber auch wegen seiner Häufigkeit im Gefüge der rechtsaufsichtlichen Eingriffsbefugnisse eine zentrale Rolle spielt.

Zwar beschränkt sich das rechtsaufsichtliche Kontrollspektrum keineswegs auf die kommunalen Verwaltungsakte, sondern erfaßt das gemeindliche Handeln in seiner ganzen Breite, wie es sich in Beschlüssen, Normsetzungs- und Einzelakten, aber auch in schlichtem Verwaltungshandeln manifestiert. Dennoch erscheint es angebracht, der rechtsaufsichtlichen Bewertung von Verwaltungsakten besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Zum einen bildet der Verwaltungsakt auch innerhalb der kommunalen Selbstverwaltung eine Handlungsform von großer Bedeutung; zum anderen führen sowohl das Bayerische Verwaltungsverfahrensgesetz wie auch die im Kommu-

nalabgabenrecht anwendbare Abgabenordnung⁴ eine Reihe von Fragen aus dem Problemkreis der Behandlung fehlerhafter Verwaltungsakte einer positivrechtlichen und stark formalisierten Lösung zu, ohne daß die Auswirkungen dieser Regelungen auf die Auslegung und Anwendung des Art 112 GO bislang zusammenhängend untersucht worden wären⁵.

II. Rechtliche Ausgangslage

1. Daß sich Art. 112 GO auf gemeindliche Verwaltungsakte bezieht, folgt aus seinem Satz 1, in dem die *Beanstandung* von „Verfügungen der Gemeinde“ angesprochen wird⁶. Nicht unterschieden zu werden braucht zwischen belastenden Akten und solchen, die eine beantragte Begünstigung ablehnen, da beiden Typen Verwaltungsaktscharakter zukommt. Entsprechend dem durch Art. 109 Abs. 1 GO umschriebenen Wirkungsbereich der Rechtsaufsicht sind allerdings nur die im *eigenen Wirkungskreis* erlassenen Verwaltungsakte gemeint, für die sich die maßgeblichen Zuordnungskriterien aus den einschlägigen verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantien⁷ und deren einfachgesetzlichen Ausgestaltungen⁸ ergeben. Zu nennen sind beispielsweise die der Personalhoheit zuzuordnenden beamtenrechtlichen Akte (etwa Ernennungen und Entlassungen), Entscheidungen im Zusammenhang mit öffentlichen Einrichtungen (Art. 21 GO) und Gemeindestraßen, Verfügungen der örtlichen Sicherheitsbehörde oder die in Vollzug von Ortsrecht und hier vor allem kommunaler Abgabensatzungen ergehenden Verwaltungsakte⁹. Der Beanstandung unterliegen lediglich *rechtswidrige* Verwaltungsakte. Zweckmäßigkeitserüberlegungen, wie sie bei der Fachaufsicht durchaus angezeigt sein können (vgl. Art. 109 Abs. 2 GO), dürfen keine Rolle spielen¹⁰. Diese Beschränkung findet ihre konkrete verfassungsrechtliche Fundierung in Art. 83 Abs. 4 Satz 2 BV, wonach der Staat „nur über die Erfüllung der gesetzlichen Pflichten und die Einhaltung der gesetzlichen

1 *Meder*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 3. Aufl. 1985, Art. 83 BV RdNr. 13; *Hölzl/Hien*, Gemeindeordnung, Art. 109 Anm. II; *Masson/Samper*, Bayerische Kommunalgesetze, Art. 109 GO RdNr. 2 ff.; *Knemeyer*, Bayerisches Kommunalrecht, 5. Aufl. 1984, S. 208.

2 Zum Selbstverwaltungsrecht umfassend von *Mutius*, Gutachten E für den 53. Deutschen Juristentag, 1980; *Maunz*, Die Verankerung des Gemeinderechts im Grundgesetz, BayVBl. 1984, 417 ff.; *Knemeyer*, Die Staatsaufsicht über die Gemeinden und Kreise, HKPW Bd. 1, 2. Aufl. 1981, S. 266; *Bracker*, Theorie und Praxis der Kommunalaufsicht, in: *Festschrift für von Unruh*, 1983, S. 459, 464 ff.; vgl. auch Art. 83 Abs. 4 Satz 4 BV.

3 Beispielhaft *BayVGH*, BayVBl. 1983, 212/213; *Schnapp*, Die Ersatzvornahme in der Kommunalaufsicht, 1971, S. 31 f.; *Schmidt-Abmann*, in: *von Münch* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1985, S. 91, 123; *von Mutius*, Grundfälle zum Kommunalrecht, JuS 1979, 347.

4 Auch das im Sozialrecht geltende SGB X enthält entsprechende Vorschriften, die für die Selbstverwaltungstätigkeit im eigenen Wirkungskreis jedoch, soweit ersichtlich, praktisch keine Rolle spielen.

5 Vereinzelt Aussagen finden sich in der Kommentarliteratur vor allem bei *Widmann*, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 112 GO Anm. 3 oder etwa bei *Masson/Samper*, a.a.O. (FuBn. 1), Art. 112 GO RdNr. 8.

6 *Masson/Samper*, a.a.O. (FuBn. 1), Art. 112 GO RdNr. 5.

7 Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 11 Abs. 2, 83 BV.

8 Wichtig vor allem Art. 7 und 57 GO.

9 *Knemeyer*, a.a.O. (FuBn. 1), S. 97 ff. m.w.N.; vgl. zum Ganzen *Stern*, Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 413; *von Mutius*, Grundfälle zum Kommunalrecht, JuS 1977, 592 ff.; *Domcke*, Die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zum Kommunalrecht, NVwZ 1984, 616/618.

10 *VGH Mannheim*, DÖV 1973, 534; *Obermayer*, Die staatsaufsichtlichen Rechtsakte gegenüber Gemeinden, BayVBl. 1962, 39/40 f.