

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 15

HERAUSGEGEBEN VON

GERHARD LEIBHOLZ



1966

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN



L 66/4050

©

Gerhard Leibholz

J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1966

Alle Rechte vorbehalten

Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es auch nicht gestattet,
das Buch oder Teile daraus auf photomechanischem Wege (Photokopie,
Mikrokopie) zu vervielfältigen

Printed in Germany

Druck: Tübinger Chronik, Druckerei- und Verlagsgenossenschaft eGmbH, Tübingen

Einband: Heinr. Koch, Großbuchbinderei, Tübingen

INHALTSVERZEICHNIS

ABHANDLUNGEN

- CHARLES AIKIN: The Question of Executive Primacy: Thoughts on American Experiences I
Vgl. 20, 393; 23, 343: Friedrich (mit weiteren Nachweisen); NF 4, 1: 13, 1: Loewenstein*.
- WALTER MEDER: Grundzüge der sowjetischen Staatstheorie..... 9
Vgl. 11, 275: Zaitzeff mit weiteren Verweisungen auf die frühere zaristische Entwicklung; 14, 316: Alexejew; 23, 136: N. Karadshe-Iskrow.

EUROPÄISCHES VERFASSUNGSRECHT

- PETER LEUPRECHT: Der Europarat..... 55

BERICHTE

ENTWICKLUNG DES VERFASSUNGSRECHTS IM EUROPÄISCHEN RAUM

a) Verfassungsgerichtsbarkeit

- HELMUT ENGLER: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 1959 bis 1965..... 137
Vgl. NF 3, 15: Federer; NF 7, 107: 9, 69: B. Wolff.
- HANS JOACHIM BECKER: Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Grundgesetz 263
Vgl. NF 9, 93: Baring

b) Allgemeine verfassungsrechtliche Entwicklung

- HANS ZACHER: Verfassungsentwicklung in Bayern 1946 bis 1964..... 321
Vgl. NF 3, 149: Leusser
- LOTHAR SCHULTZ: Die verfassungsrechtliche Entwicklung der Sozialistischen Republik Rumänien seit dem Zweiten Weltkrieg 407
Vgl. 25, 376: Anderssen

* Diese und die folgenden Zitate verweisen auf die einschlägigen Beiträge in den früheren Bänden des Jahrbuches. Z. B. bedeuten 20, 393: Band 20 der ersten Folge des Jahrbuches Seite 393 und NF 4, 1: Band 4 (der Neuen Folge des Jahrbuches) Seite 1.

AUSSEREUROPÄISCHES VERFASSUNGSRECHT

a) Asien

- KAZUHIRO HAYASHIDA: Development of Election Law in Japan..... 471
 Nachweise s. zu dem Beitrag ABE
- TERUYA ABE: Die Entwicklung des japanischen Verfassungsrechts seit 1952..... 513
 4, 530: 5, 640: 7, 500: 12, 311: Uyesugi. 19, 356: NF 5, 301: Ohgushi
- KARL LOEWENSTEIN: Questionnaire on the Essentials of Governmental Organization
 of Presentday Constitutional Democracy..... 566

b) Afrika

- THOMAS KARIS: The Republic of South Africa 589
- CRAWFORD YOUNG: Constitutionalism and Constitutions in the Congo..... 645

c) Mittelamerika

- CLAUDIUS C. THOMAS: Constitutional Theory and Practice in the West Indies. 683
- Sachregister..... 763

B. ALLGEMEINE VERFASSUNGSRECHTLICHE ENTWICKLUNG

Verfassungsentwicklung in Bayern 1946 bis 1964¹⁾

Von

Professor Dr. HANS ZACHER

Saarbrücken

INHALT

Erster Teil: Allgemeine und äußere Entwicklungen	323
I. Die Beharrung des Verfassungstextes	323
II. Die Entfaltung der Verfassung	324
III. Überlagerungen	325
IV. Völkerrechtliche Beziehungen	331
Zweiter Teil: Staatssymbolik, Staatsgebiet, Staatsvolk	332
I. Staatssymbolik	332
II. Das Staatsgebiet	333
III. Das Staatsvolk	334
Dritter Teil: Die allgemeinen Grundsätze des Bayerischen Verfassungsrechts	335
I. Schichtenbildung im Verfassungsrecht	335
II. Die Elementarsätze der Verfassung	336
Vierter Teil: Die obersten Staatsorgane	342
I. Der Landtag	342
II. Der Senat	352
III. Die Staatsregierung	356
IV. Der Verfassungsgerichtshof	360
Fünfter Teil: Staatsfunktionen und Staatsorganisation	372
I. Die gesetzgebende Gewalt	372
II. Die Verwaltung	374
III. Die Rechtsprechung	377
IV. Die Selbstverwaltung	382
Sechster Teil: Grundrechte und Grundpflichten	385
I. Die Grundrechte – Allgemeines	385
II. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde	387

¹ Für eingehende, bereitwillig gewährte Informationen zu diesem Bericht habe ich den Herrn Präsidenten des Bayerischen Landtages, des Bayerischen Senats, des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes und des Bayerischen Statistischen Landesamts und deren Mitarbeitern sowie der bayerischen Staatskanzlei, dem Herrn Regierungspräsidenten von Oberfranken und insbesondere Herrn Oberlandesgerichtsrat Dr. Streicher, München, vielmals zu danken.

III. Gleichheitsgrundsätze	387
IV. Freiheitsrechte	390
V. Ehe und Familie	395
VI. Die Eigentumsordnung	396
VII. Weitere Grundrechte	401
VIII. Die Steuerpflicht	401
Siebter Teil: Sachordnungen	402
I. Das Schulwesen	402
II. Staat und Kirche	403
III. Wirtschaft und Arbeit	404

BESONDERE ABKÜRZUNGEN

BayBS	Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BV	Verfassung des Freistaates Bayern vom 3. Dezember 1946
DStH	Bayerischer Dienststrafhof; Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, des Bayerischen Dienststrafhofs und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte, III. Teil, Entscheidungen des Bayerischen Dienststrafhofs
GeschOVerfGH	Geschäftsordnung des Verfassungsgerichtshofs für den Freistaat Bayern
GVBl.	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
JMBl.	Bayerisches Justizministerialblatt
LT	Landtag
MABl.	Ministerialamtsblatt der bayerischen inneren Verwaltung
ObLGSt	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen (neue Folge)
ObLGZ	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (neue Folge)
SenG	Gesetz über den Senat
VerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof; Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs usw., II. Teil, Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (<i>Entscheidungshinweise ohne Angabe der Sammlung beziehen sich hierauf</i>)
VerfGHG	Gesetz über den Verfassungsgerichtshof
VGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof; Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs usw., I. Teil, Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs

Erster Teil

Allgemeine und äußere Entwicklungen

I. Die Beherrschung des Verfassungstextes

Die Entwicklung des Verfassungsrechts und der Verfassungswirklichkeit Bayerns von 1946 bis 1964² ist, so lebhaft und reichhaltig sie sich darstellt, nicht zuletzt dadurch bemerkenswert, daß sie den formalen Bestand der Verfassung unangetastet gelassen hat. Zwar hat es an Kritik nicht gefehlt. Die umfassendsten Vorschläge zur Änderung der Verfassung enthielt das Gutachten der Arbeitsgemeinschaft für Staatsvereinfachung³ (I. Teil 1955; II. Teil 1957). Doch wurde der Wunsch nach Änderung im allgemeinen schon dadurch erstickt, daß verfassungsändernde Gesetze sowohl von einer $\frac{2}{3}$ -Mehrheit des Landtages als auch vom Volk angenommen werden müssen (Art. 75 Abs. 2 BV). Die wenigen Initiativen auf Änderung der Verfassung scheiterten im Landtag.

1. Ein Antrag der Abg. Stock und Genossen und Dr. Linnert und Genossen vom 31. Januar 1947 (LT I. Wahlperiode Beil. Bd. I Beil. 4 und 35) erstrebte die Änderung der auch sonst immer wieder umstrittenen Zehnprozent-Klausel des Landtagswahlrechts nach Art. 14 Abs. 4 BV⁴ (Ablehnung: LT I. Wahlperiode, 9. Sitzung vom 20. März 1947, Sten. Ber. Bd. I S. 210 ff.).

2. Ein Antrag der Abg. Hausleiter und Neumann vom 12. Januar 1949 (LT I. Wahlperiode Beil. Bd. III Beil. 2129) wollte das Wahlsystem des Art. 14 Abs. 1 BV beseitigen. (Der Antrag wurde zurückgezogen. LT I. Wahlperiode Beil. Bd. III Beil. 2283).

3. Ein Antrag des Abg. Rabenstein und Genossen vom 26. November 1953 (LT II. Wahlperiode Beil. Bd. VI Beil. 4878) wollte den Gründen für den Verlust des Landtagsmandates den Wechsel der Partei hinzugefügt wissen (Ablehnung: LT II. Wahlperiode, 180. Sitzung vom 4. Februar 1954, Sten. Ber. Bd. VI S. 703 ff.).

4. Ein Antrag des Abg. Dr. Eberhardt und Fraktion (FDP) vom 28. Januar 1958 (LT III. Wahlperiode Beil. Bd. V Beil. 3121) wollte das obligatorische Referendum für Verfassungsänderungen (Art. 75 Abs. 2 Satz 2 BV) »für Beschlüsse des Landtags auf Änderung organisatorischer oder technischer Bestimmungen der Verfassung, die zur Staatsvereinfachung erforderlich sind«, beseitigen (Ablehnung: LT III. Wahlperiode, 146. Sitzung vom 15. Oktober 1958, Sten. Ber. Bd. IV S. 5081 ff.).

5. Ein Antrag des Abg. Seidl vom 13. November 1961 (LT IV. Wahlperiode Beil. Bd. IV Beil. 2632) wollte den Senat beseitigen, und Kabinett und Verfassungsgerichtshof reformieren (Ablehnung: LT IV. Wahlperiode, 106. Sitzung vom 12. Dezember 1961, Sten. Ber. Bd. IV S. 3324 ff.).

6. Ein weiterer Antrag auf Abschaffung des Senats (LT II. Wahlperiode Beil. Bd. V Beil. 4382) gelangte nicht zur Abstimmung.

Zu all dem ist bemerkenswert, daß fast ausnahmslos vitale Verfassungsbestimmungen ein Änderungsinteresse auf sich zogen. Das spezifische Problem der BV aber ist der breite Strom vielfältiger Entwicklungen, welche die Verfassungsaussage wandeln, lähmen oder aushöhlen⁵. Von ihnen hat der Träger der verfassungsändernden Gewalt nicht manifest Kenntnis genommen.

² Der Bericht schließt sich an *Leusser*, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946 (Jahrbuch des öffentlichen Rechts n. F. Bd. 3, 1954, S. 149 ff.) an. Die Darstellung Leussers beschränkte sich im wesentlichen auf die Entstehung und den Inhalt der BV. Die weitere Entwicklung ist nur gelegentlich berücksichtigt. Daher war es geboten, den ganzen Zeitraum von 1946 an einzubeziehen. – Der Bericht endet zum 31. Dezember 1964. Hinweise auf Entscheidungen und Literatur aus späterer Zeit konnten nur ausnahmsweise nachgetragen werden.

³ Nach seinem Vorsitzenden, Staatsrat Dr. Kollmann, »Kollmann-Ausschuß« genannt.

⁴ Siehe dazu unten S. 344 f.

⁵ *Zacher*, Bayern als Sozialstaat, BayVBl. n. F. 8. Jhg. 1962 S. 257 ff. (261 ff.).

II. Die Entfaltung der Verfassung

Zu den prägenden Zügen der Verfassungsentwicklung Bayerns gehört ferner die intensive interpretatorische Ausdeutung, welche die Verfassung in *Rechtsprechung* und Schrifttum gefunden hat. Den hervorragendsten Anteil daran hat die Rechtsprechung des VerfGH⁶. Kraft seiner umfassenden Zuständigkeit und eines rasch gewonnenen und zur Tradition gewordenen hohen Bewußtseins von seiner Aufgabe als Hüter der Verfassung hat er eine – für ein Landesverfassungsgericht ungewöhnlich⁷ – reiche Judikatur geschaffen, die nicht nur für das bayerische Rechtsleben bestimmend war, sondern auch darüber hinaus Einfluß auf das gemeindeutsche Verfassungsleben gewonnen hat⁸. Bedeutendes haben ferner der Bayerische Verwaltungsgerichtshof und das Bayerische Oberste Landesgericht beigetragen.

Im Vergleich zu anderen Landesverfassungen ist auch die *literarische* Erörterung des bayerischen Verfassungsrechts als besonders intensiv zu bezeichnen⁹. In diesem Zusammenhang ist an den Tod Hans Nawiaskys am 11. August 1961 zu erinnern, der dem bayerischen Verfassungsrecht wie kein zweiter Gelehrter gedient hat¹⁰.

So viele Antriebskräfte von der Interpretation der Verfassung aber auch ausgegangen sein mögen, so bleibt doch erstaunlich, mit welcher Energie andererseits der *Gesetzgeber* an den Aufbau einer demokratischen, rechtsstaatlichen und sozialstaatlichen Rechtsordnung gegangen ist. Hervorzuheben ist vor allem die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Kommunalrechts, des Polizeirechts und des Schulrechts, wo umfassend neuer Grund gelegt wurde. Aber auch auf allen anderen Gebieten, auf denen der Landesgesetzgeber zuständig war und ist, war er bemüht, dem Verfassungsrecht, den modernen Lebensverhältnissen und dem Bedürfnis nach einem klaren übersichtlichen Gesetzesbestand Rechnung zu tragen¹¹. Von besonderer Tragweite ist dabei die *Bereinigung des bayerischen Landesrechts*. Sie sollte den Bestand an geltendem Landesrecht klären, das Landesrecht übersichtlich sammeln und veraltete Vorschriften den heutigen Regeln der Rechtschreibung anpassen. Sie gliedert sich in *vier Teile*. Der *erste Teil* betrifft die Vorschriften, die im Bayeri-

⁶ Siehe dazu das Schrifttumsverzeichnis.

⁷ Siehe dazu *Bachof-Jesch*, Die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland, Jahrbuch des öffentlichen Rechts n. F. Bd. 6, 1957, S. 48 ff., insbes. S. 49.

⁸ Für die Verbreitung seiner Erkenntnisse war und ist von besonderer Bedeutung, daß sie von Anfang an als Teil II der *Sammlung der Entscheidungen* des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (VGH n. F. Bd. 1 [1947/48] bis gegenwärtig Bd. 18 [1965]) publiziert wurden (ältere Abkürzung »VGH [Bd.] II [Seite]«; neuere Abkürzung »VerfGH [Bd. Seite]«). Daneben müssen eine Reihe von Entscheidungen – vor allem in Fällen der Normenkontrolle – im Bayerischen Gesetz- und Verordnungsblatt (GVBl.) veröffentlicht werden (Art. 43, 45, 53 Abs. 4 VerfGHG). Weitere zentrale Publikationsorgane sind die Bayerischen Verwaltungsblätter (BayVBl.) und das Bayerische Justizministerialblatt (JMBl.). Im folgenden sind die Entscheidungen des VerfGH in erster Linie nach der amtlichen Sammlung zitiert. Soweit sie darin nicht abgedruckt sind, werden sie nach dem Gesetz- und Verordnungsblatt und nur hilfsweise nach weiteren Fundstellen angeführt. *Zitate ohne weiteren Hinweis* beziehen sich auf *Entscheidungen des VerfGH*, die *im Teil II der Sammlung der Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes* abgedruckt sind.

⁹ Siehe die zentralen Hinweise am Schlusse des Berichts. Weitere Hinweise in den Fußnoten zu diesem Bericht.

¹⁰ Siehe dazu *Hoegner*, Professor Dr. *Hans Nawiasky* und die Bayerische Verfassung von 1946, in: »Staat und Wirtschaft«, Festgabe für Hans Nawiasky, 1950, S. 1 ff. Zum literarischen Werk *Hans Nawiaskys* zum bayerischen Verfassungsrecht siehe außer den Hinweisen zu diesem Bericht: *Zacher*, in: »Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung«, Festschrift für Hans Nawiasky, 1956, S. 431 ff. (437 f.).

¹¹ An Gesetzessammlungen sind besonders zu erwähnen: *Ziegler-Tremel*, Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern, 1. bis 8. Auflage 1964; *Ostler*, Bayerische Justizgesetze, 2. Auflage 1964.

schen Gesetz- und Verordnungsblatt und seinen Vorläufern verkündet wurden. Was davon über den 31. Dezember 1956 hinaus fortgelten sollte, ist in den vier Bänden der »Bereinigten Sammlung des Bayerischen Landesrechts 1802–1956« enthalten¹². Der *zweite* Teil der Rechtsbereinigung betraf diejenigen Vorschriften, die in den Amtsblättern der Ministerien veröffentlicht worden waren. Was davon über den 30. Juni 1957 hinaus fortgelten sollte, wurde in die Bereinigten Sammlungen der verschiedenen Ministerien¹³ aufgenommen¹⁴. Sämtliche Bereinigte Sammlungen werden durch Fortführungsnachweise auf dem Laufenden gehalten. Der *dritte* Teil der Rechtsbereinigung trifft die unveröffentlichten Verwaltungsvorschriften. Sie traten am 30. Juni 1960 außer Kraft, soweit sie bis dahin nicht neu bekannt gemacht wurden¹⁵. Der *vierte* Teil der Rechtsbereinigung ist bundesrechtlicher Natur. Der Bund hob Gesetze und Verordnungen, die im Bayerischen Gesetz- und Verordnungsblatt bzw. seinen Vorläuferorganen verkündet worden waren, jedoch nach dem Grundgesetz als partielles Bundesrecht fortgalten, durch das Gesetz zur Bereinigung des Bundesrecht gewordenen ehemaligen Landesrechts vom 7. November 1959 (BGBl. I S. 678) auf. Die Rechtsbereinigung hat sich in der Praxis als außerordentlich nützlich erwiesen.

III. Überlagerungen

1. Vor dem Grundgesetz¹⁶

Von Anfang an ist der Vollzug der BV von 1946 von dem Willen gekennzeichnet, alle staatliche Tätigkeit an die Verfassung zu binden (2, 33 [41]; 5, 166 [186]). Das unter dem Nationalsozialismus und in den Nachkriegswirren verwilderte Staatsleben sollte rechtsstaatlich geordnet werden. Dabei standen sich von vornherein zwei Gegebenheiten feindlich gegenüber: einerseits gab es zunächst nur Landesverfassungsrecht; andererseits war die staatliche Kompetenz der Länder zu keiner Zeit komplett.

Am wenigsten genierte man sich, das Reichsrecht dem Landesverfassungsrecht unterzuordnen. Die Wertungslinien der Eigenstaatlichkeit, der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie trafen sich darin – wie das etwa auch in der Präambel der Verfassung und in deren Art. 178 zum Ausdruck kommt –. Das Reichsrecht wurde zunächst als Landesrecht angesehen (1, 81 [84]; 2, 115 [126]; 3, 15 [23], 67 [81], 90 [92 f.]; 4, 78 [85], 109 [131]). Erst später reduzierte man den landesrechtlichen Anspruch auf eine Unterstellung des Reichsrechts unter die Abänderungsbefugnis des Landes (4, 109 [136]; 5, 225

¹² Siehe dazu: Erstes Gesetz zur Bereinigung des bayerischen Landesrechts vom 12. Mai 1956 (BayBS I S. 47); Zweites Gesetz zur Bereinigung des bayerischen Landesrechts vom 15. Juli 1957 (GVBl. S. 233, berichtigt S. 329); Verordnung über die Aufnahme von Verordnungen in die Sammlung (Rechtsbereinigungsverordnung) vom 25. Juni 1957 (GVBl. S. 259, berichtigt S. 330); Verwaltungsanordnung über die Bereinigung der im Regierungsblatt, im Gesetzblatt und im Gesetz- und Verordnungsblatt veröffentlichten Verwaltungsvorschriften vom 2. September 1957 (GVBl. S. 297); Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung über die bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts vom 23. September 1957 (GVBl. S. 297).

¹³ Bayerisches Staatsministerium des Innern: BayBSVI; Bayerisches Staatsministerium der Justiz: BayBSVJu; Bayerisches Staatsministerium für Unterricht und Kultus: BayBSVK; Bayerisches Staatsministerium der Finanzen: BayBSVFin; Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr: BayBSVWV; Bayerisches Staatsministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten: BayBSVELF; Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Soziale Fürsorge: BayBSVA.

¹⁴ Verordnung über die Bereinigung der Amtsblätter in Bayern vom 2. September 1957 (GVBl. S. 298).

¹⁵ Verwaltungsanordnung über die Bereinigung der unveröffentlichten Verwaltungsvorschriften vom 2. Juni 1958 (GVBl. S. 100); Verwaltungsanordnung über die Geltungsdauer unveröffentlichter Verwaltungsvorschriften vom 25. Juni 1957 (GVBl. S. 130).

¹⁶ Zur Entwicklung der Staatlichkeit Bayerns von 1933 an: 9, 57 (77 ff.).

[231], 297 [299]; 6, 131]134[; 9, 14 [17]). Erst 1956 stellt der Verfassungsgerichtshof fest, das Reichsrecht sei bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes Reichsrecht geblieben (9, 27 [30 f.]). An der vorübergehenden Unterstellung des Reichsrechts unter das Landesverfassungsrecht (1, 81 [84 f.]; 3, 90 [92 f.]; 4, 78 [86], 109 [131, 136]) änderte sich dadurch nichts mehr.

Demgegenüber konnte der Anspruch des bayerischen Verfassungsrechts weder auf das Besatzungsrecht (1, 34, 93; st. Rsp.) noch auf das Recht des Länderrates (2, 107, 170 [174 ff.]; 3, 95 [101 f.]; 14, 25), sonstiges zoneneinheitliches Recht (2, 9 [13]; 4, 1 [7 ff.]) oder Recht des vereinigten Wirtschaftsgebietes (2, 103) erstreckt werden. Immerhin wurde bayerischen Staatsorganen abgefordert, sich auch beim Vollzug über- und außerverfassungsrechtlicher Ermächtigungen an die Landesverfassung zu halten, sofern sie diese Ermächtigung nicht ausdrücklich oder dem Sinne nach davon befreit (2, 33 [41], 143 [170]; 4, 1 [7], 19 [27], 167 [186]; 6, 15 [20]; 9, 1 [5 f.]). Die meisten dieser Entscheidungen betrafen den Konflikt mit dem Besatzungsrecht. Dabei wurde den bayerischen Behörden zunächst sogar abverlangt, Ermächtigungen, die nach Zweck, Inhalt und Ausmaß nicht hinreichend bestimmt waren, nicht zu gebrauchen (2, 33 [41]). Weiter wurde die Verfassungsgebundenheit bayerischer Behörden gegenüber dem Gebrauch von Ermächtigungen durch Recht des Länderrates (2, 143 [170], 170 [176 f.]; 6, 15 [20]; GVBl. 1951 S. 33 [36]; 1952 S. 216 [217]) und sonstiges zoneneinheitliches Recht (4, 1 [7]) zur Geltung gebracht. Gegenüber einer Ermächtigung im Recht des Vereinigten Wirtschaftsgebietes legte sich der VerFGH wegen der Prüfungskompetenz des Deutschen Obergerichts dagegen Zurückhaltung auf (2, 103). Ebenso wie gegenüber der Gesetzgebung der Besatzungsmacht mußte der Schutz der BV auch gegenüber deren Einzelakten versagen. Eine späte Erscheinung dieses Unvermögens ist der Ausfall des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber Entscheidungen des CORA (10, 11 [13]).

Der Konflikt zwischen bayerischem Verfassungsrecht und zonalem und bizonalem Recht wurde durch das Grundgesetz in ein Problem bundesstaatlicher Kompetenzverteilung transformiert (2, 143 [158 ff.]; 6, 27 [32]). Der Abbau der besatzungsrechtlichen Überlagerung ließ demgegenüber auf sich warten (9, 1 [7]; 10, 11 [13]); Gesetz zur Aufhebung von Besatzungsrecht in Bayern vom 25. März 1958, GVBl. S. 39)¹⁷.

2. Bayerische Verfassung und Grundgesetz¹⁸

a) Bayern und das Grundgesetz

In Art. 178 BV hatte Bayern zum Ausdruck gebracht, daß es nur einem demokratischen und klar föderativ gestalteten »Reich« beitreten wolle. In ihrem Genehmigungsschreiben zur Verfassung hatte die amerikanische Militärregierung freilich diesen Vorbehalt von vornherein suspendiert¹⁹. Am 17. Mai 1949 leitete der Ministerpräsident dem Landtag das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland mit folgendem Antrag zu (LT I. Wahlperiode Beil. Bd. III Beil. 2470):

1. Der Landtag wolle darüber beschließen, ob dem Grundgesetz in der vorliegenden Fassung die Zustimmung erteilt werden soll.

¹⁷ Schweiger, Die Aufhebung des Besatzungsrechts, BayVBl. n. F. 3. Jhg. 1957 S. 67 ff.

¹⁸ Siehe auch Maunz, Das Bund-Länder-Verhältnis in der bayerischen Verfassung, in: Festschrift für Hans Ehard, 1957, S. 50 ff.; ders., Grundgesetz und Landesrecht, in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Aufl. 1964, S. 1 ff.

¹⁹ Verhandlungen der Bayerischen verfassungsgebenden Landesversammlung, S. 240.

2. Der Landtag wolle einen Beschluß herbeiführen, daß bei Annahme des Grundgesetzes in zwei Dritteln der Deutschen Länder, in denen es zunächst gelten soll, die Rechtsverbindlichkeit dieses Grundgesetzes auch für Bayern anerkannt wird, wie es Art. 144 Abs. 1 des GG vorsieht.

Der Landtag verhandelte am 19. und 20. Mai 1949 über die Vorlage (LT I. Wahlperiode, 110. Sitzung, Sten. Ber. Bd. IV S. 80 ff.). Die Beratungen endeten mit drei Beschlüssen: mit 101 gegen 63 Stimmen bei 9 Stimmenthaltungen wurde das Grundgesetz abgelehnt; mit 97 gegen 6 Stimmen bei 70 Stimmenthaltungen wurde gemäß Nr. 2 des Antrages der Staatsregierung die Rechtsverbindlichkeit des Grundgesetzes auch für Bayern anerkannt (LT I. Wahlperiode Beil. Bd. III Beil. 2479); ferner wurde einem Antrag des Abg. Dr. Horlacher und Genossen zugestimmt, die Staatsregierung zu beauftragen, »die Militärregierung für Bayern zu ersuchen, eine Volksbefragung zu den Anträgen der Bayerischen Staatsregierung zuzulassen« (aaO Beil. 2480). Auf entsprechende Vorstellungen des Ministerpräsidenten antwortete die Militärregierung folgendes (aaO Beil. 2628):

»Amt der Militärregierung für Bayern

Amt des Landesdirektors

München Deutschland

MGBC

APO 407-A, US-Armee

16. Juni 1949

Herrn Dr. Hans Ehard,

Bayer. Ministerpräsident

München, Prinzregentenstr. 7

Betrifft:

Volksentscheid über das Grundgesetz

Sehr geehrter Herr Dr. Ehard!

Ich danke Ihnen für die Übermittlung des Antrags des Landtags auf Erwägung eines Volksentscheids über Genehmigung und Gültigkeit des Grundgesetzes für Westdeutschland durch die Militärregierung.

Es entspricht einem Grundsatz der Demokratie, die Stimme des Volkes in wichtigen Fragen seines Wohlergehens zu beachten. Ferner ist der Volksentscheid anerkanntermaßen eines der wirksamsten Mittel zum Ausdruck des Volkswillens. Wir bekennen uns von Herzen zum Gebrauch des Volksentscheids und hätten gewiß nichts gegen eine häufigere Anwendung dieses Mittels einzuwenden. Es ist indessen zu berücksichtigen, daß ein offizieller Volksentscheid sich von einer Erforschung der öffentlichen Meinung dadurch unterscheidet, daß er ein Auftrag des Volkes ist, der Gesetzeskraft haben soll.

Beim vorgeschlagenen Volksentscheid über das Grundgesetz für Westdeutschland sind verschiedene besondere Punkte zu beachten. Erstens hat der Landtag durch zwei Beschlüsse bereits eine endgültige Entscheidung über den Punkt, über den nach dem Vorschlag durch Volksentscheid abgestimmt werden soll, getroffen. Der Landtag als Vertretung des bayerischen Volkes hat durch Abstimmung das Grundgesetz abgelehnt. Über die Frage der Gültigkeit des Grundgesetzes haben die Besatzungsmächte in Ausübung ihrer Souveränität in den Londoner Beschlüssen bereits eine Entscheidung getroffen und im Frankfurter Dokument Nr. 1 klargestellt. Überdies ist die Gültigkeit des Grundgesetzes für Bayern und der Beitritt zu einem westdeutschen Staat bereits in den Bestimmungen der gegenwärtigen Bayerischen Verfassung und dem Genehmigungsschreiben des Gouverneurs zu dieser Verfassung festgelegt. Daher sind die zur Abstimmung durch Volksentscheid vorgeschlagenen Fragen bereits von zuständiger Stelle entschieden worden und ich sehe daher keine rechtliche Notwendigkeit für einen Volksentscheid über diese Punkte.

Ihr ergebener

gez. Murray D. Van Wagoner,
Landesdirektor.«

Am 4. Juni 1954 beantragten der Abg. Simmel und Fraktion (BHE), der Landtag solle dem Grundgesetz nachträglich zustimmen (LT II. Wahlperiode Beil. Bd. VII Beil. 5574). Der Antrag wurde zurückgezogen, ehe er im Parlament behandelt worden war (aaO Beil. 5800).

b) Bayern unter dem Grundgesetz

Mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes trat die BV in eine neue Phase der Selbstbehauptung. Zwar wurde sie in der rechtsstaatlichen Ordnungsfunktion, in die sie sich zunächst allein gestellt sah, nunmehr durch das Grundgesetz mit seinen sehr viel größeren Wirkungsmöglichkeiten ergänzt. Dennoch widerstrebte es bayerischem Staatsbewußtsein, sie mehr als unerläßlich auf den Bund abwandern zu lassen. Und der VerfGH wurde zum bedeutsamsten Wahrer dieses verfassungsrechtlichen »Herr im Haus«-Standpunktes. Ihm entspricht es, die BV unter engster Auslegung des Art. 31 GG in allen Teilen für fortgeltend zu halten, die dem Grundgesetz und sonstigem Bundesrecht nicht widersprechen (2, 50 [61]). Wo BV und Grundgesetz das Gleiche sagen, gilt danach die BV neben dem Grundgesetz fort (3, 67 [78]; 15, 49 [52]). Art. 142 GG bestätigte diesen Grundgedanken nur für einen besonderen Fall (ebd.). Selbst wenn eine Vorschrift der BV durch übereinstimmendes Bundesrecht beseitigt werde, bleibe ihre formell-rechtliche Bedeutung, nämlich daß »ihre« Verletzung die Anrufung des VerfGH auslöst, »unberührt« (3, 78). Diese Auffassung wird in besonderer Weise für die Reichweite der Verfassungsbeschwerde bayerischen Rechts bedeutsam (11, 90 [insbes. 95])²⁰.

Von der verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Bundesrechts hält der VerfGH sich fern (2, 170 [175 f., 180 f.]; 3, 95 [102]). Die BV kann auch keinen Einfluß auf die Auslegung von Bundesrecht durch bayerische Behörden und Gerichte haben (7, 66 [68 f.]; 8, 11 [22], 90 [101]; 12, 165 [166]; 14, 49 [54]; 15, 5 [8], 15 [20]; 16, 142 [143]).

Zwei Probleme bedürfen in diesem Zusammenhang besonderer Erwähnung. Das eine betrifft die Kompetenz zur Kontrolle alten Reichs- und Landesrechts, das durch das Grundgesetz Bundesrecht geworden ist, am Maßstabe der BV. Einen Augenblick lang zögerte zuerst der VerfGH, die Normenkontrolle auch für Recht wahrzunehmen, das Bundesrecht geworden ist (2, 127 [134]). In einer langen Reihe von Entscheidungen (3, 90 [92 f.]; 4, 1 [8], 78 [85 f.], 109 [131], 150 [156], 194 [200]; 5, 85 [94], 297 [299]; 7, 21 [29 f.], 40 [43 f.], 107 [110]; 8, 117 [119]; 9, 1 [3], 14 [17 f.], 27 [29 ff.]; GVBl. 1954 S. 110 [111]) stellte sich der VerfGH sodann auf den Standpunkt, altes Recht, das vor Inkrafttreten des Grundgesetzes – wie auch immer – der bayerischen Verfassungshoheit unterlegen sei, habe Bundesrecht nur werden können, wenn es vordem mit der BV in Einklang gestanden habe (Art. 186 BV). Ob altes Recht vor Inkrafttreten des Grundgesetzes mit der BV vereinbar gewesen sei, habe jedoch der VerfGH festzustellen. Auch die Entscheidung nach Art. 126 GG beträfe nur die Qualifikation, nicht die sachliche Fortgeltung unter der Herrschaft der BV (3, 90 [92]; 4, 109 [131]; 9, 27 [32]). Der VerfGH geriet damit in Gefahr, Bundesrecht die Fortgeltung partiell für Bayern abzusprechen, ohne die Organe des Bundes zur Gefolgschaft verpflichten zu können. Er gab deshalb seine Ansicht auf und prüft ehemaliges Reichsrecht auf seine Übereinstimmung mit der BV nur mehr, wenn es nach dem Grundgesetz als Landesrecht fortgilt (10, 15; 12, 14 [17], 81 [87]; 13, 32 [40 f.], 109 [114 f.], 170 [176]; 14, 59 [62], 113 [114]; 15, 77 [79]; 16, 142 [144]; 17, 74 [77]). Ob ehemaliges Reichsrecht, das durch das Grundgesetz als Bundesrecht qualifiziert wurde, die BV überlebt hat und somit in Bayern noch gilt, hat jeder Richter in eigener Zuständigkeit zu entscheiden (10, 15 [19]; 15, 77 [79]; 16, 142 [144]). Damit wurde die bundesrechtliche Qualifikationsfrage zur Vorfrage für die Kompetenz des VerfGH, der deshalb immer wieder die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach

²⁰ Siehe unten S. 367, 371.

Art. 126 GG einzuholen hat (10, 72; 12, 1 [4], 81 [87], 144 [147 ff.]; 13, 170 [176]; 14, 113; 15, 104).

Zu dem zweiten Kollisionsproblem, das hier erörtert werden soll, brachte mittlerweile BVerfG 18, 407 die Lösung. An die Haltung anknüpfend, die er gegenüber besatzungsrechtlichen, zonenrechtlichen und ähnlichen Ermächtigungen eingenommen hat, vertritt der VerfGH auch zu bundesrechtlichen Ermächtigungen die Ansicht, daß bayerische Behörden bei ihrem Gebrauch an die Landesverfassung gebunden sind, soweit die bundesgesetzliche Ermächtigung nicht ausdrücklich oder dem Sinne nach das Gegenteil bestimmt (6, 117 [122]; 7, 66 [74]). Er erachtet deshalb auch Verordnungen und Satzungen, die von bayerischen Behörden auf Grund bundesgesetzlicher Ermächtigung erlassen werden, als Landesrecht (6, 117 [122]; 7, 69 [74]; 13, 177 [181 f.]; 14, 113 [116]; GVBl. 1952 S. 2, 16 [218]).

Die tiefgreifenden Strukturveränderungen, welche die Errichtung der Bundesrepublik für das bayerische Verfassungsleben heraufgeführt hat, können hier nicht allgemein beschrieben werden. Auf Einzelheiten wird im konkreten Zusammenhang zurückzukommen sein. Vorweg muß jedoch auf die deutliche Tendenz einer *materiellen Assimilation* zwischen dem *Bundes- und dem Landesverfassungsrecht* hingewiesen werden. Hatte zunächst die Entwicklung des Bundesverfassungsrechts – vor allem auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – den Pionierleistungen der rechtsstaatlichen Verfassungsentwicklung im Bayern der Nachkriegszeit außerordentlich viel zu danken, so wird je länger je mehr eine gegenläufige Entwicklung spürbar. Kraft seiner höheren Potenz und seiner intensiveren richterlichen und literarischen Durchbildung orientiert sich die Dogmatik des Landesverfassungsrechts zunehmend am Stand des Bundesverfassungsrechts. Der nachfolgende Bericht muß es sich leider versagen, im einzelnen auf diese Verwandtschaften hinzuweisen.

3. Kooperation und Integration²¹

Aber nicht nur zugunsten des Bundes hat die Staatlichkeit Bayerns Blut verloren. Mit kennzeichnend für den deutschen Föderalismus der Gegenwart ist der »zweite Weg zum Zentralismus«, auf dem die Länder das egalitäre und technisch-rationale Unbehagen, das der bundesstaatlichen Gliederung weithin entgegengebracht wird, dadurch beschwichtigen, daß sie den Gebrauch ihrer Hoheitsrechte vereinheitlichen. Auf diesem Wege wurde eine Unzahl von Abkommen geschlossen²², wurden gemeinsame Verwaltungseinrichtungen geschaffen und wurden zahlreiche Koordinationsstellen (Konferenzen, Ausschüsse) verschiedenster Struktur und Mächtigkeit eingerichtet. In welcher Weise und welchem Maße diese Entwicklungen den Föderalismus entfalten oder verfälschen, kann hier nicht untersucht werden. Jedoch muß bemerkt werden, daß nicht allein die Richtigkeit der bundesstaatlichen Ordnung in Frage steht. Die Selbstentfremdung der Landesstaatsgewalt zugunsten kooperativer Medien und Institutionen führt auch zu Verlagerungen in der inneren Struktur der Länder. Der Apparat der Kooperation wird seitens der Länder in erster Linie von deren Exekutive bedient. Parlamentarische Institutionen verträgt diese Zwischenebene zwischen Bund und Ländern nicht. So bedeutet fast jede Kooperation zwischen

²¹ *Kalkbrenner*, Zuständigkeitsübertragung durch Staatsvertrag nach der bayerischen Verfassung, BayVBl. n. F. 11. Jhg. 1965 S. 115 ff., 149 ff.; *Maunz*, Übertragung staatlicher Hoheitsrechte, ebd. S. 158 f.

²² Siehe dazu die in Teilen leider bereits veraltete Zusammenstellung bei *Schneider*, Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 19, 1961, S. 1 ff. [S. 34 ff.]).

den Ländern einen Vorsprung der Exekutive vor dem parlamentarischen Gesetzgeber. Ist dessen Mitwirkung dann auch in dieser oder jener Weise vorbehalten oder nötig, so steht er doch regelmäßig unter dem zumindest politischen, je nach Vertragslage auch rechtlichen Druck, der in der Sache bereits erzielten Einigung nichts in den Weg zu legen. Diese verdeckte Fremdbestimmtheit der Landesgesetzgebung reicht bis hin zur Erscheinung der Mustergesetzesentwürfe, die von den jeweils zuständigen Gesetzgebungsreferenten der Länder ausgearbeitet zu werden pflegen. Wird dazu noch bedacht, welchen Machtzuwachs die Landesregierung bereits über die Stimmführung im Bundesrat erfahren hat und wie sehr auch dies auf ein Hineinwachsen der Landesexekutive in legislative Funktionen hinausläuft, so zeigt sich, in welchem Maße der deutsche Föderalismus der Gegenwart das Bild des gewaltenteiligen demokratischen Staates in den Ländern verzerrt. Die Legislativorgane der Länder – durch die Abwanderung der meisten Gesetzgebungsaufgaben an den Bund in ihrem ursprünglichen Aktionsraum ohnedies nur zu sehr beengt – kompensieren mit einer verstärkten Einflußnahme auf die Exekutive. Das bayerische Verfassungsleben ist diesen Entwicklungen trotz gelegentlichen Widerstrebens im ganzen nicht weniger ausgesetzt als das anderer Länder.

Eine vollständige Übersicht der in diesem Rahmen geschlossenen Abkommen kann hier nicht gegeben werden. Ein Verzeichnis der seit dem Inkrafttreten der BV bis 1962 geschlossenen Staatsverträge mit anderen Ländern gibt Schweiger in: Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 72 Randn. 11. Im übrigen hat die Bayerische Staatskanzlei von 1961 an folgende Abkommen mit anderen Ländern registriert:

1. Vereinbarung zwischen dem Autobahnamt München und dem Autobahnamt Baden-Württemberg in Stuttgart über die Abgrenzung der Aufgabengebiete (Streckenunterhaltung und Winterdienst) auf der Strecke Leipzig–Ulm–Ost vom 12./23. Januar 1961.
2. Übereinkommen zwischen den Ländern der Bundesrepublik betreffend die Übernahme von Personen, die von einem Land auf Grund des Notaufnahmegesetzes vom 22. August 1950 oder der Verteilungsverordnung vom 28. März 1952 aufgenommen worden waren, durch ein anderes Land (AMBl. 1961 S. A 208, MABl. 1961 S. 329).
3. Vereinbarung zwischen dem Freistaat Bayern und dem Land Niedersachsen vom 10./19. Mai 1961 über die Unterbringung von Frauen aus dem Land Niedersachsen in der Arbeitsbauabteilung der Frauenanstalt Aichach.
4. Abkommen zwischen den Regierungen der Länder Bayern, Rheinland-Pfalz, Saarland, Niedersachsen, Hessen, Baden-Württemberg, Berlin, Schleswig-Holstein und Nordrhein-Westfalen vom 25. Mai 1961 über die einheitliche Ausbildung und Prüfung für den gehobenen und mittleren nichttechnischen Dienst (WVNBl. 1961 S. 137).
5. Vereinbarung der obersten Arbeitsbehörden der Länder über den Ausgleich von Kosten in Verfahren vor den Gerichten für Arbeitssachen der Länder vom 1. Juli 1961 (AMBl. 1961 S. A 259).
6. Verwaltungsabkommen zwischen sämtlichen Ländern der Bundesrepublik über Brandschutzforschung vom 3. Oktober 1961.
7. Vereinbarung zwischen den Landesjustizverwaltungen der Länder über die Dienst- und Vollzugsordnung (für den Strafvollzug) vom 1. Dezember 1961 (JMBl. 1962 S. 41).
8. Verwaltungsabkommen zwischen dem Land Baden-Württemberg und dem Freistaat Bayern über die Wahrnehmung verkehrspolizeilicher Vollzugsaufgaben auf der Bundesautobahn Frankfurt/Main–Würzburg vom 30. Juli/14. August 1962 (MABl. 1962 S. 27).
9. Verwaltungsabkommen zwischen Bayern und Baden-Württemberg vom 20. Januar 1964 über die Wahrnehmung der verkehrspolizeilichen Vollzugsaufgaben auf der Bundesautobahn ostwärts Ulm (GVBl. 1964 S. 49).
10. Drittes Verlängerungsabkommen zum Königsteiner Staatsabkommen (LT V. Wahlperiode Beil. 1093 und 1477).

11. Abkommen zwischen den Ländern der Bundesrepublik über die Finanzierung neuer wissenschaftlicher Hochschulen vom 4. Juni 1964 (GVBl. 1965 S. 27).

12. Neufassung des Abkommens zwischen den Ländern der Bundesrepublik zur Vereinheitlichung auf dem Gebiet des Schulwesens vom 28. Oktober 1964.

13. Verwaltungsabkommen der Länder zur Durchführung ihrer sich aus § 18 des Reichsnährstands-Abwicklungsgesetzes und § 3 der Dreißigsten Durchführungsverordnung zum G 131 ergebenden gemeinsamen Aufgaben (Bayer. StAnz. Nr. 6 S. 5).

14. Staatsvertrag zwischen dem Freistaat Bayern und dem Land Rheinland-Pfalz über die Zugehörigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker des Regierungsbezirks Pfalz zur Bayerischen Ärzte- und Apothekerversorgung vom 4. September 1964.

Außerdem wurden folgende Verträge unter Beteiligung des Bundes geschlossen:

1. Verwaltungsvereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern über die Gewährung von Einrichtungshilfen an Deutsche aus der Sowjetzone oder aus dem Sowjetsektor von Berlin vom 23. Juni 1961 (BANz. 1961 Nr. 126), zuletzt verlängert im Dezember 1964 bis zum Inkrafttreten einer bundesgesetzlichen Regelung (Bayer. StAnz. 1965 Nr. 3 S. 7).

2. Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Ländern über Aufgaben und Finanzierung des Polizeiinstituts Hiltrup vom 8. Juli 1961.

Auf den Schwund, der die staatliche Wirksamkeit Bayerns als Folge der Übertragung von Hoheitsrechten der Bundesrepublik auf *europäische* supranationale Einrichtungen betroffen hat, kann hier nur hingewiesen werden. Im übrigen ist aus der völkerrechtlichen Wirksamkeit des Bundes der Abschluß der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 7. August 1952 zu erwähnen. Sie ergänzt die Grundrechtsordnung der BV mit der Kraft einfachen Bundesrechts. Im Hinblick auf diese Qualifikation hat sich der VerfGH ihrer kontrollierenden Anwendung enthalten (8, 74; 12, 64 [71]; 14, 49 [52]).

IV. Völkerrechtliche Beziehungen

Eine eigene bayerische Außenpolitik sieht bereits die BV nicht vor (Art. 49 BV). Gleichwohl denkt sie an konkrete Beziehungen mit anderen Staaten – wobei sie zwischen anderen deutschen Ländern, dem Bund und auswärtigen Mächten nicht unterscheidet – (Art. 47 Abs. 3, 72 Abs. 2, 178, 180, 181, 182 BV). So unerwartet reich sich diese Beziehungen aber auch zu den anderen Bundesländern und zum Bund entwickelt haben, so wenig wurden – vom Besatzungsrecht abgesehen – Beziehungen zu fremden Mächten aktuell.

Folgende Verträge wurden in der Berichtszeit geschlossen:

1. Übereinkommen zwischen der Bayerischen Staatsregierung und der Österreichischen Bundesregierung über Ableitungen aus dem Reißbach-Dürrach- und Walchenseegebiet vom 16. Oktober 1950.

2. Vertrag zwischen der Bundesregierung, der Republik Österreich und der Staatsregierung des Freistaates Bayern über die Österreichisch-Bayerische Kraftwerke AG vom 16. Oktober 1950.

3. Abkommen der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland, des Freistaates Bayern und der Republik Österreich über die Donaukraftwerk Jochenstein AG vom 13. Februar 1952.

4. Übereinkommen über den Alpenweideviehverkehr Bayern–Österreich vom 19. April 1955.

5. Abkommen zwischen dem Freistaat Bayern und der Republik Österreich über die Anwendung der Salinenkonvention vom 25. März 1957 (GVBl. 1958 S. 167).

6. Abkommen zwischen der Regierung des Freistaates Bayern und der Bundesregierung der Republik Österreich über die Regelung der Wasserkraftnutzung der Saalach vom 20. Juli 1959 (Bek. vom 14. 8. 1959 in GVBl. S. 209).

7. Übereinkommen über den Schutz des Bodensees gegen Verunreinigung vom 27. Oktober 1960 (Bek. vom 15. November 1961 in GVBl. S. 237), abgeschlossen zwischen dem Land Baden-Württemberg, dem Freistaat Bayern, der Republik Österreich und der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

Gelegentlich wurde erwogen, gemäß einer lange zurückreichenden Tradition, einen ständigen diplomatischen Vertreter an den *Hl. Stuhl* zu entsenden. Dazu ist es jedoch nicht gekommen. Über die Auslegung des Konkordates vom 29. März 1924 kam es zu einer langwierigen Auseinandersetzung²³. Sie bezog sich auf Art. 5 § 3 des Konkordates, wonach der Staat bei der Neuordnung der Lehrerbildung für Einrichtungen zu sorgen hat, die eine konfessionelle Ausbildung der für katholische Volksschulen bestimmten Lehrkräfte sichert. Die endliche Kompromißformel gibt das Gesetz über die Ausbildung für das Lehramt an Volksschulen (Lehrerbildungsgesetz) vom 14. Juni 1958 (GVBl. S. 133; geändert durch Gesetz vom 18. Juli 1962, GVBl. S. 120)²⁴.

So wie die auswärtigen Kompetenzen des Bundes eine außenpolitische Aktivität Bayerns im Prinzip negieren, so überlagert auch Art. 25 GG die entsprechende Transformationsklausel des Art. 84 BV. Der VerfGH äußerte deshalb mehrfach Zweifel, ob die Vorschrift noch gilt (8, 74 [78]; 12, 64 [71], 131 [141 f.]; 16, 32 [36]). Er konnte die Frage aber offen lassen; denn Sinn der Vorschrift sei es zwar, die allgemein anerkannten Grundsätze des Völkerrechts aktuell in innerstaatliches Recht zu transformieren, jedoch nicht in Verfassungsrecht (1, 53 [56 f.]; 8, 74 [78]; 12, 64 [71], 131 [141 f.]; 16, 32 [36]). Der VerfGH lehnte es deshalb auch ab, Rechtsschutz wegen der Verletzung subjektiver Rechte aus allgemein anerkannten Grundsätzen des Völkerrechts zu gewähren (ebd.).

Zweiter Teil

Staatssymbolik, Staatsgebiet, Staatsvolk

I. Staatssymbolik

Mit Nachdruck wurden die Worte »Freistaat Bayern« (s. die Überschrift der Verfassung) als *Name* des Landes zur Geltung gebracht (Bekanntmachung über die Bezeichnung des Bayerischen Staates im Rechtsverkehr vom 24. August 1950, BayBSVJu I S. 266; ME über den Gebrauch der Bezeichnung »Freistaat Bayern« in dienstlichen Schreiben vom 2. 10. 1957, MABl. S. 732; Bekanntmachung über die Bezeichnung des Freistaates Bayern im Grundbuch vom 4. August 1960, Bayer. Staatsanzeiger Nr. 33). »Freistaat« ist dabei nichts als die Verdeutschung des Wortes »Republik«. Bayern legte sich diesen Namen 1918/19 in polemischer Abkehr von der Bezeichnung »Königreich Bayern« bei. Mit diesem Sinn kehrt das Wort »Freistaat« auch in der BV von 1946 wieder (Art. 1 Abs. 1).

²³ Siehe dazu *Pfefferkorn*, Aus der Entstehungsgeschichte des Bayerischen Konkordates, Bayerische Staatszeitung 1955 Nr. 21 S. 2; *Nawiasky*, Die rechtliche Bedeutung des Bayerischen Konkordates vom 29. März 1924 in bezug auf die Lehrerbildungsanstalten, ebd. Nr. 45 S. 3; *derselbe*, Das Konkordat enthält hinsichtlich der Organisationsform der Lehrerbildung keine Rechtsverpflichtung des Staates, ebd. Nr. 50 S. 3; o. V., Der versetzte Grenzstein in der Lehrerbildung, CSU-Correspondenz 7. Jhg. 1955 Nr. 13 S. 1 ff.; o. V., Konkordat- und Lehrerbildung – Stellungnahme zum Rechtsgutachten des Prof. Dr. Hans Nawiasky über die Bedeutung des Bayerischen Konkordates vom 29. März 1924 in bezug auf die Lehrerbildungsanstalten, CSU-Correspondenz 7. Jhg. 1955 Nr. 17 a S. 1 ff.

²⁴ Das Gesetz beginnt mit der ungewöhnlichen Eingangsformel: »Der Landtag des Freistaates Bayern hat entsprechend den Erfordernissen der Bayerischen Verfassung, des Konkordates des Freistaates Bayern mit dem Heiligen Stuhl vom 29. März 1924 und des Vertrags mit der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern vom 15. November 1924 das folgende Gesetz beschlossen, das nach Anhörung des Senats hiermit bekannt gemacht wird.«

Die Betonung dieses Namens sollte sich also nicht gegen die bundesstaatliche Gebundenheit Bayerns richten.

Hinsichtlich der *Landesfarben* (Art. 1 Abs. 2 BV) wurde vor allem der dienstliche Gebrauch der Staatsflagge geregelt²⁵. Dem Verfassungsauftrag, das *Landeswappen* zu bestimmen (Art. 1 Abs. 3 BV) kam das Gesetz über das Wappen des Freistaates Bayern vom 5. Juni 1950 (BayBS I S. 126) nach.

Eine *Landeshymne* wurde nicht proklamiert. Doch nimmt das sog. Bayern-Lied diese Stellung tatsächlich ein. Es wird in den Schulen neben dem »Deutschlandlied« gelehrt und vom Bayerischen Rundfunk am Schluß seiner täglichen Sendezeit ausgestrahlt²⁶.

»Als Zeichen ehrender und dankbarer Anerkennung für hervorragende Verdienste um den Freistaat Bayern und das bayerische Volk« wurde der Bayerische *Vedienstorden* gestiftet (Gesetz über den Bayerischen Verdienstorden vom 11. Juni 1957, GVBl. S. 119). Der Halsbandorden wird vom Ministerpräsidenten verliehen, dem ein Ordensbeirat (Präsident des Landtages, Präsident des Senats und Stellvertreter des Ministerpräsidenten) zur Seite steht. Die Gesamtzahl der Ordensinhaber ist auf zweitausend begrenzt. Daneben werden Auszeichnungen für die Rettung von Menschen aus Lebensgefahr²⁷, für Verdienste um die Feuerwehr²⁸ und für das Bayerische Rote Kreuz²⁹ verliehen.

Besondere Erwähnung verdient im Rahmen dieses Berichts die Bayerische *Verfassungsmedaille*. Sie wurde aus Anlaß des 15jährigen Bestehens der Bayerischen Verfassung am 1. Dezember 1961 durch den Landtagspräsidenten gestiftet. Sie wird in Gold und in Silber »an Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens verliehen, die sich in besonderer Weise um die Verfassung des Freistaates Bayern Verdienste erworben haben«.

II. Das Staatsgebiet³⁰

Der Umfang des Staatsgebietes hat sich nicht verändert. Die Erwartungen auf eine Rückkehr der ehemals bayerischen Pfalz, die lange Zeit hindurch ein ernsthaftes Element bayerischer Politik darstellten, haben sich nicht erfüllt.

Stadt- und Landkreis *Lindau* hatten zunächst aus besatzungspolitischen Gründen ein Sonderdasein geführt, das sie vorübergehend sogar dem Lande Württemberg-Hohenzollern annäherte. Durch das Gesetz über den Bayerischen Kreis Lindau vom 23. Juli 1955 (BayBS I S. 46) wurde die bayerische Staatsgewalt für dieses Gebiet wieder voll hergestellt. Dabei wurde unterstellt, daß Lindau immer Teil des bayerischen Staates geblieben war (9, 57; 10, 57 [59 f.])³¹.

Die *Gliederung des Staatsgebietes* (Art. 9 BV) wurde vor allem dadurch geändert, daß gemäß dem Auftrag des Art. 185 BV die 1932/33 vereinigten *Regierungsbezirke* Nieder-

²⁵ Bekanntmachung über die Bayerische Staatsflagge und die Dienstflaggen für Kraftfahrzeuge vom 16. November 1953 (BayBS I S. 124), geändert durch Bekanntmachung vom 24. Juli 1964 (GVBl. S. 155).

²⁶ Siehe dazu LT II. Wahlperiode, 119. Sitzung vom 27. November 1952, Sten. Ber. Bd. IV S. 448 ff.; III. Wahlperiode, 49. Sitzung vom 31. Januar 1956, Sten. Ber. Bd. II S. 1493.

²⁷ Gesetz über staatliche Auszeichnungen für die Rettung von Menschen aus Lebensgefahr vom 22. Dezember 1952 (BayBS I S. 50).

²⁸ Gesetz über die Schaffung eines Feuerwehr-Ehrenzeichens vom 28. Juni 1953 (BayBS I S. 359).

²⁹ Gesetz über ein Ehrenzeichen für Verdienste um das Bayerische Rote Kreuz vom 15. Februar 1957 (GVBl. S. 17).

³⁰ Siehe dazu auch *Kratzer*, Das Gutachten des Lutherausschusses und Bayern, BayVBl. n. F. 1. Jhg. 1955 S. 257 ff.

³¹ Siehe dazu auch *Schweiger*, Lindau ist bayerisch, BayVBl. n. F. 2. Jhg. 1956 S. 100 ff.

bayern und Oberpfalz und Ober- und Mittelfranken wieder geteilt und mit Wirkung vom 1. April 1948 die alten Regierungsbezirke Niederbayern, Oberpfalz, Oberfranken und Mittelfranken wieder hergestellt wurden (Gesetz zur Wiederherstellung der Kreise Niederbayern, Oberpfalz, Oberfranken und Mittelfranken vom 20. April 1948, BayBS I S. 121). Die Wiedererrichtung der Regierung von Oberfranken in Bayreuth war bereits im Frühsommer 1949 voll abgeschlossen. Demgegenüber wurde die Wiedererrichtung der Regierung von Niederbayern in Landshut lange Zeit nicht betrieben. Erst von 1956 an wurde die Verselbständigung des Regierungsbezirkes Niederbayern realisiert³². In der *Kreisebene* wurde zahlreichen Städten, welche die Kreisfreiheit in der nationalsozialistischen Zeit verloren hatten, diese erneut verliehen (Verordnungen über die Wiederverleihung der Kreisunmittelbarkeit vom 9. April 1948 und vom 12. August 1949, BayBS I S. 121 f.). Infolge dieser Maßnahme liegt die durchschnittliche Einwohnerzahl der kreisfreien Städte in Bayern weit unter dem Bundesdurchschnitt. *Zusammenfassend* ist die territoriale Gliederung des Staatsgebietes in der Verordnung über die Gebietseinteilung des Freistaates Bayern in Regierungsbezirke, kreisfreie Städte und Landkreise vom 9. November 1956 (BayBS I S. 94) dargestellt. Für die Einteilung des Landes in Bezirke der ordentlichen Gerichtsbarkeit wurde demgegenüber die Gesetzesform gewählt (Gesetz über die Bestimmung der Sitze der ordentlichen Gerichte und die Einteilung der Gerichtsbezirke vom 17. November 1956, BayBS III S. 7). An diese beiden Kataloge anschließend wurden auch die Zuständigkeitsbereiche der besonderen Verwaltungszweige und Gerichtsbarkeiten weitgehend zusammenfassend bekanntgemacht³³.

Nach dem Willen der Verfassung sollte Bayern an der traditionellen Terminologie festhalten, die den Zuständigkeitsbereich der unteren Verwaltungsbehörde als »Bezirk«, den Zuständigkeitsbereich der höheren Verwaltungsbehörde als »Kreis« bezeichnet (Art. 9, 10, 185 BV). Demzufolge spricht die Verfassung auch von »kreisunmittelbaren Städten« (Art. 9 Abs. 2 BV). Die Staatspraxis hat sich nicht daran gehalten. Vielmehr sind allgemein die Bezeichnungen »Regierungsbezirk« (für den entsprechenden Selbstverwaltungskörper: »Bezirk«), »Landkreis« und »kreisfreie Stadt« üblich.

III. Das Staatsvolk

Die Vorschriften der Verfassung über die bayerische *Staatsangehörigkeit* (Art. 6, 7 BV) blieben unausgeführt. Zwar ersuchte 1952 der Landtag die Staatsregierung, den Entwurf eines entsprechenden Gesetzes einzubringen (LT II. Wahlperiode, 81. Sitzung vom 3. April 1952, Sten. Ber. Bd. III S. 1880)³⁴. Die Staatsregierung sah sich jedoch außer-

³² Ausführungsverordnung über die Wiedererrichtung der Regierung von Niederbayern in Landshut vom 30. Januar 1956 (BayBSVI II S. 533); Bekanntmachung über die Verlegung von Abteilungen und Sachgebieten der Regierung von Niederbayern von Regensburg nach Landshut vom 21. Februar 1958 (MABL. S. 142); desgleichen vom 24. September 1958 (MABL. S. 682) und vom 2. Januar 1959 (MABL. S. 2).

³³ Siehe z. B. Verordnung über die Organisation der Landesfinanzbehörden im Freistaat Bayern vom 13. Dezember 1956 (BayBS III S. 583); Verordnung über die behördliche und gebietliche Gliederung der Bayerischen Staatsforstverwaltung vom 14. Dezember 1956 (BayBS IV S. 490); Verordnung über die Landwirtschaftsämter vom 6. Dezember 1956 (BayBS IV S. 305); Verordnung über die Organisation der bayerischen Vermessungsverwaltung vom 10. Dezember 1956 (BayBS III S. 619); Verordnung über die Errichtung der Gerichte für Arbeitssachen vom 13. Juli 1960 (GVBl. S. 135).

³⁴ Zur Vorgeschichte siehe Antrag des Abg. Lallinger und Genossen vom 9. Januar 1952, LT II. Wahlperiode Beil. Bd. III Beil. 2114; zustimmende Stellungnahme des Ausschusses für Rechts- und Verfassungsfragen, ebd. Beil. 2447.

stande, dem vor der bundesgesetzlichen Neuregelung des Staatsangehörigkeitsrechts nachzukommen (Note vom 16. Januar 1953, LT II. Wahlperiode Beil. Bd. IV Beil. 3881). Weitere Vorstöße blieben ebenso erfolglos³⁵. Nach Ansicht des VerfGH sind die Vorschriften der Art. 6 und 7 BV ohne Ausführungsgesetz nicht vollziehbar und gewähren somit kein Recht auf Besitz und Bestätigung der Landesangehörigkeit (12, 171 [176 f.]).

Art. 8 BV verbot von vornherein, unter Deutschen, die in Bayern ihren Wohnsitz haben, nach der bayerischen Staatsangehörigkeit zu unterscheiden (1, 26 [29]). Nicht dagegen verbietet die Vorschrift sachliche Unterscheidungen etwa zwischen bayerischen und nichtbayerischen Beamten (1, 26 [29]; 8, 80 [88]) oder zwischen in Bayern oder in einem anderen Land ausgebildeten Juristen (2, 127 [138 f.]). Der VerfGH entnahm Art. 8 BV, dessen Verhältnis zu Art. 33 Abs. 1 GG ungeklärt ist, ein subjektives Recht (1, 26 [27]; zur Grundrechtsqualität s. 2, 127 [139]).

Die *Aktivbürgerschaft* wurde nur in Wahlen tätig. Von den ihr eingeräumten Befugnissen, den Landtag abzuberufen (Art. 18 Abs. 3 BV) und an der Gesetzgebung mitzuwirken (Art. 71 ff. BV) wurde kein Gebrauch gemacht. Die notwendigen Ausführungsgesetze über die Wahrnehmung dieser Rechte des Staatsvolkes ergingen im Zusammenhang mit der Regelung des Landtagswahlrechts (gegenwärtig: Art. 69 ff., 92 ff. des Gesetzes über Landtagswahl, Volksbegehren und Volksentscheid in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. September 1958, GVBl. S 221)³⁶.

Dritter Teil

Die allgemeinen Grundsätze des Bayerischen Verfassungsrechts

1. Schichtenbildung im Verfassungsrecht

Der VerfGH unterscheidet in ständiger Rechtsprechung zwischen Verfassungssätzen höheren und niederen Ranges (2, 45 [47]; 3, 28 [47]; 4, 51 [57 ff.]; 9, 1 [10 f.]; 11, 127, 146 [153]; 13, 27 [31]; 17, 94 [96]). Er hält sich für zuständig, nicht nur Revisionsakte sondern auch Bestandteile der ursprünglichen Verfassung auf ihre Übereinstimmung mit deren höherrangigen Normen zu überprüfen (s. insbes. 11, 127 [137 ff.]; 17, 94 [96]). Dabei knüpfte der VerfGH nur anfangs an die Norm an, die ausdrücklich eine Schicht stärkeren Rechts in der Verfassung hervorhebt: Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BV, wonach »Verfassungsänderungen, die den demokratischen Grundgedanken der Verfassung widersprechen«, unzulässig sind. Der »Gleichheitsgrundsatz als ein solches für alle Menschen gültiges Grundrecht« sei »zugleich Ausdruck der demokratischen Grundordnung der Verfassung i. S. des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BV« (2, 45 [47]). Später hielt zwar der VerfGH daran fest, neben der Sicherung der Menschenwürde (Art. 100 BV; 4, 51 [58 f.]; 9, 27 [37]) vor allem dem Gleichheitssatz höheren Rang zuzuerkennen (4, 51 [58 f.]; 11, 127 [137], 146 [153, 156]; 12, 152 [162]; 17, 94 [103]); doch rechtfertigt er es fortan nicht mehr aus der Verfassung selbst. Es gäbe »Verfassungsgrundsätze, die so elementar und so sehr Ausdruck eines auch der Verfassung vorausliegenden Rechtes sind, daß sie den Verfassungsgesetzgeber selbst binden« (3, 28 [47]; s. a. die anderen vorgenannten Entscheidungen).

³⁵ Antrag des Abg. Utz und Genossen vom 8. Juni 1956, LT III. Wahlperiode Beil. Bd. III 1660; Ausschußbericht ebd. Beil. 1702; Verhandlung im Plenum, 73. Sitzung vom 19. Juli 1956, Sten. Ber. Bd. III S. 2563 f.; Antrag des Abg. Lallinger vom 6. Juni 1962, LT III. Wahlperiode Beil. Bd. IV Beil. 3078.

³⁶ Näheres zu diesem Gesetz s. unten S. 344.

Diese Scheidung des Verfassungsrechts in Normen höheren und niederen Ranges, deren Tragweite aus Art. 75 Abs. 1 Satz 2 kaum ersichtlich wird, hat prinzipiell Anerkennung gefunden. Kritik mußte jedoch auslösen, daß der VerfGH keine Rechenschaft darüber gab, wie er Normen von der Geltungskraft, die er den Verfassungsnormen höheren Ranges beilegt, feststellt. Die bisher vorliegenden Entscheidungen weisen keine anderen Bestimmungsgründe als das Rechtsgefühl der Richter aus. So enthielt der VerfGH sich und der Öffentlichkeit die Kontrolle vor, die eine Argumentation aus und gegenüber der Verfassung hätte bieten können. Daß der Griff nach den Sternen des Naturrechts ohne Rücksicht auf seine Notwendigkeit gewollt war, ergibt sich aber auch daraus, daß der VerfGH in keinem Fall eine Verfassungsbestimmung für »verfassungswidrig« erklärte³⁷. Von daher ist auch verständlich, daß der VerfGH auch Bestandteile der ursprünglichen Verfassung auf ihre »Verfassungsmäßigkeit« überprüfte. Ein Element der Problematik scheint bisher jedoch noch nicht gesehen worden zu sein. Gäbe der VerfGH seine Rechtsprechung auf, so verzichtete er nicht so sehr zugunsten des bayerischen Verfassungebers als zugunsten aller Richter im Lande. Die Maßstäbe, die der VerfGH dem bayerischen Verfassungsrecht als überpositiv voranstellt, finden sich im Grundgesetz positiviert (s. insbes. Art. 1, 3 GG). Da die BV im Verhältnis zum Grundgesetz vorkonstitutionelles Recht ist, ist jeder Richter befugt, die BV am Grundgesetz zu messen (Art. 31, 100 Abs. 1 GG)³⁸.

II. Die Elementarsätze der Verfassung

Ohne daß daraus Endgültiges über ihre gesteigerte Geltungskraft entnommen werden dürfte, stellt die Verfassung selbst eine Reihe von Grundsätzen heraus, die einerseits deren Grundgedanken ausweisen, andererseits die Einzelregelungen der Verfassung als allgemeine Normen ergänzen. Nur geringe Bedeutung unter ihnen erlangten die Präambel und Art. 99 der Verfassung. In der Präambel sah der VerfGH nur das interpretatorisch bedeutsame Leitmotiv der Verfassung (9, 147 [154]). Auch in Art. 99 BV sah der VerfGH nur ein Programm, dessen interpretatorische Bedeutung er zwar anerkannte, jedoch nie exemplifizierte (9, 57 [85]; 11, 81 [89]; 12, 91 [100]; 15, 2 [164]; 13, 109 [125]). Mehr Bedeutung erlangten die in Art. 1 ff. BV niedergelegten Grundsätze.

1. Bayern als Freistaat

Das republikanische Bekenntnis der Verfassung (Art. 1 Abs. 1 BV) erlangte, wie schon bemerkt, vor allem als Namensbestandteil Bedeutung. Der Sache nach blieb es unangefochten. Eine zu Anfang der Berichtszeit noch virulente monarchistische Stimmung verlor stetig an Kraft.

2. Bayern als Volksstaat

Das im Kern unabänderliche (Art. 75 Abs. 1 Satz 1 BV) demokratische Prinzip (Art. 2, 4 BV) ist über seine Entfaltung durch die Verfassung hinaus verbindliches Recht (16, 32

³⁷ Kritisch zur Rechtsprechung des VerfGH vor allem *Nawiasky: Nawiasky-Lechner, Die Verfassung des Freistaates Bayern, ErgBd., 1953, S. 27; Positives und überpositives Recht, Juristenzeitung 9. Jhg. 1954 S. 717 ff.; Allgemeine Staatslehre, 3. Teil, Staatsrechtslehre, 1956, S. 11 f., 117 f.; Das Problem des überpositiven Rechts, in: »Naturordnung in Staat und Gesellschaft«, Festschrift für Johannes Messner, 1961, S. 386 ff. Desgleichen *Apelt, Erstreckt sich das richterliche Prüfungsrecht auf Verfassungsnormen? NJW 5. Jhg. 1952 S. 1 ff. S. 733; Verfassung und richterliches Prüfungsrecht, Juristenzeitung 9. Jhg. 1954 S. 401 ff.* – Weitere Nachweise siehe bei diesen und in den Entscheidungen des VerfGH.*

³⁸ BVerfGE 2, 114.

[37]; 17, 74 [84]). Inwieweit es auch für andere Selbstverwaltungskörper als Gebietskörperschaften bestimmend ist, konnte jedoch nicht eindeutig geklärt werden (16, 32 [37 f.]; VGH 16, 75 [79]). Zur Demokratie gehört, daß Wahlen in bestimmten angemessenen Zeitabständen wiederholt werden (11, 1 [6 f.]). Dabei ist zwischen dem Bedürfnis nach Stabilität und der Notwendigkeit einer vitalen Vertrauensbasis der Gewählten abzuwägen (S. 8). Dem entspricht eine Kommunalwahlperiode sowohl von 4 als auch von 6 Jahren. Der Landtag durfte über den Willen der Kommunalwähler jedoch nicht ohne Not hinweggehen, indem er ein laufendes Mandat von 4 auf 6 Jahre verlängerte (S. 9 f.). Mehrheits- und Verhältniswahlrecht gelten als demokratisch gleichwertig (VGH 16, 75 [80]).

3. Bayern als Rechtsstaat³⁹

Nach Art. 3 BV ist Bayern ein Rechts-, Kultur- und Sozialstaat. Der VerfGH weigerte sich zwar, dieser Vorschrift ein subjektives Recht zu entnehmen; gleichwohl sieht er in ihr aktuelles Recht und nicht bloßes Programm (2, 1 [4]; 3, 15 [28]; st. Rsp.). Da die Verfassung den Rechtsstaat bereits im Grundsätzlichen verwirklicht, muß »Art. 3 BV dahin ausgelegt werden, daß die den Rechtsstaat kennzeichnenden allgemeinen Rechtssätze in Bayern geltendes Recht im Range des Verfassungsrechts sind« (3, 109 [114]; 4, 51 [59]). Von dieser Plattform aus entwickelte die Rechtsprechung eine Reihe von Grundsätzen, um Lücken im rechtsstaatlichen Gefüge der Verfassung auszufüllen.

a) Die Gewaltenteilung⁴⁰

Die Gewaltenteilung freilich garantiert die Verfassung ausdrücklich (Art. 5 BV; s. a. Art. 4 BV). Die Rechtsprechung hatte deshalb weniger Mühe, das Prinzip durchzusetzen, als seine Überanstrengung zu verhüten. Es ergibt unmittelbar kein subjektives Recht (3, 95 [103 f.]; 7, 21 [38]; 10, 57 [62]; 12, 165 [167]). Es muß nicht rein verwirklicht werden; nur darf nicht eine Gewalt die andere in ihrem Wesensgehalt aufzehren (1, 38 [40 f.]; 7, 113 [121 f.]; GVBl. 1955 S. 34 [36]; VGH 17, 106 [112]). Das bedeutet nicht, daß beliebige Übergriffe zulässig sind; Verschiebungen müssen sachlich begründet und vom Gesetzgeber angeordnet sein (12, 120 [126]). Wo normsetzende und normvollziehende Stellen zusammenfallen, müssen Eingriffe in die Sphäre des Bürgers durch Rechtssatz gebunden sein (4, 181 [191]). Und auch der Landtag ist – obwohl Gesetzgeber – an die Gesetze gebunden, solange sie bestehen (1, 1 [12]). Auf die spezifische Absicherung der rechtssprechenden Gewalt wird zurückzukommen sein⁴¹.

b) Die Rechtsgebundenheit aller staatlichen Gewalt, insbesondere die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Rechtsstaat ist ein Staat, der an das Recht gebunden ist. Für den VerfGH bedeutete das zunächst, den Staat der Verfassung zu unterwerfen (2, 33 [41]; 5, 167 [186]). Die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung ist in dieser selbst so intensiv ausgebreitet, daß sie – abgesehen von dem Konflikt mit höherrangigen Grundlagen der Gesetzgebung⁴² – kaum mehr Grundsatzprobleme bot. Rechtsprechung und Verwaltung werden an die Verfassung dagegen in erster Linie über das Medium des Gesetzes gebunden. Die

³⁹ Siehe dazu auch *Eyermann*, Die Rechtsstaatlichkeit in der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, BayVBl. n. F. 5. Jhg. 1959 S. 310 ff.

⁴⁰ *Kratzer*, Die Gewaltentrennung in Bayern, BayVBl. n. F. 8. Jhg. 1962 S. 293 ff.

⁴¹ Siehe unten S. 378 ff.

⁴² Siehe oben S. 325 ff.

meisten Probleme bietet die *Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*⁴³. Dem *Vorrang* des Gesetzes (Art. 55 Nr. 1 BV) läßt der VerFGH kein subjektives Recht entsprechen (8, 52 [57]). Wegen der grundrechtlichen Absicherung des *Gesetzmäßigkeitsprinzips* und weil der VerFGH selbst annimmt, daß der, dessen »Lebensgut« geschützt ist, auch selbst sein Wähler und also subjektiv berechtigt sein soll (1, 53 [56], 101 [108]), läuft jene These aber nur auf die gebotene Differenzierung nach dem vom Gesetz geschützten Interessenkreis hinaus. Zum *Vorbehalt des Gesetzes* (Art. 70 Abs. 1 BV) wird bayerischer Tradition gemäß der Schluß von den Aufgaben auf die Befugnisse auch etwa im Rahmen gemeindlicher Selbstverwaltung negiert (VGH 4, 19 [22]). Für die Errichtung von Körperschaften und Anstalten jedenfalls mit Zwangsbefugnissen wird ebenso die gesetzliche Grundlage vorausgesetzt (4, 30 [36 ff.], 150 [160 f.]; 15, 22 [27 f.]) wie für die Beleihung Privater mit hoheitlichen Befugnissen (13, 53 [57 f.]). Auch besondere Gewaltverhältnisse könnten nur durch Gesetz oder auf Grund Gesetzes begründet werden (4, 30 [37]). Das Problem des Gesetzesvorbehaltes für die Leistungsverwaltung wird ausdrücklich nur insoweit berührt, als die Darlehensbewilligung durch ein staatliches Kreditinstitut als hoheitliche Tätigkeit nur auf Grund Gesetzes zugelassen wird, während der rein privatrechtlichen Vergabe trotz ihres anerkannt öffentlichen Zweckes dieser Vorbehalt nicht entgegengesetzt wird (13, 101 [107 f.]).

Mit besonderer Intensität wurde das Erfordernis der *Meßbarkeit aller Verwaltungsbefugnisse* ausgebildet (1, 81 [91]; 2, 143 [166 f.]; 4, 109 [141 f.], 181 [191]; 7, 113 [119 f.], 158 [176]; 11, 110 [121]; VGH 1, 50 [55]; 13, 14 [16]): Befugnisse der Verwaltung müssen nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß so bestimmt sein, daß das Tätigwerden der Behörde für den Betroffenen voraussehbar und berechenbar sowie im Rechtsschutzverfahren nachprüfbar ist. Insbes. (steuerliche) Belastungen müssen voraussehbar, meßbar und berechenbar sein (4, 181 [191]) – »wenigstens annähernd«, wie eine Entscheidung nachgiebig hinzufügt (13, 127 [131]). Dagegen könne sich der Staat bei der Regelung von Zuschüssen, zu denen er nicht von vornherein verpflichtet sei, freiere Hand lassen (5, 243 [266]). Vor allem muß das Gesetz der Verwaltungsbefugnis einen präzisen Tatbestand voraussetzen (4, 181 [191]). Schätzung sei bei der Anwendung eines steuerlichen Tatbestandes zulässig, nicht aber unmittelbar die steuerliche Einstufung im Wege der Schätzung (4, 181 [191 ff.]; nicht eindeutig: 13, 127 [131 f.]). Nicht überall könnten jedoch die Voraussetzungen mit gleicher Genauigkeit bestimmt werden. Etwa im beamten- oder berufsrechtlichen Disziplinarrecht sei eine allgemeinere Umschreibung der Tatbestände unerlässlich (4, 30 [45 f.], 150 [171 f.]; 7, 21 [39]; 12, 131 [138 f.]). Immer wieder suchte die Rechtsprechung freilich Trost in der Erwägung, der Gebrauch einer Befugnis sei richterlich nachprüfbar (z. B. 5, 225 [236 f.]). Aber es wurde auch gesehen, daß die richterliche Nachprüfung scheitert, wo der Tatbestand des Gesetzes nicht hinreichend bestimmt ist (7, 113 [119 f.]). Deshalb wurde auch abgelehnt, Ermächtigungen zu privilegieren, deren Anwendung der Gesetzgeber nicht mittels eines klaren Tatbestands sondern über den Vorbehalt seiner Zustimmung zu kontrollieren sucht (S. 120).

c) Richterlicher Rechtsschutz

Zum Rechtsstaat gehört der richterliche Rechtsschutz (1, 81 [90 f.]). Er ist die notwendige Reaktion des Rechtsstaates auf jede Befugnis, in den Rechtskreis anderer einzu-

⁴³ Zur *Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung* siehe unten S. 379 ff. Zur *Gesetzmäßigkeit der rechtsetzenden Exekutive* siehe unten S. 373 f.

greifen (1, 38 [41]). Dazu ist nochmals auf die Vermutung zu achten, daß die Regelung eines »Lebensgutes« dessen Inhaber auch subjektiv berechtigt und ihn so zum Wahrer seiner Interessen macht (1, 53 [56], 101 [108]). Je mächtiger der ist, der in den Rechtskreis anderer eingreifen darf, desto dringender ist es, richterlichen Rechtsschutz zu gewähren (1, 38 [41 f.]). Daher muß Rechtsschutz auch gegenüber Einzelakten des Landtages gewährt werden (ebd.). Der Rechtsschutz darf nicht durch Bindungswirkungen vereitelt werden, kraft deren die handelnde Behörde nicht zur Rechenschaft gezogen werden könnte (4, 150 [172 f.]). Richterlicher Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung kann auch dadurch gewährt werden, daß diese erst durch richterliche Entscheidung ermächtigt sein muß, ehe sie gegen den Bürger vorgeht (GVBl. 1955 S. 34 [36]). Nicht nur im Verhältnis zwischen Obrigkeit und Bürger muß richterlicher Rechtsschutz gewährt sein. Im Rechtsstaat müssen zur Verfolgung jeglicher Rechtsansprüche staatliche Gerichte angerufen werden können (Art. 3, 5 Abs. 3, 93, 177 BV; 5, 85 [102]). Nicht dagegen garantiert die Verfassung einen Instanzenzug (6, 27 [34]; 11, 67 [75]).

d) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Das Verbot des unverhältnismäßigen Mittels wurde vom VerfGH teils unter Berufung auf das Rechtsstaatsprinzip, teils im Hinblick auf einzelne Grundrechte – insbes. der Handlungsfreiheit (Art. 101 BV) und des Eigentums (Art. 103 BV) – entwickelt (1, 81 [91]; 2, 72 [82]; 4, 63 [74], 109 [149]; 5, 279 [286 f.]; 6, 10 [15]; 8, 34 [37]; 9, 14 [20], 158 [177 f.]; 11, 23 [33 f.], 110 [121 f.]; 13, 45 [53]; 16, 128 [133]; GVBl. 1955 S. 34 [36]; ObLGSt 12, 289 [291]; 14, 50 [53]). Für das Übermaßverbot bei Grundrechtseingriffen war Art. 98 Satz 2 BV ein besonderer Impuls, wonach Grundrechtsbeschränkungen nur zulässig sind, soweit sie »zwingend« erforderlich sind (2, 72 [82]). Jedoch kann diese Klausel wegen der Beschränktheit ihres Anwendungsbereichs⁴⁴ nicht schlechthin als der Sitz des Verhältnismäßigkeitsprinzips in der BV angesehen werden. Über das Verhältnismäßigkeitsprinzip können auch gesetzgeberische Fiktionen in den Griff des Verfassungsrechts genommen werden (5, 279 [284 ff.]; s. a. 11, 23 [30]).

e) Klarheit und Beständigkeit der Rechtsordnung

Der Rechtsstaat verlangt, daß für den Rechtsunterworfenen erkennbar ist, welche Vorschriften im einzelnen gelten sollen (4, 90 [102 ff.]; 15, 29 [36]; 16, 142 [146]; 17, 61 [66]; GVBl. 1955 S. 34 [36]). In diesem Rahmen darf ein Gesetz auch auf andere Rechtsvorschriften – auch wenn sie schon außer Kraft getreten waren – Bezug nehmen (4, 90 [102 ff.]; insbes. zur Verweisung auf Bundesrecht 17, 61 [66]). Unklarheiten, die sich im Wege der Auslegung beseitigen lassen, verstoßen jedoch nicht gegen Art. 3 BV (15, 29 [36]; 18, 43 [49]).

Die Rückwirkung von Gesetzen erschien dem VerfGH unproblematisch, soweit es um die nachträgliche Gewährung von Vergünstigungen geht (5, 243 [262]). In der Frage der *Rückwirkung belastender Gesetze* aber hat sich seine Rechtsprechung gewandelt. Dabei hielt er an der grundsätzlichen Zulässigkeit fest. Nur das Netz der Ausnahmegründe verdichtete er. Zunächst wollte er nur ausdrückliche verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbote – für das Strafrecht Art. 104 BV – anerkennen (2, 14 [32]). Sodann fügte er hinzu, Rückwirkung könne auch schon »begrifflich unmöglich« sein (3, 129 [137 f.]; 4, 90 [100 f.]; 5, 1 [12], 243 [262 ff.]; 12, 48 [62 f.]). Das sei insbesondere dann der Fall, wenn

⁴⁴ Siehe unten S. 386.

zu Handlungen in der Vergangenheit verpflichtet würde (4, 90 [101]). Ohne davon genau abzugrenzen, erklärte der VerfGH, eine Rückwirkung ferner für unzulässig, wenn das Gesetz »endgültig abgeschlossene Fälle« wieder aufleben ließe (3, 129 [137 f.]; 5, 1 [12]; s. a. die späteren vorgenannten Entscheidungen). Was erlaubt war, könne rückwirkend nicht verboten werden (4, 90 [101]). Endgültig abgeschlossene Rechtsfälle neuem Recht zu unterstellen und dazu wieder aufleben zu lassen, verstoße gegen das rechtsstaatliche Gebot der Rechtssicherheit (5, 1 [12], 243 [262 ff.]; 6, 78 [101]). So ergibt sich schließlich eine Trias von Rückwirkungsverboten: die spezielle Rechtsnorm des Art. 104 BV, die als eigenständiges Rückwirkungsverbot nirgends überzeugend erläuterte begriffliche Unmöglichkeit und der Verstoß gegen die Rechtssicherheit durch die Neuregelung endgültig abgeschlossener Rechtsfälle. Dieser letzte Tatbestand dient – ohne daß der VerfGH das hervorhebt – dem Vertrauensschutz und wird entsprechend relativiert. Es kommt darauf an, ob mit der endgültigen Erledigung gerechnet werden durfte (5, 243 [264 f.]) oder nicht vielmehr der Natur der Sache nach eine Rechtsänderung erwartet werden mußte (5, 1 [12]; allgemein formuliert nunmehr in 18, 1 [7]). Das Vertrauen in den Rechtsbestand kann auch dadurch zerstört worden sein, daß die Rechtsänderung angekündigt wurde (5, 1 [12]). Gelegentlich wird auch die Schwere des Eingriffs abgewogen (8, 38 [48]).

Auch die *Sicherung* des Rechtsbestandes *in die Zukunft* hinein kann ein rechtsstaatliches Anliegen sein. In ganz anderer Weise als bei der Rückwirkung ist hier freilich der Grundsatz der Freiheit des Gesetzgebers selbstverständlich (9, 141 [144]). Immerhin erlegt ihm der VerfGH auf, die Betroffenen zu schonen (Verhältnismäßigkeitsprinzip?) und insbesondere ihre Grundrechte zu achten (5, 196 [201 ff.]). Doch können darüber hinaus Vertrauenspositionen entstanden sein, die den Gesetzgeber binden. Prüfungsbedingungen dürfen spätestens dann nicht mehr geändert werden, wenn die Prüfung schon begonnen hat, der Kandidat formell zugelassen ist oder er sonst bereits alle Voraussetzungen für die Prüfung erfüllt (8, 38 [47]). Ist ein Gesetz zum Teil bereits vollzogen, so könnte es gleichheitswidrige Willkür sein, die geringe Zahl unerledigter Fälle neu und anders zu regeln (9, 141 [144]). Der Gesetzgeber darf ferner ein demokratisches Mandat, das nicht er erteilt hat, nicht unvorhersehbar verlängern (11, 1 [9 f.]; 12, 37 [44]). Eine Notbefugnis bleibt ihm jedoch vorbehalten (ebd. S. 10 bzw. S. 44 ff.). Mußte andererseits mit einem Parteiverbot gerechnet werden, so stellt die gesetzliche Anordnung des entsprechenden Mandatsverlustes keinen Vertrauensbruch dar (11, 164 [184]).

f) Rechtsstaat und Strafrecht

Die Strafnorm muß erkennbar sein (4, 90 [102 ff.]). Der Betroffene muß sein Verhalten so einrichten können, daß er die Grenzen des Erlaubten nicht überschreitet (ebd. S. 106). Dagegen ist Auslegungsbedürftigkeit auch bei Strafnormen nicht zu vermeiden (ebd.). Diese zunächst aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Grundsätze lokalisiert der VerfGH später mit Recht in Art. 104 BV (4, 194 [201 ff.]; GVBl. 1953 S. 75 [76]). Das Rechtsstaatsprinzip aber erfordert weiterhin, daß Strafübel nur bei Verschulden verhängt werden (3, 109 [114]; ObLGZ 14, 103 [104]). Sie müssen in gerechtem Verhältnis zur Tat und zur Schuld stehen (3, 109 [114]; 4, 181 [194]; GVBl. 1954 S. 110 [112]; ObLGZ 14, 103 [104]). Der Richter muß deshalb die Möglichkeit haben, die Strafe an Schuld und Schwere der Tat anzupassen (3, 109 [114]; ObLGZ 14, 103 [104]). Diese Grundsätze schließen weder eine Geldstrafe in unbegrenzter Höhe (4, 181 [194]) noch

eine zum Zwecke der Abschreckung notwendige Mindeststrafe aus (6, 57 [62 f.]). Der Richter darf schließlich nicht gezwungen sein, den von der Anklage behaupteten und vom Angeklagten nicht bestrittenen Sachverhalt zugrunde zu legen (ObLGSt 1, 257).

g) Weiteres

Unter den weiteren Ergebnissen der Rechtsprechung zum Rechtsstaatsprinzip ist noch folgendes hervorzuheben. Beweislastnormen dürfen die Beweislast nicht beliebig umkehren (4, 109 [140]). Sie sind an der Lebenserfahrung zu orientieren (6, 1 [10]). Eine unangemessene Umkehrung der Beweislast kann insbesondere gegen den Gleichheitssatz verstoßen (1, 64 [78 f.]; 4, 109 [140]; 8, 117 [122]).

Dem prozeßrechtlichen Prinzip der *reformatio in peius* wird die rechtsstaatliche Garantie versagt (11, 190 [195 f.]).

»Die Frage, ob eine Norm dem privaten oder dem öffentlichen Recht zuzurechnen ist, hat mit dem Gedanken der Rechtsstaatlichkeit unmittelbar nichts zu tun« (6, 1 [9]). Der VerfGH übersieht dabei aber evident, daß dies nur dann gilt, wenn dem Staat ein beliebiges Ausweichen in fiskalische Formen unmöglich ist.

Besonders verdienstlich ist die Erkenntnis, daß im Rechtsstaat Macht muß verantwortet werden können. Fremdbindungen behördlichen Handelns können dagegen verstoßen (4, 30 [47]).

4. Bayern als Kulturstaat

Mit der Erklärung Bayerns zum Kulturstaat (Art. 3 BV) konnten Rechtssuchende und Gerichte offenbar wenig anfangen. Der VerfGH meint, die Bestimmung stelle dem Staat Aufgaben »besonders in den Bereichen der Kunst und der Wissenschaft, der Religion (sic!) und der Erziehung; jedenfalls gehören finanzielle Leistungen an den Bürger, wie Alters- und Hinterbliebenenrenten nicht hierher« (13, 109 [125]).

5. Bayern als Sozialstaat⁴⁵

Wie zum Rechtsstaatsprinzip nimmt die Rechtsprechung auch zum Sozialstaatsprinzip an, Art. 3 BV stelle zwar einen verbindlichen Rechtssatz dar, gewähre aber keine subjektiven Rechte (12, 21 [35]; 13, 109 [115, 124], 141 [145]; ObLGSt 6, 232 [236]). Wie das Rechtsstaatsprinzip ist auch das Sozialstaatsprinzip einerseits *lex generalis* gegenüber den spezielleren Bestimmungen der Verfassung (12, 21 [35 f.]; 13, 141 [145]). Andererseits aber reicht der verbindliche Sinn der Bestimmung über die Summe der Einzelregelungen der Verfassung hinaus (4, 51 [59]). Sie »verpflichtet den Gesetzgeber, soziale Aktivität zu entfalten und auch zu verhüten, daß einzelne Gruppen oder auch Schichten wirtschaftlich unterdrückt oder schwer benachteiligt werden«. Aber der Spielraum, der dabei dem gesetzgeberischen Ermessen verbleibt, ist groß (12, 21 [35]; 13, 109 [124]; 15, 59 [65]; ObLGSt 3, 124 [128]), der VerfGH gerade hier auffallend zurückhaltend. Art. 3 BV verlange keinen »sozialpolitischen Perfektionismus«, »der die in der Verfassung verbürgten Freiheitsrechte außer Acht lassen und die private Initiative lahmlegen würde« (13, 109 [124]; 15, 59 [65]). Die Subsidiarität der Staatshilfe gegenüber der Selbsthilfe ist im Sozialstaat nicht aufgehoben (VGH 14, 1 [5]). Gegenüber den Grundrechten hat das Sozialstaatsprinzip in der Bayerischen Verfassung dadurch eine besondere Durchschlagskraft, daß diese eingeschränkt werden können, soweit die »öffentliche Wohlfahrt« dies zwingend erfordert (Art. 98 Satz 2 BV). Dabei wird unter »öffentlicher Wohl-

⁴⁵ Zacher, Bayern als Sozialstaat, BayVBl. n. F. 8. Jhg. 1962 S. 257 ff.

fahrt . . . in erster Linie die Beseitigung sozialer Mißstände und die Herstellung gesunder sozialer Zustände« im Sinne des Art. 3 BV verstanden (2, 1 [7]).

Vierter Teil

Die obersten Staatsorgane⁴⁶⁾

I. Der Landtag

1. Wahlen und Zusammensetzung des Landtags

Nachdem der erste konstitutionelle Landtag 1946 zugleich mit der Volksabstimmung über die Verfassung gewählt worden war, wurde der Landtag 1950, 1954, 1958 und 1962 neu gewählt. Keine Wahlperiode endete vorzeitig. Über die Wahlergebnisse und politische Zusammensetzung des Landtages in der Berichtszeit gibt die auf der folgenden Seite abgedruckte Übersicht Aufschluß⁴⁷.

Das Durchschnittsalter der Parlamentarier lag mit erstaunlicher Konstanz zwischen 49,56 (1950) und 50,31 Jahren (1954). Der Anteil der Altersstufe 25–29 lag zwischen 0,5 % (1958) und 2,2 % (1946), der Anteil der Altersstufe 30–39 zwischen 10 % (1946) und 18,1 % (1962), der Altersstufe 40–49 zwischen 27 % (1954) und 36,7 % (1946), der Altersstufe 50–59 zwischen 28,9 % (1962) und 36,7 % (1954), der Altersstufe 60–69 zwischen 15,7 % (1958) und 20,1 % (1962), und der Altersstufe 70–79 zwischen 0,5 % (1946) und 3 % (1958). Stetige Entwicklungen sind also kaum zu beobachten.

Größere Bewegungen weist die *soziale Zusammensetzung* des Parlaments auf:

	1946	1950	1954	1958	1962
Angehörige des öffentlichen Dienstes	43	55	55	58	88
davon z. B.:					
Staatsdienst	26	41	29	37	43
Kommunalverwaltung	15	12	25	19	39
Sonstige Unselbständige	53	56	60	58	45
davon z. B.:					
in Gewerkschaften	5	7	8	9	8
in Parteien	7	5	7	10	9
im Dienst der Kirchen	3	2	3	1	1
Selbständige	84	93	89	88	71
davon z. B.:					
Ärzte	2	2	4	5	3
Handeltreibende	18	20	19	17	12
Handwerker	18	8	6	11	10
Journalisten und Schriftsteller	6	8	6	4	3
Landwirte	29	30	34	33	24
Rechtsanwälte	5	12	12	14	9
Steuer- und Wirtschaftsberater	2	5	3	1	1
Pensionäre und Rentner	—	—	—	—	7
Hausfrauen	1	1	—	—	1

⁴⁶ *Schweiger*, Organisations- und Verfahrensrecht der obersten Bayerischen Staatsorgane, 1957. — Siehe zum Folgenden auch *Goppel*, Die Rechtstellung der Opposition in Bayern, BayVBl. n. F. 9. Jhg. 1963 S. 261 ff.

⁴⁷ Nähere Angaben siehe in: Statistische Berichte des Bayerischen Statistischen Landesamtes B III 2 - 2/62 »Ergebnisse der Landtags- u. Bundestagswahlen in Bayern von 1949–1961« (7 Hefte), 1962; »Wahl zum Bayerischen Landtag am 25. November 1962«, Heft 237 der Beiträge zur Statistik Bayerns, hrsg. vom Bayerischen Statistischen Landesamt, 1963.

Die Ergebnisse der Landtags- und Bundestagswahlen

Landtagswahlen:	1946	1950		1954		1958		1962	
Bundestagswahlen:		1949		1953		1957		1961	
Anzahl der Sitze:	180		203 ¹		204		204		204
Davon Direktmandate: (Stimmkreise)	—		100 ¹		101 ²		101		101
<i>CSU</i>									
Stimmanteil: ³	52,3	29,2	27,4	47,9	38,0	57,2	45,6	54,9	47,5
Sitze, insges. ⁴	104 (57,8)		64 (31,4) ⁵		83 (40,7)		101 (49,5)		108 (53,0)
aus Stimmkreisen: ⁴	—		46 (45,5)		70 ² (69,0)		77 (76,0)		72 (71,0)
<i>SPD</i>									
Stimmanteil: ³	28,6	22,7	28,0	23,3	28,1	26,4	30,8	30,1	35,3
Sitze, insges. ⁴	54 (30,0)		63 (30,9) ⁵		61 (29,9)		64 (31,4)		79 (38,7)
aus Stimmkreisen: ⁴	—		38 (37,5)		29 (28,6)		23 (22,8)		28 (27,7)
<i>FDP</i>									
Stimmanteil: ³	5,6	8,6	7,1	6,2	7,2	4,6	5,6	8,8	5,9
Sitze, insges. ⁴	9 (5,0)		12 (5,9)		13 (6,4)		8 (3,9)		9 (4,4)
aus Stimmkreisen: ⁴	—		1 (1,0)		—		—		—
<i>BP</i>									
Stimmanteil: ³		20,9	17,9	9,2	13,2	3,2	8,1		4,8
Sitze, insges. ⁴			39 (19,1) ⁵		28 (13,7)		14 (6,9)		8 (3,9)
aus Stimmkreisen: ⁴			16 (16,0)		2 (2,0)		1 (1,0)		1 (1,0)
<i>BHE-GDP⁶</i>									
Stimmanteil: ³			12,3	9,1	10,2	7,5	8,6	3,9	5,1
Sitze, insges. ⁴			26 (12,7)		19 (9,3)		17 (8,3)		—
aus Stimmkreisen: ⁴			—		—		—		—
<i>KPD</i>									
Stimmanteil: ³	6,1	4,1	1,9	1,6	2,1				
Sitze:	—		—		—				
<i>WAV</i>									
Stimmanteil: ³	7,4	14,4	2,8						
Sitze: ⁴	13 (7,2)		—						
aus Stimmkreisen:	—		—						
<i>Sonstige</i>									
Stimmanteil: ³	0,0	0,1	3,4	2,7	1,2	1,1	1,3	2,3	1,4

¹ Dazu kam 1 Sitz für Lindau² Zwei Überhangmandate der CSU waren entfallen (s. Text)³ von Hundert-Zahlen⁴ absolut – in Klammern: von Hundert⁵ 2 Überhangmandate fielen zulasten der SPD und der BP an die CSU (s. Text)⁶ 1950: BHE-DG; 1954–1958: GB/BHE; dann GDP.

Die Zahl der *Frauen* im Landtag stieg von 4 (1946) auf 10 (1962).

Doppelmitgliedschaft in Landtag und Bundestag trat äußerst selten und immer nur vorübergehend auf. Dagegen fällt die Häufung von Landtags- und kommunalen Mandaten ins Gewicht. Mitglieder des Landtages waren:

	1946	1950	1954	1958	1962
Landräte	24	12	13	12	17
Oberbürgermeister	3	4	6	1	3
Bürgermeister	15	12	10	15	19

2. Das Landtagswahlrecht

Hinsichtlich der Rechtsgrundlagen der Landtagswahlen ist zwischen der ersten und allen folgenden Landtagswahlen zu unterscheiden. Die Wahl von 1946 erfolgte auf Grund des Gesetzes Nr. 45 vom 3. Oktober 1946 (GVBl. S. 309), das hier außer Betracht bleiben muß. Es wurde noch vor der Verfassung vom Ministerpräsidenten erlassen und unterscheidet sich in wesentlichen Zügen vom konstitutionellen Wahlrecht. Die Wahl von 1950 erfolgte auf Grund des Landeswahlgesetzes vom 29. März 1949 (GVBl. S. 69) und des Gesetzes zur Änderung des Landeswahlgesetzes vom 29. Juni 1950 (GVBl. S. 127). Die Wahl von 1954 war durch das Landeswahlgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1954 (GVBl. S. 177; BayBS I S. 55) geregelt. Vor der Wahl von 1958 wurde das mittlerweile mehrfach geänderte Gesetz am 5. September 1958 neu bekanntgemacht (GVBl. S. 221). Vor der Wahl von 1962 wurde das Gesetz nur mehr geringfügig geändert (Gesetz vom 26. Oktober 1962, GVbl. S. 268).

a) Das »verbesserte Verhältniswahlrecht«

Nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 BV ist der Landtag »nach einem verbessertem Verhältniswahlrecht« zu wählen. Gesetzgeber und VerfGH gingen stets davon aus, daß das Wahlrecht in erster Linie Verhältniswahlrecht zu sein habe. Wesentlich dafür sei, daß die für die Bewerber einer Partei abgegebenen Stimmen zusammengezählt und aus der Gesamtstimmenzahl die Sitzanteile jeder Partei errechnet werden (14, 17 [21]). Nicht alle Parteien müßten nach der streng mathematischen Proportionalität bedacht werden; vielmehr genüge es, »daß die Verteilung der Sitze sich der mathematischen Proportionalität annähert, daß auch die Minderheitsparteien eine Vertretung und zwar grundsätzlich eine anteilmäßige Vertretung finden« (2, 181 [212]). Das d'Hondtsche System, das der Gesetzgeber in Abwendung von dem bis 1946 in Bayern traditionellen System Hagenbach-Bischoff durchwegs gewählt hat, ist dabei zwar nicht die einzige aber jedenfalls eine zulässige Berechnungsart (14, 17 [21 ff.]). Die *Möglichkeiten einer »Verbesserung«*, die sich von diesem Grundtyp her bieten, bestehen im Element der *Persönlichkeitswahl* und in der *Bekämpfung von Splitterparteien*. Beides wurden beherrschende Züge des bayerischen Landtagswahlrechts. Dabei häufen sich – von den Erfordernissen für Wahlvorschläge über die Zehnprozent-Klausel bis zur Unzulässigkeit der Reststimmenverwertung auf Landesebene und zum d'Hondtschen Auszählsystem – die Nachteile für die kleinen Parteien so sehr, daß die Sitzanteile der großen Parteien regelmäßig erheblich über ihren Stimmanteilen liegen.

Die massivste »Verbesserung« sieht die Verfassung selbst vor: »Wahlvorschläge, auf die nicht mindestens in einem Wahlkreis (Regierungsbezirk) zehn von Hundert der abgegebenen Stimmen fallen, erhalten keinen Sitz zugeteilt« (Art. 14 Abs. 4 BV). Der VerfGH prüfte die Vorschrift zweimal auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Ver-

fassungsrecht und bestätigte sie (2, 45; 11, 127 [140 ff.]). Ein Vergleich mit der sonst üblichen Fünfprozent-Klausel (11, 142 ff.) muß beachten, daß dieser Maßstab regelmäßig an den Ergebnissen für das ganze Wahlgebiet (Land) ansetzt. Im Verhältnis dazu begünstigt Art. 14 Abs. 4 BV lokal konzentrierte Wählergruppen, wie andererseits Wählergruppen mit gleichmäßig gestreuter Anhängerschaft benachteiligt werden. In der Praxis sind Überschneidungsfälle, die durch die Abweichung des bayerischen Wahlrechts von der Norm der Fünfprozent-Klausel betroffen sind, selten. Grundsätzlich erreichten Parteien, welche die Hürde der Zehnprozent-Klausel nahmen, auch 5 v. H. auf Landesebene; umgekehrt wären Parteien, welche die Zehnprozent-Klausel nicht überwinden konnten, auch einer Fünfprozent-Klausel zum Opfer gefallen (Zahlenbeispiele s. 11, 143). Immerhin blieb bei den Wahlen von 1946 die KPD mit einem Landesstimmanteil von 6,1 v. H. und bei den Wahlen von 1962 der BHE mit einem Landesstimmanteil von 5,1 v. H. von der Sitzverteilung ausgeschlossen, während andererseits die Bayernpartei bei den Wahlen von 1962 mit einem Landesstimmanteil von 4,8 v. H. noch acht Mandate erringen konnte, nachdem in Niederbayern ihr Stimmanteil knapp über 10 v. H. lag.

Wie in Art. 14 Abs. 4 BV wird auch in Art. 14 Abs. 1 BV deutlich, daß der Wahlkreis (Regierungsbezirk) die höchste Ebene der Stimmauswertung ist. Der Gesetzgeber hat denn auch eine *Reststimmverwertung* auf Landesebene nie zugelassen.

Nach Art. 14 Abs. 1 BV sollen die Abgeordneten des Landtages in Wahlkreisen und in *Stimmkreisen* (grundsätzlich die Landkreise und kreisfreien Städte) gewählt werden. Damit spricht die Verfassung jedenfalls ein Element der Persönlichkeitswahl an. Darüber hinaus bereitet sie dem Gesetzgeber den Weg, das Verhältniswahlrecht durch Elemente des Mehrheitswahlrechts zu »verbessern« (2, 181 (212); 5, 125 (144), 204 (215 f.); 14, 17 [22]). Der Gesetzgeber gilt jedoch nicht als verpflichtet, das Mehrheitswahlrecht zur Geltung zu bringen (7, 99 [104 f.]). Er muß nur Sorge tragen, daß sowohl Wahl- als auch Stimmkreise im Wahlverfahren eine Rolle spielen und daß die Abgeordneten teils in Wahlkreisen, teils in Stimmkreisen gewählt werden (2, 181 [213 f.]). Daß jeder Stimmkreis einen eigenen Abgeordneten hat, ist nicht nötig (7, 99 [104]). Der Gesetzgeber sieht jedoch im Grundsatz eine Vertretung des ganzen Landes auch durch Stimmkreisabgeordnete vor. 1950 waren von 203 Abgeordneten 100 in Stimmkreisen zu wählen, seit 1954 101 von 204. Die Stimmkreisabgeordneten werden mit relativer Mehrheit gewählt.

Das schwierigste Problem beim Nebeneinander von Verhältnis- und Mehrheitswahlrecht ist das der sog. *Überhangmandate*. Der VerfGH hält sowohl ihren Wegfall als auch den Ausgleich zu Lasten stimmärmerer Listen oder die Vermehrung der Zahl der Parlamentssitze um die Zahl der Überhangmandate für zulässig (5, 125 [144], 204 [215 f.]; 7, 99 [104 ff.]). In der für die Wahl von 1950 geltenden Fassung des Landeswahlgesetzes war in der Tat folgendes vorgesehen: die von einer Partei auf die Wahlkreisliste errungenen Sitze sind in erster Linie den Stimmkreissiegern zuzuteilen; hat eine Partei mehr Stimmkreissitze als Wahlkreislistensitze errungen, so ist ihr dennoch die volle Zahl der Stimmkreissitze zuzuteilen; um eine Vermehrung der Gesamtzahl der Mandate zu vermeiden »scheiden bei der Errechnung der Sitze aus den übrigen Wahlkreisvorschlägen in gleicher Zahl die niedrigsten Teilungszahlen aus« (Art. 50 des Landeswahlgesetzes 1949/50). Da es 1950 der CSU gelang, im Wahlkreis Schwaben zwei Stimmkreissitze mehr zu erringen, als ihr nach dem Stimmenverhältnis im Wahlkreis zugestanden hätten, wurden der SPD und der BP je ein Wahlkreislistensitz vorenthalten. Seit den Wahlen

von 1954 werden Überhangmandate gestrichen (Art. 50 Abs. 2 des Landeswahlgesetzes 1954; Art. 53 Abs. 2 des Landeswahlgesetzes 1958). Die überzähligen Stimmkreisbewerber scheiden in der Reihenfolge der niedrigsten Stimmenzahlen aus. Die Regelung wurde bei der Wahl von 1954 relevant. Zwei Überhangmandate, welche die CSU in Niederbayern errungen hatte, wurden gestrichen. So groß also die Bedeutung der Stimmkreise für die persönliche Auswahl der Abgeordneten ist, so wenig kann von einem Einfluß des Mehrheitswahlrechts auf das Gesamtergebnis der Wahl gesprochen werden. Art. 63 des Landeswahlgesetzes 1949/50 hatte *Nachwahlen* für ausgeschiedene Stimmkreisabgeordnete vorgesehen. Seit dem Änderungsgesetz vom 22. Dezember 1952 (GVBl. S. 311) ist der Ersatzmann aus der Wahlkreisliste zu nehmen.

Auf die Persönlichkeitswahl zielt das bayerische Wahlrecht auch noch dadurch, daß es für die Wahlkreise *freie Listen* vorsieht. Der Wähler kann einen bestimmten Kandidaten ankreuzen. Für die Zuteilung der Wahlkreissitze werden alle für eine Liste abgegebenen Stimmen zusammengezählt. Die Wahlkreissitze, die nach Abzug der Stimmkreismandate noch zu verteilen sind, werden dann an die Listenbewerber in der Reihenfolge der Stimmenzahlen vergeben, die sie persönlich erhalten haben. Stimmen, die nicht für einen bestimmten Kandidaten sondern für eine Liste als solche abgegeben wurden, kommen dabei nur dem Listenführer zugute. Der Wähler, der sich nicht für einen bestimmten Kandidaten entscheidet, überläßt es also nicht der Liste, die Reihenfolge der Mandate zu bestimmen, sondern jenen Wählern, die sich für einen bestimmten Kandidaten aussprechen. Der Gebrauch dieses Systems, das dem Wähler zwei voneinander unabhängige Stimmen für Stimmkreis und Wahlkreis gibt, und im Wahlkreis zudem die Kennzeichnung eines besonderen Bewerbers ansinnt, ist zweifellos schwierig. Doch sind die Erfahrungen gut und ist der demokratische Effekt beträchtlich.

b) Wahlkreisgeometrie

Die strenge Bindung der Landtagswahlen an Wahlkreise und Stimmkreise bewirkt und fördert den Einfluß des Wählers auf die Persönlichkeit des Gewählten und die lokale Bindung der Abgeordneten. Sie drängt ferner Splitterparteien zurück. Auf der anderen Seite bringt sie die Last einer gerechten Gestaltung der räumlichen Wahleinheiten mit sich. Dieses Problem wird verschärft, indem die Verfassung Wert darauf legt, die zumeist historisch gewachsenen Verwaltungseinheiten (Regierungsbezirke, Landkreise, kreisfreie Städte) auch als Wahleinheiten zu integrieren. Der Gesetzgeber ist dieser Frage seit 1950 ausgewichen, obwohl gerade in dieser Zeit starke Wanderungsbewegungen die Bevölkerungszahlen der Wahleinheiten verschoben haben. Über das Ausmaß der Veränderungen in den *Wahlkreisen* gibt folgende Übersicht Aufschluß:

Regierungsbezirk	Durchschnittliche Bevölkerungszahl je Abgeordneten			
	1948	1962	Zu- (+)	bzw. Abnahme (-)
Oberbayern	45 160	52 031	+ 6871	+ 15,2 v. H.
Niederbayern	44 632	38 627	- 6005	- 13,5 v. H.
Oberpfalz	45 646	44 819	- 827	- 1,8 v. H.
Oberfranken	44 713	43 584	- 1129	- 2,5 v. H.
Mittelfranken	45 144	49 630	+ 4486	+ 9,9 v. H.
Unterfranken	44 954	47 835	+ 2881	+ 6,4 v. H.
Schwaben	45 258	47 325	+ 2067	+ 4,6 v. H.
Bayern insgesamt	45 077	47 175	+ 2098	+ 4,7 v. H.

Wenn die *Stimmkreise* für das Gesamtergebnis der Wahlen auch weniger ins Gewicht fallen, so ist ihre Größe doch für den Einfluß des einzelnen Bürgers im Sinne der Persönlichkeitswahl bedeutsam. Ihre Gestaltung wurde nicht erst in der historischen Entwicklung unbefriedigend. Von Anfang an war hier die Spanne zwischen großen städtischen und kleinen ländlichen Stimmbezirken außerordentlich groß. So standen sich bei den Wahlen von 1950 der Stimmkreis München Stadt I und II mit 98 681 Stimmberechtigten und der Stimmkreis Lindau mit 36 480 Stimmberechtigten gegenüber. Bei den Wahlen von 1962 war der größte Stimmkreis München Stadt V und VI mit 139 677 Stimmberechtigten, der kleinste Stimmkreis Parsberg – Riedenburg mit 34 443 Stimmberechtigten.

c) Die Grundsätze der allgemeinen, gleichen, unmittelbaren und geheimen Wahl

Dem Recht des Bürgers auf allgemeine, gleiche, unmittelbare und geheime Wahl (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 BV) erkennt der VerfGH Grundrechtsqualität zu (5, 66 [72 f.], 125 [140]; 6, 65 [69]). Den Charakter »überpositiven« Rechts verneint er (5, 66 [72]) – abgesehen von dem Hereinwirken des allgemeinen Gleichheitssatzes (2, 45 [48]; 11, 127).

Der Grundsatz der *gleichen* Wahl wird als »formale (schematische) Gleichheit« vom allgemeinen Gleichheitsgrundsatz abgesetzt (5, 66 [73]). Er verlangt, «daß jeder nach den allgemeinen Vorschriften Wahlberechtigte seine Stimme wie jeder andere Wahlberechtigte abgeben darf und daß diese gültig abgegebene Stimme ebenso mitbewertet wird wie die anderen Stimmen; alle Wähler sollen mit der Stimme, die sie abgeben, den gleichen Einfluß auf das Wahlergebnis haben« (5, 66 [74]; 15, 29 [34]). Das Ermessen des Gesetzgebers zu differenzieren, ist eng begrenzt (14, 77 [81]; 15, 25 [34]). Welcher Wählergruppe der Wähler seine Stimme gibt, darf keinen Unterschied bewirken (3, 115 [127]). Ausnahmen sind nur zulässig, wenn sonst »ein einwandfreier Ablauf des Wahlgeschäftes oder der Wahlfeststellung gefährdet würde« oder »die Gefahr besteht, daß andere verfassungsmäßig gewährleistete Staatseinrichtungen oder -tätigkeiten lahmgelegt würden« (5, 66 [74]). Notwendige Maßnahmen gegen Splitterparteien seien demnach grundsätzlich zulässig (2, 45 [48]; 3, 215 [227]; 5, 66 [75]; 11, 127). Im Mehrheits- und Verhältniswahlrecht hat die Gleichheit der Wahl je eine andere Bedeutung (5, 125 [142]). Beim Mehrheitswahlrecht könne der Stimme nur gleicher Zählwert, nicht – wie beim Verhältniswahlrecht – auch gleicher Erfolgswert zukommen (ebd. S. 146). Nehme der Gesetzgeber zu der ihm aufgetragenen »Verbesserung« des Verhältniswahlrechts daher Elemente des Mehrheitswahlrechts auf, so werde dadurch die für das Verhältniswahlrecht typische Form der Wahlgleichheit zurückgedrängt; das habe die Verfassung in Kauf genommen (5, 125 [146]; 7, 99 [105]).

Der *Allgemeinheit* der Wahl widerspricht es, eine bestimmte Gruppe der Bevölkerung von der Wahl auszuschließen, »es sei denn, daß es sich um grundsätzliche, aktive Gegner im Sinne des Art. 15 der Verfassung handelt« (2, 50 [59 f.]). Durch den Ausschluß individuell disqualifizierter Personen (z. B. schwer vorbestrafter) wird dagegen die Allgemeinheit der Wahl nicht beeinträchtigt (2, 50 [59 f.]; 9, 109 [110 f.]; 13, 19 [24]). Auch ein Quorum verstößt nicht gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl; er umschreibt nur den Personenkreis der Stimmberechtigten (5, 66 [82]).

Zum Grundsatz der *geheimen* Wahl hat sich die Rechtsprechung des VerfGH gewandelt. Zunächst legte er ihn eng aus: er schütze nur die Ausübung des Wahlrechts, nicht auch die mittelbare Betätigung vor der Wahl, insbesondere durch Unterschrift auf dem Wahlvorschlag (3, 115 [125]; GVBl. 1950 S. 253 [257]). Später erstreckte der Gerichtshof das Wahlgeheimnis auch auf die Wahlvorbereitungen (13, 1 [9]). Unverhält-

nismäßig hohe Unterschriftserfordernisse für Wahlvorschläge könnten dagegen verstoßen (ebd.). Der Grundsatz der geheimen Wahl wurde jedoch nicht als verletzt angesehen, wenn Stimmberechtigte erklärten, wie sie stimmen wollten oder wie sie gestimmt haben (VGH 2, 120 [128 f.]).

d) Die Wählergruppen (Parteien)⁴⁸

Das Recht der Wählergruppen, Wahlvorschläge zu machen, steht nach bayerischem Wahlrecht »selbständig und unabhängig neben dem Wahlrecht des Wählers«. »Die Grundsätze der allgemeinen, gleichen, unmittelbaren und geheimen Wahl erfassen nur das Stimmrecht des Wählers, nicht aber unmittelbar das Bewerbervorschlagsrecht der Wählergruppen.« Sie sind aber »auf die Ausübung des Wahlvorschlagsrechts durch die Wählergruppen sinngemäß anzuwenden, soweit dies wegen des Zusammenhangs der Wahlvorschläge mit der Ausübung des Wahlrechts geboten und möglich ist« (3, 115 [123 ff.]; GVBl. 1950 S. 253 [257]; s. a. 6, 65 [69 ff.]). Die *Gleichheit* der Wahl bedeutet »sinngemäß angewendet auch das Vorschlagsrecht der Wählergruppen«, daß dieses Recht von jeder Wählergruppe in der gleichen Weise muß ausgeübt werden können (3, 115 [125]; GVBl. 1950 S. 253 [257]). Aber auch beim Stimmempfang müßten die Wählergruppen gleiche Chancen haben (3, 115 [128]). Doch sei es nicht ausgeschlossen, zwischen Gruppen, deren politisches Gewicht hinreichend bekannt ist und anderen Wählergruppen zu unterscheiden. So könnten Parteien und Wählergruppen, für die – etwa weil sie bereits im Parlament vertreten sind – eine gewisse Anhängerschaft glaubhaft sei, bei der für Wahlvorschläge notwendigen Unterschriftsleistung bevorzugt werden (3, 115 [125]; 6, 65 [69 f.]; 13, 1 [5 ff.]). Der Grundsatz der *Allgemeinheit* der Wahl verlange sinngemäß, daß jeder Wählergruppe die Möglichkeit gesichert sein muß, Wahlvorschläge zu machen, ausgenommen Wählergruppen, die für verfassungswidrig erklärt sind. »Nur solche Einschränkungen sind im Stadium der Aufstellung der Wahlvorschläge gerechtfertigt, die den Zweck verfolgen, unerträgliche Erschwerungen des Wahlgeschäfts hintanzuhalten« (3, 115 [124]; GVBl. 1950 S. 253 [257]). Auch dabei geht es vor allem um den Nachweis hinlänglicher Anhängerschaft. Der VerfGH hält es dabei für zulässig, statt der Unterschrift unter den Wahlvorschlag die Unterschrift unter das Protokoll der Wahlversammlung zu verlangen, in der die Kandidaten aufgestellt werden (13, 1 [7 ff.]). Dieses Vorgehen verstoße auch nicht gegen das *Wahlgeheimnis* (ebd. S. 9).

Art. 15 BV sieht vor, daß Wählergruppen, die darauf ausgehen, die staatsbürgerlichen Freiheiten zu unterdrücken oder Gewalt anzuwenden, durch Entscheidung des VerfGH von Wahlen und Abstimmungen ausgeschlossen werden. Zu einem solchen Verfahren ist es nicht gekommen. Nach Ansicht des VerfGH ist die Vorschrift nicht mehr anwendbar, soweit Art. 9 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 2 GG eingreifen. Der zugrunde liegende Gedanke des Schutzes der Demokratie sei für das bayerische Verfassungsrecht aber beachtlich geblieben (11, 164 [180]). Daß im Falle eines Verbotes Mandate der Wählergruppe verlorengelangen, sieht die bayerische Verfassung nicht vor (Art. 15, 19 BV). Der *Mandatsverlust* im Falle eines *Parteiverbotes* nach Art. 21 Abs. 2 GG konnte deshalb nur aus Bundesrecht gerechtfertigt werden (11, 164 [171 ff.]).

e) Das passive Wahlrecht

Der Anspruch, als wählbar behandelt zu werden, ist ein Grundrecht (11, 103 [106 f.]). Jedoch gibt es kein Recht, gewählt zu werden (ebd.). Die Voraussetzungen der Wählbar-

⁴⁸ *Mauz*, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien in Bayern, BayVBl. n. F. 6. Jhg. 1960 S. 1 ff.

keit sind in der Verfassung erschöpfend geregelt (Art. 14 Abs. 2 BV). Nur hinsichtlich des Mindestalters dürfen die Voraussetzungen des passiven von denen des aktiven Wahlrechts abweichen (ebd. S. 107 ff.).

f) Das Wahlprüfungsverfahren

Die Wahl ist zunächst vom Landtag zu prüfen (Art. 33 BV). Er entscheidet konstitutiv (I, 1 [6 f.]). Seine Entscheidung kann nur auf Gültigkeit oder Ungültigkeit der Wahl lauten. Er kann nicht das bloße Ruhen eines Mandates anordnen (S. 14). Erst nach der Entscheidung des Landtages kann der VerfGH angerufen werden (S. 4 ff.). Seine Zuständigkeit erstreckt sich auf alle Maßnahmen, die der Landtag im Wahlprüfungsverfahren getroffen hat (S. 4). Der Antrag an den VerfGH ist aber kein Rechtsmittel. Der VerfGH hebt den Landtagsbeschluß weder auf, noch bestätigt er ihn. Er entscheidet selbst in der Sache (S. 8). Der Antrag an den VerfGH hat deshalb auch keine aufschiebende Wirkung (S. 8).

3. Der Abgeordnete

Der Abgeordnete hat ein subjektives öffentliches Recht, sein Mandat in den Schranken der Verfassung und der verfassungsmäßigen Gesetze ungehindert auszuüben (I, 38 [40]; II, 164 [179]). Seine Unabhängigkeit (Art. 13 Abs. 2 BV) hat durch die zentrale Stellung der Parteien im politischen Leben (s. a. Art. 15 BV) Einbußen erfahren (II, 164 [179 f.]). Dennoch bedarf es zur Aberkennung von Mandaten auf Grund Parteiverbots der bundesrechtlichen Legitimation (S. 171 ff.). Der Landtag darf nach Maßgabe der Geschäftsordnung Abgeordnete im Interesse der Demokratie disziplinieren. Im Hinblick auf die besonderen Vorschriften über den Mandatsverlust (Art. 19 BV) und die Anklage wegen Mißbrauchs der Abgeordnetenstellung (Art. 61 Abs. 3 BV) darf der Landtag jedoch weder das Mandat auf längere Zeit ruhen lassen noch ein Verhalten außerhalb des Landtages ahnden (8, 91 [105 f.]).

Die Vorschriften über die parlamentarische *Immunität* (Art. 28 BV) wurden an höher-rangigem Verfassungsrecht geprüft und für gültig befunden (II, 146). Ihr praktischer Vollzug ist weitgehend geklärt (ME über Immunität von Mitgliedern gesetzgebender Körperschaften vom 24. September 1963, MABl. S. 507; Bekanntmachung über die Immunität der Landtagsabgeordneten und der Mitglieder des Bayerischen Senats vom 7. Dezember 1962, JMBL. 1963 S. 6; ObLGSt 9, 98). Sie gelten auch für das Dienststrafverfahren (DStH 7, 15). Dem betroffenen Abgeordneten gewährte der VerfGH zunächst Rechtsschutz im Wege der Verfassungsbeschwerde und sprach dabei aus, der Landtag könne sein Ermessen nur richtig gebrauchen, wenn er das Delikt kenne, dessentwegen er die Immunität aufhebe (I, 38). Später nahm der VerfGH an, der Landtag handle, indem er die Immunität eines Abgeordneten aufhebe, als Inhaber der gesetzgebenden Gewalt; somit sei er keine »Behörde« (Art. 120 BV) und eine Verfassungsbeschwerde unzulässig (5, 216). Auch der Sache nach sei der Landtag bei seiner Entscheidung frei und nicht an Grundrechte gebunden (S. 219 f.).

Die Aufwandsentschädigung der Abgeordneten wurde zuerst durch Gesetz vom 12. Mai 1947 (GVBl. S. 123), sodann durch Gesetz vom 29. Dezember 1949 (BayBS I S. 91) geregelt und mehrfach umgestaltet (zuletzt durch die Gesetze vom 11. Juli 1958, GVBl. S. 160, vom 16. Juli 1960, GVBl. S. 144, und Gesetz vom 4. Dezember 1961, GVBl. S. 247, ber. 1962 S. 10).

4. Organisation und Verfahren des Landtags

Der Landtag gab sich eine erste Geschäftsordnung am 29. April/12. Mai 1948⁴⁹. Am 27. Oktober 1954 wurde eine neue Geschäftsordnung beschlossen, die mit Änderungen vom 13. Dezember 1954 und vom 25. Januar 1955 noch heute gilt⁵⁰. Sie enthält nicht nur hausinterne Regelungen sondern auch Rechtsnormen (8, 91 [97 ff.]).

Die Zahl der *Ausschüsse* sank von 18 in der ersten und zweiten Wahlperiode auf 17, später 15 in der dritten Wahlperiode und 12 in der vierten und fünften Wahlperiode. Auch die Stärke der Ausschüsse wurde – in wechselnder Entwicklung – heruntergesetzt. In der ersten Wahlperiode bestanden 8 Ausschüsse mit 28 Mitgliedern, 4 mit 21, 2 mit 14, 3 mit 11 und 1 Ausschuß mit 7 Mitgliedern. In der laufenden Wahlperiode besteht ein Ausschuß mit 28 Mitgliedern (Haushaltsausschuß), haben 8 Ausschüsse 25 Mitglieder, ein Ausschuß 14 Mitglieder und 2 Ausschüsse 10 Mitglieder (Ältestenrat und Ausschuß für Sicherheitsfragen). Eine Eigenart des bayerischen Landtages ist, daß seine Ausschüsse grundsätzlich *öffentlich* tagen. Nur der Ausschuß für Sicherheitsfragen, der Ausschuß zur Information in Bundesangelegenheiten, der Ältestenrat und das Präsidium tagen nicht öffentlich. Dadurch erhält zwar die Öffentlichkeit Zugang zu den stets besonders informativen Ausschußverhandlungen. Das Interesse sowohl der Öffentlichkeit als auch der Abgeordneten an den Erörterungen im Plenum wird jedoch kuptiert. Die Möglichkeit, Aufgaben des Landtages auf Ausschüsse zu übertragen, hat die Verfassung nicht allgemein sondern nur hinsichtlich einzelner Aufgaben (insbes. der Gesetzgebung: Art. 70 Abs. 3 BV) ausgeschlossen (10, 20 [27]). Der Landtag hat davon im wesentlichen nur hinsichtlich der Erledigung von Petitionen Gebrauch gemacht (10, 20 [24 ff.]).

Große Bedeutung schienen zunächst die *Untersuchungsausschüsse* zu gewinnen. Von 1947 bis 1957 wurden 17 Untersuchungsausschüsse eingesetzt, seitdem jedoch keine mehr⁵¹. Die Erfahrungen enttäuschten, so daß sich seither dem Wunsche nach einem Untersuchungsausschuß größte Widerstände entgegenstellen. Der Landtag hat Untersuchungsausschüsse immer nur zur Aufklärung konkreter Tatbestände – insbesondere zur Kontrolle der Exekutive – eingesetzt. Die Möglichkeit, sie zur Vorbereitung von Gesetzgebungsarbeiten heranzuziehen, wird nicht in Betracht gezogen. Der VerfGH hat festgestellt, daß die Rechte eines Untersuchungsausschusses durch Gesetz auch anderen Landtagsorganen eingeräumt werden können (8, 91 [102]). Durch die Geschäftsordnung könnten Untersuchungsausschüsse auch für eine Gattung von Fällen bestellt werden (S. 103 f.). Die Einrichtung ständiger Untersuchungsausschüsse darf jedoch die Gewaltenteilung nicht beeinträchtigen. Sie eignen sich daher vorwiegend für interne Angelegenheiten des Landtags, etwa die Untersuchung des Verhaltens von Abgeordneten (ebd.). Untersuchungsausschüsse müssen nicht nach dem d'Hondtschen Wahlverfahren gebildet werden (S. 103).

Ist der Landtag – etwa weil Ersatzmänner nicht einberufen sind – unvollständig oder zum Teil falsch besetzt, ist konkret zu prüfen, ob die unrichtige Besetzung für das Zustandekommen des Beschlusses ursächlich war (1, 1 [15 f.]).

⁴⁹ Abgedruckt bei *Nawiasky-Leusser*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1948, S. 275 ff.

⁵⁰ Abgedruckt bei *Schweiger*, Organisations- und Verfahrensrecht der obersten bayerischen Staatsorgane, S. 51 ff.

⁵¹ Eine Zusammenstellung findet sich bei *Partsch*, Empfiehlt es sich, Funktion, Struktur und Verfahren der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse grundlegend zu ändern? Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, Bd. I, Teil 3, 1964, S. 225 ff.

Das Gespräch über einen eigenen Expertendienst des Landtags, insbesondere zur Ausarbeitung und Überprüfung von Gesetzentwürfen, ist die Berichtszeit über nicht verstimmt. Derzeit liegen erneut Pläne dafür vor⁵².

5. Zu den Funktionen des Landtags

Der Schwerpunkt der parlamentarischen Tätigkeit lag und liegt bei der Gesetzgebung. Quantitativen Aufschluß sowohl über die parlamentarischen Initiativen als auch über die Summe der eingekommenen Gesetzesvorlagen gibt die folgende Übersicht:

Wahlperiode	Vorlagen der Staatsregierung	Vorlagen aus der Mitte des Landtags	Vorlagen des Senats
1946/50	160	83	1
1950/54	134	79	4
1954/58	91	113	1
1958/62	83	78	4
1962 bis 15. 12. 1964	37	45	2
insgesamt	505	398	12

Daneben hat die Kontrolle der Exekutive das Parlament mehr und mehr in Anspruch genommen⁵³. Damit wurde die Interpretation des Art. 55 Nr. 2 Satz 1 BV akut, wonach der Staatsregierung der Vollzug der Gesetze und Beschlüsse des Landtags obliegt⁵⁴. Obwohl vereinzelt angenommen wird, Beschlüsse des Landtages lösten eine Rechtspflicht der Regierung aus, auch wenn sie nicht in Gesetzesform ergingen (4, 109 [126]), stimmt die Staatspraxis in Landtag und Regierung mit dem VerFGH darin überein, daß Art. 55 Nr. 2 BV keine rechtliche Bindung der Staatsregierung begründet. Die Vorschrift besagt nur, daß der Landtag seine Beschlüsse nicht selbst vollzieht. Inwieweit sie die Regierung rechtlich oder politisch binden, muß sich aus den anderweit einschlägigen Bestimmungen ergeben (12, 119 [126]). Besondere Bedeutung erlangten dabei die *Petitionen*, mit denen der VerFGH ein gesteigertes Informations- und Kontrollrecht des Landtags gegenüber der Exekutive verknüpft sieht (10, 20 [23]). Soweit sie nicht für erledigt erklärt werden oder über sie zur Tagesordnung übergegangen wird, werden die Petitionen der Staatsregierung zur Berücksichtigung, zur Würdigung, als Material oder zur Kenntnisnahme überwiesen (§ 86 der Geschäftsordnung des Landtags). Überweist der Landtag die Petition »zur Berücksichtigung«, so will er damit den höchstmöglichen Grad der Verpflichtung der Staatsregierung in Anspruch nehmen⁵⁵. Doch ist eine rechtliche Folgepflicht der Staatsregierung auch in diesem Fall nicht gegeben. Das Problem ist nach Maßgabe

⁵² Zu einem Sonderproblem s. Brandl, Die Polizeigewalt des Präsidenten des Bayerischen Landtags, BayVBl. n. F. 10. Jhg. 1964 S. 280 ff.

⁵³ Einen quantitativen Hinweis darauf gibt der Vergleich der Gesetzgebungsvorlagen mit der Zahl der insgesamt im Landtag eingebrachten Anträge: Wahlperiode 1946/50 1299; Wahlperiode 1950/54 1660; Wahlperiode 1954/58 1436; Wahlperiode 1958/62 1182; Wahlperiode 1962 bis Dez. 64 1677.

⁵⁴ *Nawiaskey*, Zur Frage der Verpflichtung der Regierung durch Beschlüsse des Landtages, in: »Staat und Bürger«, Festschrift für Willibald Apelt, 1958, S. 137 ff.

⁵⁵ Siehe § 87 Abs. 3 der Geschäftsordnung. – In einem Merkblatt, das der Landtag an Petenten ausgibt, heißt es: »Die Eingabe wird der Staatsregierung zur Berücksichtigung hinübergegeben, wenn das Gesuch in vollem Umfang berechtigt und durchführbar erscheint. Es wird in diesem Fall erwartet, daß die Staatsregierung dem Gesuch sobald als möglich stattgibt . . .«

der politischen Verantwortung der Regierung und ihrer allgemeinen Pflicht, das in der Petition zur Geltung gebrachte Recht zu respektieren, zu lösen.

Die Abwanderung von *Zuständigkeiten* zur Gesetzgebung und Verwaltung an den *Bund* und die Möglichkeit der Staatsregierung auf deren Wahrnehmung über den *Bundesrat* einzuwirken, mußte die Frage aufwerfen, inwieweit der Landtag seinen Macht-schwund dadurch kompensieren kann, daß er die Haltung der Staatsregierung im Bundesrat zu steuern sucht. Der Landtag blieb darin sehr zurückhaltend. Nachdem die Stimmhaltung des Ministerpräsidenten bei der Abstimmung des Bundesrates über das Neugliederungsgesetz vom 4. Mai 1951 (BGBl. I S. 284) zu einer Anfrage geführt hatte (LT II. Wahlperiode, 25. Sitzung vom 18. Mai 1951, Sten. Ber. Bd. I S. 669 ff.) wurde ein besonderer Landtagsausschuß »zur Information über Bundesangelegenheiten« geschaffen (ebd., 54. Sitzung vom 23. November 1951, S. 833 f.), wobei ein Weisungsrecht des Landtags gegenüber der Staatsregierung hinsichtlich ihres Verhaltens im Bundesrat ausdrücklich niegiert wurde (Abg. von Prittwitz und Gaffron aaO S. 834).

II. Der Senat⁵⁶

1. Wahl und Zusammensetzung des Senats

Die organisch-korporative Struktur des Senates hat in der Berichtszeit vor allem dadurch Gestalt gewonnen, daß die wahlberechtigten Körperschaften bezeichnet und – soweit notwendig – zu Wahlgremien zusammengefaßt wurden. Grundsätzlich entschied das Gesetz über den Senat (neu bekanntgemacht am 22. Juli 1959, GVBl. S. 217; geändert durch Gesetz vom 4. Dezember 1961, GVBl. S. 247) unmittelbar; hinsichtlich der Vertreter der Gewerkschaften, der freien Berufe und der Wohltätigkeitsorganisationen mußten dagegen besondere Verzeichnisse angelegt werden, die das Staatsministerium des Innern führt (Art. 4, 5, 8 SenG⁵⁷). Dieses hat auch das Wahlverfahren für die verschiedenen Gruppen zu ordnen (Art. 14 SenG⁵⁸). Mit dem Aufbau der Wahlkörperschaften und -gremien erübrigte sich auch das subsidiäre Wahlrecht des Landtages (Art. 15 SenG). Beim ersten Zusammentritt des Senates waren noch 18 Senatoren vom Landtag gewählt. Zum letzten Mal wurde 1959 ein Vertreter der Gruppe der freien Berufe, die als letzte eine eigene Wahlordnung erhielt, durch den Landtag in den Senat berufen.

Immer wieder wurde streitig, welche Organisationen zur Wahl berufen werden können und müssen. Dabei war nach Satzung und Betätigung zu prüfen, ob die in Betracht kommenden Verbände soziale, wirtschaftliche oder kulturelle Aufgaben (Art. 34 BV), wenn nicht ausschließlich, so doch als Hauptzweck erfüllten (9, 86 [90]). Unter den einzelnen Gruppen (Art. 35 BV) waren vor allem die *Gewerkschaften* (Art. 35 Nr. 4 BV) umstritten (8, 11, 13, 182; 14, 87). In der ursprünglichen Fassung vom 31. Juli 1947 (GVBl. S. 162) hatte § 4 SenG vorgesehen, daß die elf Vertreter der Gewerkschaften vom »Bayerischen Gewerkschaftsbund« gewählt werden. Die Vorschrift wurde durch Gesetz vom 9. November 1953 (GVBl. S. 187) dahin geändert, daß die Vertreter der Gewerkschaften »durch die Spitzenorganisationen der Arbeiter oder der Angestellten oder der Berufsbeamten gewählt« werden. Der VerfGH entschied hierzu, »Gewerkschaften« i. S.

⁵⁶ Zacher, Struktur und Stellung des Bayerischen Senates, BayVBl. n. F. 3. Jhg. 1957 S. 369 ff., 4. Jhg. 1958 S. 10 ff.

⁵⁷ Siehe im einzelnen die Fußn. zu diesen Vorschriften bei Ziegler-Tremel, Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern, Nr. 715.

⁵⁸ Vgl. die Zusammenstellung aaO, Fußn. zu Art. 14.

des Art. 35 BV seien Organisationen der Arbeitnehmerschaft ohne Rücksicht auf ihre Streik- und Tarifwilligkeit; auch quantitativ hinreichend repräsentative (s. dazu auch 13, 182 [189 f.]) Beamtenverbände seien daher zu beteiligen (8, 11). Zum Begriff der *Wohltätigkeitsorganisationen* (Art. 35 Nr. 8 BV) entschied der VerfGH, sie müßten im wesentlichen auf Nächstenliebe und nicht auf Selbsthilfe der Verbandsmitglieder ausgehen, was real und nicht nur mittels Satzung nachzuweisen sei (8, 69 [72 ff.]). Nach Art. 179 BV müssen soziale, wirtschaftliche und kulturelle Körperschaften, die zum Senat wählen wollen (Art. 36 BV) auf *Zwangsmitgliedschaft*, staatliche *Machtbefugnisse* und Behördencharakter verzichten. Der VerfGH verknüpfte den sachlichen Tatbestand der »sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Körperschaften« sowohl mit dem Wahlrecht zum Senat (Art. 34, 36 BV) als auch mit dem Verbot der Zwangsmitgliedschaft (Art. 179 BV; 4, 30 [38]; 9, 86 [90 ff.]) und sprach, um den Aufbau obligatorischer berufsständischer Organisationen dennoch zu ermöglichen, den Rechtsanwaltskammern, Ärztekammern, ärztlichen Bezirksvereinen und kassenärztlichen Vereinigungen nicht nur die Wahlbefugnis zum Senat, sondern auch den Charakter wirtschaftlicher, sozialer oder kultureller Körperschaften ab (4, 30 [38], 150 [163 f., 176]; 9, 86; s. a. 5, 287 [294]). Sowohl den Handwerkskammern als auch den Industrie- und Handelskammern fehlten dagegen, als der Senat errichtet wurde, Zwangsbefugnisse (zu den Handwerkskammern s. VGH 1, 18 [19]). Mittlerweile hat der Bundesgesetzgeber beide Institutionen jedenfalls wieder auf die Grundlage der Zwangsmitgliedschaft gestellt (§§ 83 ff. der Handwerksordnung; Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern). Die Staatspraxis hat das Problem, das daraus im Hinblick auf Art 34, 35 Nr. 2 und 3, 36, 179 BV und Art. 2, 3 SenG erwachsen ist, bisher nicht beachtet.

Dem Wortsinn des »Senats« folgend, kann nach Art. 36 Abs. 2 BV zum Senator nur gewählt werden, wer das 40. Lebensjahr vollendet hat. Das Durchschnittsalter der Senatoren liegt daher mit 62 Jahren (Stand Jahresende 1964) erheblich über dem der Landtagsabgeordneten (50 Jahre).

Die *parteilpolitische* Zusammensetzung des Senats kann nicht registriert werden. Die Verfassung will den Senat gerade als Gegengewicht gegen den parteipolitisch gebildeten Landtag. Das Problem konnte nur sein, ob es bei der vorbildlosen Realisierung des in der Verfassung entworfenen Projekts auch gelingt, die parteipolitische Selbstentfremdung des Senats in der Verfassungswirklichkeit zu vermeiden. Es hat den Anschein, daß dies voll auf gelungen ist. Dazu hat sicher die Art und Weise der Berufung der Senatoren beigetragen. Vor allem aber war es der Wille des Senates, der bis in die Sitzordnung hinein (Gewerkschaften ganz rechts, Landwirtschaft ganz links) alles getan hat, um nicht zu einem Spiegelbild des Landtags zu werden. Daß dennoch parteipolitisch geprägte Persönlichkeiten auch im Senat ihren Platz finden, kommt nicht zuletzt darin zum Ausdruck, daß gelegentlich das Senatoramt mit dem Landtagsmandat vertauscht wurde.

2. Der Senator

Letztes Ziel der Selbstintegration des Senats ist, den Senator als unabhängige, sachkundige, gereifte Einzelpersönlichkeit hervortreten zu lassen. Die Praxis des Senats kennt daher nicht nur keine parteipolitischen Fraktionen. Sie läßt auch die Gruppen, die nach Art. 35 BV den Senat konstituieren, nicht als innerparlamentarische Einheiten relevant werden⁵⁹. Äußerster Ausdruck dessen ist, daß jeder Senator immer nur für seine Person

⁵⁹ Eine Ausnahme bildet der Hauptausschuß (Ältestenrat) des Senats, in den alle zehn Gruppen je einen Vertreter entsenden (§10 der Geschäftsordnung des Senats).

spricht und der Gebrauch des Wortes »wir« als Bezugnahme auf eine parlamentarische Gruppe in ständiger Übung untersagt ist.

In der persönlichen Rechtsstellung ist der Senator dem Landtagsabgeordneten gleichgestellt (Art. 27 – 31, 38, 68 Abs. 3 BV; Art. 23 SenG). Die Aufwandsentschädigung ist gegenwärtig durch Gesetz vom 4. Dezember 1961 (GVBl. S. 247) geregelt.

3. Organisation und Verfahren des Senates

Die Geschäftsordnung des Senats vom 14. Juli 1949 (geändert durch Beschlüsse vom 15. Dezember 1950 und vom 26. Januar 1951)⁶⁰ bemüht sich, allgemeines Parlamentsrecht mit den Eigentümlichkeiten des Senats in Einklang zu bringen. Im einzelnen kann hierüber nicht berichtet werden.

Neben dem Präsidium und dem Hauptausschuß (entsprechend dem Ältestenrat des Landtags) kennt die Geschäftsordnung des Senats sieben ständige *Ausschüsse*. Für einzelne Aufgaben setzt der Senat gelegentlich auch Sonderausschüsse ein. Von seinem Recht – Untersuchungsausschüssen ähnliche – Enquete-Ausschüsse einzusetzen (Art. 26 SenG) hat der Senat bisher jedoch keinen Gebrauch gemacht. Wie die Ausschüsse des Landtags verhandeln auch die des Senates öffentlich.

4. Funktion und Stellung des Senats

Der Senat ist ein reines Konsultativorgan und als solches in erster Linie dazu berufen, an der *Gesetzgebung* mitzuwirken (Art. 40, 41 BV). Die geringste Bedeutung erlangte seine Befugnis zur *Gesetzesinitiative*. Der Senat hat in der Berichtszeit 12 Entwürfe eingebracht. Davon wurden 6 ganz oder teilweise Gesetz; 5 Entwürfe lehnte der Landtag ab. Als besonders bedeutsam erwies sich die Aufgabe des Senates, Gesetzentwürfe zu *begutachten*. Der Senat hat bisher 168 Gutachten zu Gesetzentwürfen der Staatsregierung erstattet. Der Pflicht, zu den Gesetzen über den Staatshaushalt, verfassungsändernden Gesetzen und Gesetzen, die dem Volk vorgelegt werden sollen, ein Gutachten des Senates einzuholen (Art. 40 Satz 2 BV) kam die Staatsregierung bei allen angefallenen Haushaltsgesetzen nach; die anderen Fälle obligatorischer Begutachtung wurden nicht aktuell. Im übrigen soll die Staatsregierung das Gutachten des Senats bei allen wichtigen Angelegenheiten einholen. Allein die Zahl der erstatteten Gutachten beweist, daß die Staatsregierung diese Funktion des Senats eher entfaltet als geschmälert hat. Dem entspricht auch die Erfahrung, daß die Gutachten des Senats von der Staatsregierung weitgehend berücksichtigt werden, ehe sie die Gesetzentwürfe an den Landtag bringt. Über den Wortlaut der Verfassung hinaus geht die Praxis, daß die Staatsregierung den Senat bittet, zu Gesetzesinitiativen aus der Mitte des Landtages Stellung zu nehmen. Sie wird seit 1958 im Einvernehmen aller beteiligten Staatsorgane geübt. Auf bisher 56 Ersuchen der Staatsregierung hin wurden 41 Gutachten erstattet. 11 Ersuchen haben sich erledigt. Die Behandlung von 4 Ersuchen steht noch aus. Die letzte Phase der Einflußnahme des Senats auf die Gesetzgebung ist die der *Einwendungen* gegenüber den Gesetzesbeschlüssen des Landtags. Insgesamt 546 Gesetze passierten bisher den Senat. Bei rund der Hälfte dieser Gesetze (238) verkürzte der Landtag die Frist des Senats von einem Monat auf eine Woche, indem er sie für dringlich erklärte (Art. 41 Abs. 2 BV). Gegen 113 Gesetze erhob der Senat Einwendungen. Sie blieben bei 37 Gesetzen erfolglos. Dagegen wurde

⁶⁰ Abgedruckt bei Schweiger, Organisations- und Verfahrensrecht der obersten bayerischen Staatsorgane, S. 104 ff.

den Einwendungen des Senats zu 73 Gesetzen ganz oder teilweise Rechnung getragen. Nicht selten konnte der Landtag dabei offensichtliche Unstimmigkeiten ausbessern, die im Laufe der parlamentarischen Verhandlungen entstanden und erst nach der Beschlußfassung des Landtags erkannt wurden.

Umstritten ist, ob und wie der Senat am Zustandekommen von *Staatsvertragsrecht* beteiligt ist. Nach Art. 72 BV werden Staatsverträge vom Ministerpräsidenten nach vorheriger Zustimmung des Landtags abgeschlossen. Es liegt nahe, darin nur das Ermächtigungsproblem angesprochen zu sehen, für die Transformation des Vertragsinhalts in Landesrecht jedoch das Gesetzgebungsverfahren für nötig zu halten. Die Staatspraxis verfährt anders (VGH Urteil vom 11. Juni 1964 Nr. 198 VIII 63, BayVBl. n. F. 10. Jhg. [1964] S. 332). Damit wird nicht nur die Mitwirkung des Senats an der Gesetzgebung übergangen. Auch die Vorschriften etwa über die Ausfertigung und Verkündung des Vertragsrechts fordern die Anwendung des Gesetzgebungsverfahrens.

Auch außerhalb des Gesetzgebungsverfahrens hat der Senat das Recht, mit Anträgen an die Staatsregierung oder den Landtag heranzutreten (Art. 39 BV). Davon wurde nur gegenüber der Staatsregierung Gebrauch gemacht. Anträge waren in den Jahren 1947 bis 1951 häufig und sind seither selten geworden. Das Erscheinen eines Mitglieds der Staatsregierung (Art. 24 Abs. 1 BV, Art. 25 SenG) wurde offenbar nur im Zusammenhang mit Gesetzesberatungen verlangt. Petitionen werden vom Senat der Staatsregierung äußerstenfalls »befürwortend« weitergeleitet (§ 35 der Geschäftsordnung des Senats). Hervorzuheben ist, daß der Senat sein Recht, im verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren gehört zu werden (Art. 44 Abs. 3, 53 Abs. 3 VerfGHG) mit großer Intensität wahrgenommen hat. Der Einfluß, den er damit auf die Rechtsprechung genommen hat, darf nicht gering veranschlagt werden⁶¹.

Zusammenfassend darf gesagt werden, daß sich der Bayerische Senat, dieser originellste Beitrag Bayerns zur jüngeren deutschen Verfassungsgeschichte, bewährt hat. Er hatte es auf diesem Wege nicht leicht. Der Landtag – älter als der Senat und vermittelt des Senatsgesetzes gleichsam sein Mitschöpfer – fand nur langsam zu einem positiven Verhältnis. Auch die Beziehungen zur Staatsregierung waren Schwankungen unterworfen. Zu einem dramatischen Tiefpunkt kam es, als das Kabinett Seidel II wegen Erkrankung des Ministerpräsidenten längere Zeit hindurch von dessen Stellvertreter, Finanzminister Dr. Eberhard, geführt wurde (s. die Verhandlungen des Bayerischen Senats, 6. Tagungsperiode, 28. Sitzung vom 10. November 1959, Sten. Ber. S. 703 ff.; ebd. 30. Sitzung vom 15. Dezember 1959, Sten. Ber. S. 737; Anlage 392). Hatte andererseits der Senat auch die Abneigung einer breiten Öffentlichkeit gegen die im Landtag wirksame Parteipolitik für sich, so mußte er nach dieser Richtung durch die Schwäche seiner Kompetenzen – die der Gebrochenheit seiner demokratischen Legitimation entspricht – enttäuschen. Die Abwanderung von Gesetzgebungskompetenzen an den Bund mußte ferner dieses Organ, das so sehr auf die Gesetzgebung hingerichtet ist, besonders schwer treffen. Aus der Reihe der Gründe dafür, daß es dennoch gelang, das Projekt der Verfassung überzeugende Gestalt gewinnen zu lassen, sei hier nur die Amtsführung Dr. Josef Singers hervorgehoben, der seit dem ersten Zusammentritt Präsident des Hauses ist⁶².

⁶¹ Siehe die zahlreichen Stellungnahmen, die in den veröffentlichten Entscheidungen des VerfGH mitgeteilt sind.

⁶² Siehe auch Singer, in: »Ratgeber von Parlament und Regierung«, herausgegeben vom Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten in Frankfurt am Main, 1951, S. 9 ff.

III. Die Staatsregierung

1. Zusammensetzung und Bestand der Kabinette

Die Staatsregierung besteht aus dem Ministerpräsidenten, den Staatsministern und den Staatssekretären (Art. 43 BV). Die Zahl der Ressorts war ursprünglich auf 8 festgelegt (Art. 48 Abs. 1 BV). Dem Zusammenwirken von Ministerpräsident und Landtag ist jedoch vorbehalten, die Zahl der Geschäftsbereiche zu erhöhen oder zu vermindern und Minister für Sonderaufgaben zu bestellen (Art. 49 Abs. 2 und 3 BV). Auf Grund dieser Ermächtigung wurde 1946 ein Staatsministerium für Sonderaufgaben errichtet, dem die Durchführung des Gesetzes zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus oblag. Es wurde 1950 aufgelöst⁶³. 1952 wurden die in Art. 49 Abs. 1 BV vorgesehenen Ministerien für Wirtschaft und für Verkehrsangelegenheiten vereinigt⁶⁴. 1962 wurde ein Staatsminister für Bundesangelegenheiten bestellt (Erlaß des Bayerischen Ministerpräsidenten über Aufgabenbereich und Stellung des Staatsministers für Bundesangelegenheiten vom 8. Januar 1963, Staatsanzeiger Nr. 2). Von der Befugnis des Ministerpräsidenten, sich selbst einen Geschäftsbereich vorzubehalten (Art. 50 Abs. 1 Satz 2 BV), wurde nur selten und vorübergehend Gebrauch gemacht. Die Leitung der Staatskanzlei (Art. 52 Satz 2 BV) lag in der Hälfte der Kabinette in der Hand von Staatssekretären, im übrigen bei Berufsbeamten. Die Zahl der Staatssekretäre verjüngte sich. In den ersten konstitutionellen Kabinetten war es üblich, einigen Ministerien zusätzliche Staatssekretäre für besondere Aufgaben zuzuteilen (dem Innenministerium für das Bauwesen und das Flüchtlingswesen, dem Kultusministerium für die Schönen Künste, dem Wirtschaftsministerium für Planung und Wiederaufbau). Die Entwicklung endete mit einem besonderen Staatssekretär für das Flüchtlingswesen im dritten konstitutionellen Kabinett (1950). Neuerdings wird das Prinzip, daß jedem Geschäftsbereich ein Minister und ein Staatssekretär zugehört (Art. 50 BV), gegenläufig durchbrochen. Dem Minister für Bundesangelegenheiten ist kein Staatssekretär beigegeben.

Politisch setzten sich die konstitutionellen Kabinette – denen die Nachkriegskabinette Schäffer (1945) und Hoegner I (1945/46) vorausgegangen waren – zusammen wie folgt:

Kabinett Ehard I (21. Dezember 1946 – 20. September 1947):

CSU	14 Sitze	(Ministerpräsident, 4 Minister, 9 Staatssekretäre);
SPD	7 Sitze	(4 Minister, 3 Staatssekretäre);
WAV	1 Sitz	(1 Staatsminister).

Die Koalition brach auseinander, als wegen einer gegen die SPD gerichteten Äußerung des Ministerpräsidenten die Parteiorgane der SPD den Austritt ihrer Kabinettsmitglieder forderten. Diese traten am 15. September 1947 zurück und wurden aus der CSU ersetzt (LT I. Wahlperiode, 28. Sitzung vom 20. September 1947, Sten. Ber. Bd. II S. 374)⁶⁵.

Kabinett Ehard II (20. September 1947 – 18. Dezember 1950):

CSU sämtl. Sitze (MPr., 8 Min., 11 Stsekr.).

⁶³ Siehe dazu schon Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, S. 155 f.

⁶⁴ Siehe Leusser ebd.

⁶⁵ Siehe dazu auch Hoegner, Der schwierige Außenseiter, 1959, S. 293 ff.

Die Amtsperiode endete mit der Wahl des Ministerpräsidenten nach der Neuwahl des Landtages (LT II. Wahlperiode, 2. Sitzung vom 18. Dezember 1950, Sten. Ber. Bd. I S. 9).

Kabinett Ehard III (18. Dezember 1950 – 14. Dezember 1954):

CSU	8 Sitze	(MPr., 4 Min., 3 Stsekr.);
SPD	6 Sitze	(3 Min., 3 Stsekr.);
GB/BHE	2 Sitze	(2 Stsekr.).

Die Amtsperiode endete mit der Wahl des Ministerpräsidenten nach der Neuwahl des Landtages (LT III. Wahlperiode, 2. Sitzung vom 14. Dezember 1954, Sten. Ber. Bd. I S. 7 f.).

Kabinett Hoegner II (14. Dezember 1954 – 16. Oktober 1957):

SPD	5 Sitze	(MPr., 2 Min., 2 Stsekr.);
FDP	2 Sitze	(1 Min., 1 Stsekr.);
BP	4 Sitze	(2 Min., 2 Stsekr.);
GB/BHE	3 Sitze	(1 Min., 2 Stsekr.);
Parteilos	2 Sitze	(1 Min., 2 Stsekr.).

Die Koalition zerfiel, nachdem bei der Bundestagswahl 1957 die CSU in Bayern 57 Prozent der Stimmen erhielt. Da er sich der Koalitionspartner der SPD nicht mehr sicher war, trat der Ministerpräsident am 8. Oktober 1957 durch fernmündliche Erklärung gegenüber dem Landtagspräsidenten zurück. Er berief sich dabei ausdrücklich auf die Pflicht des Ministerpräsidenten, zurückzutreten, wenn eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen ihm und dem Landtag unmöglich ist (Art. 44 Abs. 3 Satz 2 BV); (LT III. Wahlperiode, 109. Sitzung vom 16. Oktober 1957, Sten. Ber. Bd. V S. 3826)⁶⁶.

Kabinett Seidel I (16. Oktober 1957 – 9. Dezember 1958):

CSU	8 Sitze	(MPr., 4 Min., 3 Stsekr.);
FDP	2 Sitze	(1 Min., 1 Stsekr.);
GB/BHE	3 Sitze	(1 Min., 2 Stsekr.);
zunächst parteilos:		(1 Min., 1 Stsekr.).

Die Amtsperiode endete mit der Wahl des Ministerpräsidenten nach der Neuwahl des Landtages (LT IV. Wahlperiode, 2. Sitzung vom 9. Dezember 1958, Sten. Ber. Bd. I S. 7 f.).

Kabinett Seidel II (9. Dezember 1958 – 26. Januar 1960):

CSU	11 Sitze	(MPr., 5 Min., 5 Stsekr.);
FDP	1 Sitz	(1 Min.);
GB/BHE	3 Sitze	(1 Min., 2 Stsekr.).

Ministerpräsident Seidel trat am 21. Januar 1960 wegen einer schon länger andauernden schweren Krankheit zurück. Er erklärte den Rücktritt schriftlich gegenüber dem Landtagspräsidenten (LT IV. Wahlperiode, 42. Sitzung vom 26. Januar 1960, Sten. Ber. Bd. II S. 1149).

⁶⁶ Siehe dazu die Schilderung bei *Hoegner* aaO, S. 334 ff.

Kabinett Ehard IV (26. Januar 1960 – 11. Dezember 1962):

CSU	12 Sitze	(MPr., 5 Min., 6 Stsekr.);
FDP	3 Sitze	(1 Min., 2 Stsekr.);
GB/BHE	1 Sitz	(1 Min.).

Die Amtsperiode endete mit der Wahl des Ministerpräsidenten nach der Neuwahl des Landtages (LT V. Wahlperiode, 2. Sitzung vom 11. Dezember 1962, Sten. Ber. Bd. I S. 7).

Kabinett Goppel (seit 11. Dezember 1962):

CSU	15 Sitze	(MPr., 8 Min., 6 Stsekr.);
BP	1 Sitz	(1 Stsekr.).

Nur der Rücktritt des Ministerpräsidenten Hoegner 1957 wurde also durch einen politischen Wandel während der Legislaturperiode des Landtages erzwungen. Im übrigen wurden Anträge, mit denen der Rücktritt des Ministerpräsidenten⁶⁷ oder die Entlassung oder eine Mißtrauenskundgebung gegenüber einem einzelnen Minister verlangt wurden⁶⁸, zwar gestellt, waren aber politisch so aussichtslos, daß es für ihre Ablehnung nicht entscheidend darauf ankam, ob sie verfassungsrechtlich zulässig waren. Ob sich die stabilisierende Objektivierung des parlamentarischen Systems durch Art. 44 Abs. 3 BV bewährt, kann deshalb auf Grund der vorliegenden Erfahrungen noch nicht entschieden werden.

Eine bedeutsame Ergänzung der lückenhaften Vorschriften der Verfassung über die Amtsdauer der Mitglieder der Staatsregierung brachte das Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Staatsregierung vom 4. Dezember 1961 (GVBl. S. 243), welches das Gesetz über Gehalt, Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung der Mitglieder der Bayerischen Staatsregierung vom 5. September 1946 (BayBS III S. 249) ablöste. Es bestätigt Staatspraxis und Rechtsprechung (VGH Urteil vom 26. März 1956 Nr. 101 III 54, BayVBl. n. F. 2. Jhg. [1956] S. 155) darin, daß sich alle Regierungsämter erledigen, wenn nach der Neuwahl des Landtages gemäß Art. 44 Abs. 1, 56 BV der neue Ministerpräsident gewählt und vereidigt ist (Art. 9 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes). Es regelt ferner die Weiterführung der Geschäfte des Ministerpräsidenten (Art. 8), der Staatsminister und der Staatssekretäre (Art. 9 Abs. 3 bis 6) bei Erledigung ihrer Ämter, deren die Verfassung nur unzulänglich gedenkt (Art. 44 Abs. 3 Satz 3 BV).

2. Organisation und Verfahren der Staatsregierung⁶⁹

Auch die Vorschriften der Verfassung über die Verteilung der Zuständigkeiten auf den Ministerpräsidenten, die Ressortminister und die Staatsregierung als Kollegium sind lük-

⁶⁷ Antrag des Abg. Loritz vom 24. Februar 1949 (LT I. Wahlperiode, 103. Sitzung vom 24. Februar 1949, Sten. Ber. Bd. III S. 746 f.); Interpellation des Abg. v. Knoeringen vom 1. Juni 1948 (LT I. Wahlperiode, 74. Sitzung vom 9. Juni 1948, Sten. Ber. Bd. II S. 1531).

⁶⁸ Antrag des Abg. Loritz vom 16. Dezember 1948 (LT I. Wahlperiode, 96. Sitzung vom 16. Dezember 1948, Sten. Ber. Bd. III S. 442 ff.). Der Antrag, der darauf zielte, vom Ministerpräsidenten zu verlangen, den Justizminister vorläufig seines Amtes zu entheben, wurde als unzulässig abgelehnt. – Interpellation des Abg. Dr. Baumgartner und Fraktion und des Abg. Bezold und Fraktion betreffend Amtsenthebung des Staatsministers der Justiz (LT II. Wahlperiode, 84. Sitzung vom 7. Mai 1952, Sten. Ber. Bd. III S. 2003 ff.; abgelehnt in der 84. Sitzung vom 8. Mai 1952, Sten. Ber. S. 2030). – Antrag des Abg. Dr. Linnert und Fraktion, dem Wirtschaftsminister das Mißtrauen auszusprechen (LT I. Wahlperiode, 6. Sitzung vom 31. Januar 1947, Sten. Ber. Bd. I S. 130 ff.; abgelehnt in der 8. Sitzung vom 20. Februar 1947, Sten. Ber. Bd. I S. 180 ff.).

⁶⁹ Siehe zur Stellung des Ministerpräsidenten: *Masson*, Die Verfassungsmäßigkeit dienstaufsichtlicher Befugnisse des Ministerpräsidenten, BayVBl. n. F. 2. Jhg. 1956 S. 161 ff.; *Maunz-Wöckel*, Die Richtlinien der Politik im Verfassungsrecht, ebd. S. 257 ff. (*Wöckel*), S. 260 ff. (*Maunz*).

kenhaft und aufs erste widersprüchlich (zur Zuständigkeitsregelung s. insbes. Art. 49, 53, 77 BV). Die Verfassung wird insoweit vor allem ergänzt durch die Geschäftsordnung der Bayerischen Staatsregierung vom 19. Dezember 1956 (BayBSVI III S. 193)⁷⁰, die sich mit den Aufgaben des Ministerpräsidenten, der Staatsregierung, der Minister und Staatssekretäre, ihrer Vertretung und ihrem Verfahren befaßt, und die Verordnung über die Geschäftsverteilung der Bayerischen Staatsregierung vom 19. Dezember 1956 (BayBS I S. 19)⁷¹, welche die Zuständigkeiten der Ministerien teils, weil gesetzlich geregelt, deklaratorisch wiedergibt, teils aber konstitutiv regelt (OBLGSt 9, 307 [308 f.]). Das von der Verfassung stark betonte Ressortprinzip (Art. 51 Abs. 1, 53 Satz 3 BV) versucht die Geschäftsordnung der Staatsregierung dadurch zu mildern, daß bei Meinungsverschiedenheiten in Angelegenheiten, die zwei oder mehr Geschäftsbereiche betreffen, auf Antrag eines beteiligten Ministeriums die Staatsregierung entscheidet (§ 4 Abs. 4). In der Rechtsprechung wurde der Staatsregierung jedoch das Recht, einen konkreten Streitfall zu entscheiden, abgesprochen, und dessen rechtlicher Austrag in den Insihprozeß verwiesen (VGH 16, 21). Als Redaktionsversehen wird der Wortlaut des Art. 55 Nr. 2 Satz 2 BV angesehen, der die Befugnis zum Erlaß von Ausführungs- und Verwaltungsvorschriften allein der Staatsregierung als Kollegium zuzuteilen scheint (5, 148 [155]).

3. Funktionen und Stellung der Staatsregierung

Über die Vielfalt der Aktivität der Staatsregierung zu berichten, ist nicht möglich. Hinsichtlich ihrer Teilnahme an der Gesetzgebung darf auf die Ausführung über Landtag und Senat Bezug genommen werden. Nachzutragen ist, daß sich der Ministerpräsident zweimal geweigert hat, nach seiner Ansicht mangels Landeskompetenz grundgesetzwidrige Gesetze auszufertigen und zu verkünden (Art. 76 BV). Der erste Vorgang betraf den Beschluß eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Wiederherstellung der Finanzgerichtsbarkeit (Schreiben des Ministerpräsidenten vom 27. März 1957, LT III. Wahlperiode Beil. 2685), der zweite den Beschluß eines Gesetzes über den Verkehr mit Bier (s. dazu LT V. Wahlperiode, 63. Sitzung vom 15. Dezember 1964, Sten. Ber. Bd. II S. 2297 f.)⁷². Das Verkündungswesen, das nur für Gesetze in der Verfassung geregelt ist (Art. 76 Abs. 1 BV), wurde neu geregelt (Verwaltungsanordnung über die amtliche Veröffentlichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Staatsregierung und der Staatsministerien vom 25. Juni 1957, GVBl. S. 129). Im übrigen wird auf die rechtsetzende Tätigkeit der Staatsregierung unten⁷³ zurückzukommen sein.

Von ihrer *Notstandsbefugnis*⁷⁴, Grundrechte zu suspendieren (Art. 48 BV), die unter dem Grundgesetz ohnedies kaum mehr Bedeutung hat, machte die Staatsregierung keinen Gebrauch. Ihre Eigenart wurde dahin erklärt, daß die Anordnung zwar die Grund-

– Zur Zuständigkeitsordnung innerhalb der Staatsregierung: *Zippelius*, Die Regelung von Zuständigkeiten in der Geschäftsordnung der Staatsregierung, ebd. S. 193 ff.; *Nitsche*, Das Verhältnis der Zuständigkeitsbestimmungen in der Bayerischen Verfassung zueinander, ebd. S. 359 ff. – Siehe auch *Kalkbrenner*, Wer ist »Landesregierung« im Sinne des Art. 80 des GG? BayVBl. n. F. 6. Jhg. 1960 S. 309 ff.; *Zippelius*, *dass.*, ebd. S. 311 f.; *Kratzer*, Nochmals: »Die Landesregierung« im Sinne des Art. 80 des Grundgesetzes, ebd. S. 376 f.

⁷⁰ Abgedruckt und kommentiert bei *Schweiger*, Organisations- und Verfahrensrechte der obersten Bayerischen Staatsorgane, S. 17 ff.

⁷¹ Abgedruckt und kommentiert bei *Schweiger*, aaO, S. 28 ff.

⁷² Näheres dazu siehe bei *Schweiger*, in: *Nawiaskey-Leusser-Schweiger-Zacher*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 76 Randnr. 3 S. 2.

⁷³ Siehe unten S. 373 f.

⁷⁴ Siehe auch *Junker*, Not- und Ausnahmemassnahmen nach geltendem Recht, BayVBl. n. F. 6. Jhg. 1960 S. 33 ff.

rechte nicht nur der Staatsregierung sondern allen zuständigen Stellen gegenüber suspendiert, daß Einzelmaßnahmen jedoch auch im Notstandsfalle aus den Gesetzen legitimiert werden müssen (7, 83 [85]). Art. 48 BV ist also nicht selbst Notstandsrecht sondern schafft nur grundrechtlichen Raum für ein Notstandsrecht.

IV. Der Verfassungsgerichtshof⁷⁵

1. Grundlagen und Gerichtsverfassung

Das Recht des VerfGH findet sich zentral in drei Schichten. Die *erste* ist die Verfassung selbst. Die *zweite* bildet das Gesetz über den VerfGH (Art. 69 BV). Am 22. Juli 1947 (GVBl. S. 147, ber. S. 248) erlassen, wurde es zunächst durch Gesetze vom 28. April 1949 (GVBl. S. 91) und vom 10. Mai 1949 (GVBl. S. 113) geändert, um das besondere Verfahrensrecht für »Meinungsverschiedenheiten darüber, ob durch ein Gesetz die Verfassung geändert wird oder ob ein Antrag auf unzulässige Verfassungsänderung vorliegt« (Art. 75 Abs. 3 BV), zu schaffen (s. a. 2, 61). Durch Gesetz vom 26. Oktober 1962 (GVBl. S. 267) wurde es einer weitgreifenden Revision unterzogen, welche die Rechtsprechung und die Erfahrungen des Gerichts auswertete, veraltete Bezugnahmen aktualisierte und das Verfahren der Richtervorlage an § 80 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht anglich (Neubekanntmachung in der Fassung vom 26. Oktober 1962, GVBl. S. 337). Die *dritte Schicht* stellt die Geschäftsordnung des VerfGH dar (erstmalig erlassen am 24. Mai 1948, GVBl. S. 121; derzeit in der Fassung vom 15. Juli 1963, GVBl. S. 151). Auf Grund der Ermächtigung des Art. 23 VerfGHG wird sie vom Präsidenten des VerfGH mit Genehmigung des Landtags erlassen (zur Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigung: 6, 136). Sie hat Rechtssatzcharakter (6, 136; 15, 1 [2]) und ergänzt Verfassung und Gesetz hinsichtlich des Verfahrens und des Geschäftsgangs in beachtlichem Umfang. Von ihr aus erschließt sich ein *vierter Bereich* der verfahrensrechtlichen Grundlagen der Tätigkeit des VerfGH. § 26 GeschOVerfGH verweist zur Ergänzung primär auf das Verwaltungsprozeßrecht (zunächst das Verwaltungsgerichtsgesetz; jetzt die Verwaltungsgerichtsordnung: 15, 1 [2]; Änderung vom 15. Juni 1962, GVBl. S. 110), sekundär auf das Zivilprozeßrecht. Diese Bezugnahme meint nicht nur das geschriebene Recht sondern auch die allgemeinen Grundsätze dieser Verfahren, soweit sie mit der Eigenart des Verfassungsprozesses vereinbar sind (15, 1 [2]). In präziserer Weise sind Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Strafprozeßordnung und anderer Verfahrensvorschriften freilich schon in speziellen Zusammenhängen in bezug genommen. Gilt insoweit Bundesrecht kraft landesrechtlicher Verweisung, so haben andere Vorschriften des *Bundesrechts* (z. B. Art. 100, 126 GG und die entsprechenden Vorschriften des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht) das Recht des VerfGH unmittelbar ergänzt.

Die Zusammensetzung der Entscheidungsgremien des Gerichts (*großer Senat* – Präsident, acht Berufsrichter und zehn weitere Mitglieder – für Verfahren der Minister-, Abgeordneten- und Senatorenanklage; *kleiner Senat* – Präsident, drei Berufsrichter und fünf weitere Mitglieder – für Organstreitigkeiten, Wahlanfechtungen und Verfassungsbeschwerden; und *Berufsrichtersenaat* – Präsident und acht Berufsrichter – für alle Fälle der Normenkontrolle blieb unverändert [Art. 68 BV; Art. 2, 3 VerfGHG]). Die Geschäftsordnung hat jedoch wichtige Ergänzungsvorschriften über die Mitwirkung der einzelnen Richter in den Senaten gebracht (§§ 1 ff.). Für Entscheidungen geringerer Bedeutung

⁷⁵ Das Schrifttum siehe am Ende des Berichtes.

haben Gesetz und Geschäftsordnung darüber hinaus die »kleine Besetzung« geschaffen. Sie besteht aus dem Präsidenten und zwei Berufsrichtern. Sie entscheidet insbes. über Verfassungsbeschwerden, die wegen Fristversäumnis, Rechtskraft oder mangels Rechtswegerschöpfung unzulässig sind (Art. 47 Abs. 5, 52 VerfGHG; § 47 GeschOVerfGH), gegenüber Anordnungen eines beauftragten oder ersuchten Richters (§ 13 GeschOVerfGH), über Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 24 GeschOVerfGH) und in Kosten- und Armenrechtssachen (§§ 25, 48 GeschOVerfGH). Gesetz und Geschäftsordnung haben schließlich die starke Stellung des *Präsidenten* – der immer einer der Präsidenten der drei bayerischen Oberlandesgerichte sein muß (Art. 68 Abs. 2 Buchst. a BV; Art. 6 VerfGHG)^{75a} – zu einem beherrschenden Grundzug der Verfassung des Gerichts werden lassen. »Zu seiner persönlichen Unterstützung und zur Durchführung der Verwaltungsgeschäfte« ist ihm seit der Änderung der Geschäftsordnung vom 15. Juni 1962 ein Generalsekretär aus dem Kreis der berufsrichterlichen Mitglieder des VerfGH beigegeben.

2. Zuständigkeiten und Geschäftsbelastung des VerfGH – Allgemeines

Von der Errichtung des Gerichts (23. Juli 1947) bis Ende 1964 wurden insgesamt 2504 Verfahren anhängig. Davon wurden 758 Verfahren durch Entscheidung erledigt, 1619 Verfahren auf andere Weise (Zurücknahme usw.). 127 Verfahren waren Ende 1964 anhängig⁷⁶. Von den durch Entscheidung erledigten Anträgen waren insgesamt 89 ganz oder teilweise erforderlich.

Die *Zuständigkeiten* des VerfGH sind in Verfassung und Gesetz abschließend aufgezählt. Art. 60 BV, wonach der VerfGH »als oberstes Gericht für staatsrechtliche Fragen besteht«, besitzt nicht den Charakter einer Generalklausel (9, 147 [154]). Die Verfassung faßt in den Art. 61 ff. die Zuständigkeiten des VerfGH teils systemwidrig, teils – über den Gesetzesvorbehalt des Art. 67 BV hinaus – unvollständig zusammen. So erwähnt sie dort ausdrücklich nur die Normenkontrolle auf Richtervorlage (Art. 65, 92 BV). Daneben kennt die Verfassung jedoch noch die Popularklage (Art. 98 Satz 4 BV) und die Meinungsverschiedenheit über den verfassungsverletzenden Charakter eines Gesetzes, die ihrer Natur nach zwischen Organstreit und Normenkontrolle steht (2, 61 [68]). Art. 66 BV faßt die Beschwerde gegen Notstandsanordnungen nach Art. 48 Abs. 3 BV mit der Verfassungsbeschwerde nach Art. 120 BV zusammen, obwohl diese sich nur gegen Einzelakte, jene gegen die generelle Suspension von Grundrechten richtet (7, 83 [85]), der Sache nach also Normenkontrolle ist. Das Gesetz über den VerfGH hat den Mißstand

^{75a} 1947–1953 Friedrich Welsch, OLG München; 1953–1956 Wilhelm Walther, OLG Nürnberg; 1956–1958 Ernst Holzinger, OLG Nürnberg; seit 1959 Sigmund Elsässer, OLG München.

⁷⁶ Auf die Jahre verteilen sich die Anträge wie folgt:

1947/48:	161	1954:	114	1960:	140
1949:	248	1955:	117	1961:	145
1950:	193	1956:	160	1962:	116
1951:	164	1957:	111	1963:	111
1952:	178	1958:	157	1964:	116
1953:	141	1959:	130		

Die Entscheidungen verteilen sich wie folgt (in Klammern die Zahl der in der Amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen):

1947/48:	26	(15)	1965:	35	(15)	1960:	43	(25)
1949:	23	(20)	1955:	33	(15)	1961:	35	(15)
1950:	33	(15)	1956:	32	(15)	1962:	42	(18)
1951:	30	(17)	1957:	31	(18)	1963:	63	(26)
1952:	39	(27)	1958:	40	(18)	1964:	43	(20)
1953:	23	(15)	1959:	33	(18)			

teils behoben, teils vertieft. Der gesetzsbegründeten Kompetenzen des Gerichts (Art. 67 BV) hat es sich nicht ausdrücklich angenommen (Art. 2, Nr. 9, 54 VerfGHG). Sie ergeben sich derzeit im wesentlichen aus dem Gesetz über den Senat^{76a}. Dabei ist die Anklage wegen Mißbrauchs des Senatorenamts entsprechend der Minister- und Abgeordnetenklage (Art. 23 Satz 4 SenG), die Wahlprüfung analog zum Landtagswahlrecht geregelt (Art. 18 SenG). Einsprüche gegen die Führung der Verzeichnisse der wahlberechtigten Organisationen und die Wahlkontrolle des Innenministeriums sind grundsätzlich wie Organstreitigkeiten (Art. 4 Abs. 2 Satz 3, Art. 5 Abs. 2 Satz 6, Art. 8 Abs. 3 Satz 2, Art. 13, 15 Abs. 2 SenG; §§ 60 ff. GeschOVerfGH), soweit sie jedoch die Gültigkeit des Senatsgesetzes angreifen, wie Normenkontrollen zu behandeln (Art. 54 VerfGHG; 8, 11 [13], 69 [71]; 9, 86 [89], 96 [102]).

Die einzelnen Verfahrensarten wurden recht unterschiedlich bedeutsam und entwickelt. Einige Zuständigkeiten des VerfGH wurden nicht aktuell: Anklagen gegen ein Mitglied der Staatsregierung, des Landtags oder des Senats (Art. 61 BV, Art. 23 SenG); Ausschluß von Wählergruppen von Wahlen und Abstimmungen (Art. 15, 62 BV); Beschwerden gegen Notstandsanordnungen (Art. 48 Abs. 3 BV). Zu den übrigen Zuständigkeiten sei im folgenden im einzelnen berichtet.

3. Organstreitigkeiten und Wahlprüfungsverfahren

Der Organstreit (Art. 64 BV) wurde nur einmal erhoben. Der VerfGH sieht ihn durch die Beteiligten, nicht durch den Gegenstand qualifiziert (2, 61 [68]).

Die Nachprüfung von Wahlen zu Landtag und Senat wurde in insgesamt 28 Fällen beantragt (von denen 21 eine untrennbare Einheit bildeten). 25 der Anträge waren erfolgreich. Zum Verfahren darf auf den Bericht über das Landtagswahlrecht verwiesen werden⁷⁷. In Streitigkeiten über die Verzeichnisse der zum Senat wahlberechtigten Organisationen (s. oben 2) wurden 11 Verfahren anhängig, von denen 8 durch Entscheidung erledigt wurden.

4. Die Normenkontrolle

Neben der Richtervorlage kennt die BV drei originelle Arten der Normenkontrolle: den Streit über den verfassungsverletzenden Charakter eines Gesetzes (Art. 75 Abs. 3 BV), die Popularklage gegen grundrechtsverletzende Gesetze (Art. 98 Satz 4 BV) und die – bedeutungslos gebliebene – Beschwerde gegen Notstandsanordnungen (Art. 48 Abs. 3 BV).

a) Die Meinungsverschiedenheit nach Art. 75 Abs. 3 BV

Die »Meinungsverschiedenheit darüber, ob durch ein Gesetz die Verfassung geändert wird oder ob ein Antrag auf eine unzulässige Verfassungsänderung vorliegt« wurde erst durch die Novellen von 1949 (s. oben 1) als besondere Verfahrensart erkannt und dem Verfahren nach den Organstreitigkeiten, der Zuständigkeit nach dem für Normenkontrollen auch sonst kompetenten Berufsrichterssenat zugeteilt (Art. 2 Nr. 8, 3 Abs. 2 Nr. 2, 42 VerfGHG; § 39 GeschOVerfGH; 2, 61). Von sieben seither gestellten Anträgen waren vier ganz oder teilweise erfolgreich. Diese besondere Verfahrensart erlaubt, ein Gesetz schon anzufechten, wenn der Gesetzesbeschluß noch unveröffentlicht ist (2, 61 [69]; 4, 251 [268]). Jedoch muß der VerfGH nicht vor der Verkündung des Gesetzes angerufen werden (2, 181 [199]). Die Meinungsverschiedenheit muß im Rahmen des Gesetzge-

^{76a} Weitere Zuständigkeiten siehe bei *Schweiger, Nawiascky-Seusser-Schweiger-Zacher* aaO, Art. 67, Randn. 3.

⁷⁷ Siehe oben S. 349.

bungsverfahrens aufgetreten sein (2, 181 [198 f.]; 3, 115 [118]; 4, 251 [268]; 7, 86 [91], 99 [102]; 10, 1 [6]). Dabei kommt es auf die Rüge der Verfassungswidrigkeit an. Weder ist legitimiert, wer nur gegen das Gesetz gestimmt hat (2, 181 [198 f.]; 3, 115 [118]; 4, 251 [268]), noch verliert die Legitimation, wer für das verfassungsrechtlich beanstandete Gesetz stimmt (7, 86 [91]). Die im Gesetzgebungsverfahren vorgebrachte Rüge limitiert die Kontrolle auch sachlich. Der Antragsteller kann nur Vorschriften einbeziehen, die mit der beanstandeten Bestimmung eng zusammenhängen (3, 115 [119]; 4, 251 [268]). Als antragsbefugter Teil eines obersten Staatsorgans (Art. 64 BV; Art. 42 VerfGHG) kommt jede Gruppe von Abgeordneten in Betracht, die dem Gesetz wegen seiner Verfassungswidrigkeit widersprochen hat (2, 181 [199 f.]).

b) Die Richtervorlage

Das Institut der Richtervorlage entspricht ebenso Bundes- wie Landesverfassungsrecht (Art. 100 Abs. 1 GG; Art. 92 BV). Der Richter hatte ursprünglich über das Ressortministerium vorzulegen (§ 45 VerfGHG a. F.). Nach Art. 44 VerfGHG n. F. legt er dagegen unmittelbar an den VerfGH vor. Insgesamt wurden bisher 50 Anträge gestellt. Davon führten 11 zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Rechtsnormen. Die Zahl der Anträge ging in den letzten Jahren stark zurück (1960: 2; 1961: 2; 1962: –; 1963: 1; 1964 –).

Vorlageberechtigt ist der gesetzlich zur Entscheidung berufene *Richter* (2, 95), bei Kollegialgerichten also das für die anstehende Entscheidung zuständige Kollegium (4, 194 [199]; Beispielsfälle: 2, 95 [98]; 5, 54 [62]). Ob die vorlegende Behörde ein Gericht ist, muß grundsätzlich nach den allgemeinen Maßstäben der Gerichtsqualität beurteilt werden. Legt ein Gesetz einer Behörde jedoch Gerichtsqualität bei, ohne ihr die verfassungsrechtlich notwendigen Sicherungen zu gewähren, so muß die Behörde für die Vorlage dieser Regelung als Gericht tätig werden können (7, 107 [109 f.]).

Zur Entscheidung kann nur bayerisches *Recht* gestellt werden (6, 57 [61 f.]). Jedoch ist die Vorlage weder auf nachkonstitutionelles Recht⁷⁸ noch auf Gesetze in formellem Sinn beschränkt (4, 63 [69 ff.]). Der VerfGH geht dabei – auf der Grundlage des Art. 92 BV – über den Rahmen hinaus, den das Bundesverfassungsgericht für die Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG gesteckt hat (BVerfGE 1, 184; 2, 124; s. dazu auch VerfGH 5, 103 [111]). Das verstößt zwar nicht gegen Art. 100 GG (BVerfGE 1, 184 [201]; 4, 178 [188 f.]). Doch gibt es dem bayerischen Richter bei gleichlautenden Verfassungsnormen des Grundgesetzes und der BV die Möglichkeit, zwischen der Vorlage an den VerfGH und der Entscheidung in eigener Kompetenz zu wählen. Regulative für diese Wahl wurden nicht entwickelt.

Das Gesetz muß für die Entscheidung des vorlegenden Richters »*einschlägig*« sein (Art. 44 Abs. 1 und 2 VerfGHG). Vorschriften, die keinen eigenen Rechtsgehalt besitzen, sondern nur besagen, was bereits auf Grund anderer Normen Rechtens ist, sind weder »Gesetz« noch können sie »*einschlägig*« sein (11, 60 [66]; 12, 81 [86 f.]). Einschlägig können ferner nur Gesetze sein, die – ungeachtet der Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit – Geltung beanspruchen (2, 95; GVBl. 1954 S. 311). Ist ein Gesetz generell außer Kraft getreten, so kann es aber gleichwohl für den anhängigen Fall noch erheblich sein (3, 109 [112]; 6, 57 [62]; 11, 196 [200]; GVBl. 1954 S. 110 [111]). Wird ein Gesetz während des Vorlageverfahrens mit Wirkung auch für den zu entscheidenden Fall aufgehoben

⁷⁸ Siehe oben S. 326.

ben, so wird der Antrag unzulässig (17, 3). Über die »Einschlägigkeit« entscheidet maßgeblich der vorlegende Richter (4, 194 [201]; 8, 59 [63]; 12, 10 [12]). Ist seine Auffassung nicht offensichtlich unhaltbar, ist der VerfGH daran gebunden (7, 107 [110]; 9, 27 [33]; 11, 60 [63], 196 [200]; 12, 81 [84]; 15, 77 [78]). Der vorlegende Richter muß die Erheblichkeit dartun (14, 116 [119]; 17, 3 [4]; Art. 44 Abs. 2 Satz 2 VerfGHG n. F.). Der VerfGH darf den Antrag des vorlegenden Richters nicht überschreiten und nur Normen prüfen, die dieser für einschlägig hält (5, 41 [50 f.], 103 [116]).

Prüfungsmaßstab sind alle Normen der BV ohne Rücksicht darauf, welche der vorlegende Richter als verletzt bezeichnet (1, 93 [96]; 4, 90 [99]; 5, 54 [62]; 6, 1 [4]). Es ist nicht Sache des VerfGH, Vorschriften auf ihre Übereinstimmung mit anderen übergeordneten Normen und insbesondere untergesetzliches Recht auf seine gesetzliche Ermächtigung und seine Übereinstimmung mit dem Gesetz zu prüfen (1, 93 [96]; 4, 63 [71]; 5, 41 [51]; 8, 59 [66 f.]; 12, 10 [12 f.]; 14, 116 [119]; 16, 76 [79 f.]; GVBl. 1954, 121 [122]). Darin, ob eine Norm am Gesetz oder unmittelbar an der Verfassung zu messen ist, ist auch die Abgrenzung zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle zu suchen (4, 63 [71]; 8, 59 [66])⁷⁹. Der VerfGH hat die Frage der Gesetzmäßigkeitsprüfung mit besonderem Nachdruck in die Darlegungspflicht des vorlegenden Richters einbezogen. Er hat dabei ausdrücklich zwischen der Richtervorlage und der Popularklage unterschieden: Wo vorlegender Richter und VerfGH nebeneinander befaßt sind, teilt sich die Aufgabe in Verfassungskontrolle und Gesetzmäßigkeitskontrolle; wo der Bürger den VerfGH unmittelbar anruft, kann dieser auch die Gesetzmäßigkeit prüfen (8, 59 [66 f.]; 12, 10 [13]).

c) Die Popularklage

Die Popularklage, mit der jedermann die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes geltend machen kann (Art. 98 Satz 4 BV, Art. 53 VerfGHG), ist nach der Verfassungsbeschwerde die meist frequentierte Verfahrensart. Insgesamt gingen bisher 456 Anträge ein (1960: 20; 1961: 12; 1962: 18; 1963: 14; 1964: 21). Davon wurden 243 durch Entscheidung erledigt. In 39 Fällen (letztmals im Jahre 1960) wurde eine Rechtsnorm für verfassungswidrig erklärt.

»Jedermann« ist ohne Rücksicht auf Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, Aufenthalt oder Sitz (1, 64 [68]; 7, 66 [73]) jede natürliche und juristische Person. Auch Gebietskörperschaften (2, 143 [161]; 3, 129 [135]; 5, 1 [3]; 10, 113 [118]; 12, 48 [53]) und Parteien (2, 45) wurden als Kläger angenommen⁸⁰. Eine Gruppe von Landtagsabgeordneten wurde zugelassen, da jeder Abgeordnete für seine Person antragsberechtigt sei (6, 35 [45]). Hier wird deutlich, daß die Popularklage nicht nur die Verfassungsbeschwerde zur Normenkontrolle hin, sondern auch den Organstreit in Richtung auf die abstrakte Normenkontrolle ergänzt. Auf die persönliche Betroffenheit oder Beschwer des Antragstellers kann es nicht ankommen (5, 85 [94], 196 [200]; 7, 66 [73, 75])⁸¹. Nur bei nichtrechtsfähigen Vereinen kommt es darauf an, ob ihnen konkret ein Recht zustehen kann, (§ 61 Nr. 2 VwGO i. V. m. § 26 GeschOVerfGH; 18, 51 [55]).

Gegenstand der Prüfung sind »Gesetze und Verordnungen« (Art. 98 Satz 4 BV), das

⁷⁹ Die Möglichkeit einer Verweisung zwischen beiden Arten der Normenkontrolle ist offengelassen: 5, 148 (153 f.); 6, 21 (25).

⁸⁰ Weitere Beispielfälle: 4, 51 (53) – Interessenverband e. V.; 6, 78 (86) – Bundesbahn; 11, 81 (83) – GmbH.

⁸¹ Deshalb wäre es auch falsch, materiell nur die Auswirkungen der Norm auf den Antragsteller zu berücksichtigen (5, 196 [200 f.]).

sind – von der Rechtsschutzfunktion her definiert – alle Rechtsnormen, durch die ein Grundrecht verfassungswidrig eingeschränkt werden kann (4, 181 [189]), also Gesetze im materiellen, nicht nur im formellen Sinn (2, 1 [3]), ohne daß es auf die erlassende Stelle ankommen könnte (4, 181 [189]; 8 38 [43], 91 [101]; Art. 53 Abs. 1 Satz 2 VerfGHG: »alle Rechtsvorschriften des bayerischen Landesrechts.«). Neben formellen Gesetzen prüft so der VerfGH einerseits die Verfassung selbst (2, 45; 3, 28; 4, 51 [58 ff.]), andererseits Rechtsverordnungen (2, 1 [3]; st. Rsp.) und Satzungen (4, 150 [165 f.], 181 [189]; 6, 21 [25 f.]; st. Rsp.) sowie parlamentarische Geschäftsordnungen (8, 91 [101]). Auch vorkonstitutionelles Recht wird geprüft (2, 115 [122]), wenn es noch galt, als die BV in Kraft trat (4, 1 [6], 109 [127, 139]). Zur Prüfung gestellte Gesetze müssen verkündet sein (2, 61 [69]). Vorschriften, die außer Kraft getreten sind, können noch überprüft werden, wenn ein Interesse daran besteht, insbesondere, wenn sie noch auf alte Fälle angewendet werden könnten (5, 85 [94], 167 [189]; st. Rsp.). Geänderte Gesetze werden grundsätzlich in der Fassung geprüft, die z. Z. der Entscheidung gilt (6, 107 [114]); Nachfolgevorschriften können zusammen mit dem ursprünglichen Antragsgegenstand geprüft werden (5, 85 [94]; 17, 61 [65]). Was aber nicht unmittelbar und allgemein gilt und nicht imstande ist, ein Grundrecht zu beeinträchtigen, kann nicht Gegenstand der Popularklage sein: so nicht schlichte Landtagsbeschlüsse (4, 109 [126]; 14, 71 [74, 76]), Verwaltungsanordnungen – bei deren Abgrenzung der VerfGH nicht immer glücklich war, aber wertvolles Material sammelte (5, 243 [266]; 6, 21 [25 f.], 35 [55]; 7, 5, 10, 31 [40], 76 [79 f.], 86 [93 ff.]; 11, 53 [56], 203 [207 ff.]; 13, 27 [29], 32 [41 ff.]; 14, 71 [76]; 16, 18 [25], 55 [63]) –, privatrechtliche Geschäftsbedingungen (9, 114; 16, 112) und Statuten (15, 22 [25]), wenn auch von Trägern öffentlicher Aufgaben.

Maßstab der Prüfung sind die Grundrechte der BV (Art. 98 Satz 4 BV; 1, 64 [69]). Das gilt auch, soweit Grundrechte als überpositives Recht gegenüber der Verfassung in Anspruch genommen werden sollen (2, 45 [47]; 3, 28 [47 ff.]; 4, 51 [58 ff.]; 9, 1 [10 f.]; 11, 127; 17, 94 [96]). Der Widerspruch zu *anderen Normen* als den Grundrechten der BV legitimiert jedenfalls nicht zum Antrag. Die Praxis des VerfGH hat die Summe anderer Maßstäbe jedoch im wesentlichen in *drei Gruppen* geteilt. Die *erste* Gruppe besteht aus den Normen der BV, die nicht Grundrechte sind. In ständiger, in fast allen Popularklageentscheidungen wiederkehrender Rechtsprechung (seit 1, 81 [85]) nimmt der VerfGH unter Berufung auf eine Analogie aus Art. 53 Abs. 2 VerfGHG an, er könne eine Rechtsnorm, die zulässig zum Gegenstand einer Popularklage gemacht sei, an jeder Norm der BV messen. Die *zweite* Gruppe bilden die Normen, die der VerfGH weder für die Hauptsachentscheidung noch inzidenter zur Prüfung heranzieht. Es sind das vor allem Normen höheren Ranges: Besatzungsrecht (3, 28 [49]; 4, 30 [34]), das Grundgesetz (3, 15 [22]; 4, 30 [34], 109 [125 f.]; zur Parallelität bei übereinstimmenden Grundrechten s. a. 18, 51 [55]), sonstiges Bundesrecht (4, 30 [34], 109 [125 f.]) und die den Rang des Bundesrechts teilende Menschenrechtskonvention (16, 32 [36]). Mangels Verbindlichkeit gehört dazu auch die Menschenrechtsproklamation der Vereinten Nationen (16, 32 [36]). Die *dritte* Gruppe von Maßstäben außerhalb der Grundrechtsordnung zieht der VerfGH zur Inzidententscheidung heran (1, 64 [69]). Dazu gehört Recht, das die Gültigkeit der angefochtenen Norm vor dem Inkrafttreten der BV beeinflusst haben kann (1, 81 [85 f.]; 9, 158 [167 ff.]). Dazu gehörten zunächst auch die gesetzlichen Bedingungen der Gültigkeit eines untergesetzlichen Rechtssatzes (2, 143 [164]; st. Rsp.). Hierin hat sich jedoch nach und nach ein Wandel vollzogen. Einerseits gehört zu den Normen der BV, die der VerfGH

über die Grundrechte hinaus im Popularklageverfahren anwendet, vor allen anderen das Rechtsstaatsprinzip (2, 1 [4]; st. Rsp.). Auf der anderen Seite hat die Rechtsprechung in materieller Hinsicht das Bedürfnis untergesetzlicher Rechtssätze nach Ermächtigung und Gesetzmäßigkeit mehr und mehr im Rechtsstaatprinzip verankert. Und so wuchs die Prüfung der Gesetzmäßigkeit untergesetzlicher Rechtssätze in den Funktionsbereich der Popularklage, wie ihn der VerfGH versteht, hinein (9, 131 [135]); 10, 87 [95]). Der VerfGH hat damit Antrag und Antragsbefugnis im Popularklageverfahren zu einer bloßen Initiative herabgewürdigt, die ihm eine umfassende Prüfung der angegriffenen Norm an der BV und an ihren sonstigen unter der BV stehenden Geltungsbedingungen erlaubt, jedoch nur im Grundrechtsbereich gebietet. Dies ist um so bedenklicher, als die Praxis des VerfGH, über die Grundrechtswahrung hinauszugehen, weithin zufällig wirkt. Dadurch werden die Antragsteller auch verleitet, ihr Glück in aussichtslosen Grundrechtsrügen zu suchen, die dem VerfGH dann die Prüfung an anderen, einschlägigen Normen des Verfassungsrechts ermöglichen. Der VerfGH hat zwar ausgesprochen, daß Grundrechte nicht nur als Vorwand bezeichnet werden dürfen, um die Nachprüfung der Norm an nur objektivem Recht zu erreichen (16, 55 [60 f.]). Jedoch ging er oft über fadenscheinige Grundrechtsberufungen zur Prüfung am objektiven Recht über.

Dem ersten Blick stellt sich die Popularklage als ein Instrument dar, die Ungültigkeit einer Norm klarzustellen. Der VerfGH verneinte daher zunächst, daß damit auch die Unvollständigkeit einer Norm gerügt werden könne (5, 167 [188]). Jedoch erwiesen sich dabei gleichheitswidrige Vorenthaltungen als Problem (zuletzt 17, 107 [113]; 18, 43 [48 f.]). Ihretwegen leistungsgewährende Gesetze für voll ungültig zu erklären, scheint die Begünstigten unzulässig zu belasten. Der VerfGH hält deshalb nunmehr auch die bloße Feststellung für möglich, daß ein Gesetz Tatbestände verfassungswidrig nicht berücksichtigt (11, 204 [213 f.]; 13, 89 [95 f.]; 15, 80 [82]; 16, 18 [25]). Dementsprechend läßt er auch den Antrag auf Feststellung verfassungswidrigen *Unterlassens* zu (12, 21 [27]; 14, 31 [40]; 16, 18 [25]; 17, 5 [9], 74 [79], 107 [113]).

d) Gemeinsamkeiten der Normenkontrollverfahren

Zu einem wichtigen Element der Normenkontrolle wurde die *verfassungskonforme Auslegung* (4, 30 [44]; st. Rsp.)⁸². Zu Recht davon ausgehend, daß die Interpretation der zu prüfenden Normen den Rahmen übergeordneten Rechts berücksichtigen muß, in dem sie stehen (5, 41 [53]; 7, 40 [46]), hält es der VerfGH für unmöglich, eine Norm für verfassungswidrig zu erklären, solange sie verfassungskonform ausgelegt werden kann (10, 113 [124]; 17, 30 [31]). Dafür soll andererseits die verfassungskonforme Auslegung an der Bindungswirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung (Art. 20 VerfGHG) teilhaben (5, 19 [29]; 7, 40 [49]; 10, 113 [125]). Doch bedarf es zur verbindlichen verfassungskonformen Auslegung offenbar eines besonderen Anlasses. Grundsätzlich berührt die Möglichkeit unrichtiger oder gar mißbräuchlicher Auslegung und Anwendung eines Gesetzes seine Verfassungsmäßigkeit nicht (4, 150 [167]; 11, 146 [158]; 12, 91 [105], 131 [139]; 13, 127 [132]; 15, 29 [37], 92 [102]; 17, 46 [54]).

In der potentiellen Usurpation legislativer Funktionen mit der verfassungskonformen Auslegung verwandt ist die Feststellung der nur *teilweisen* Nichtigkeit eines Gesetzes. Sie setzt voraus, daß der für nichtig zu erklärende Teil des Gesetzes klar ausscheidbar

⁸² Herzog, Neue Wege der Normenkontrolle? BayVBl. n. F. 5. Jhg. 1959 S. 276 ff.

und der Wille des Gesetzgebers auf Aufrechterhaltung des übrigen Normbestandes erkennbar ist (8, 117 [123]; 10, 76 [86]).

Wird ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt, so wird es dadurch nicht erst vernichtet, vielmehr wird seine Ungültigkeit nur festgestellt (1, 64 [80]; 2, 72 [82]).

5. Die Verfassungsbeschwerde⁸³

Die Verfassungsbeschwerde nach Art. 120 BV hat den VerfGH mit Abstand vor allen anderen Verfahrensarten beschäftigt. Bisher wurden 1950 Verfassungsbeschwerden erhoben (1960: 93; 1961: 130; 1962: 98; 1963: 96; 1964: 95). Von diesen Anträgen wurden 418 durch Entscheidung des zuständigen Senats erledigt. Nur in 10 Fällen hatten Verfassungsbeschwerden ganz oder teilweise Erfolg. Die Verfassungsbeschwerden, die nicht durch Senatsentscheidung erledigt wurden, wurden zum Teil auf richterliche Rechtsbelehrung hin zurückgenommen. In anderen Fällen wurden die Aussichten der Beschwerde im Armenrechtsverfahren deutlich. Erfordert es nämlich die Sach- und Rechtslage, so kann der Präsident einem Beschwerdeführer auftragen, einen Bevollmächtigten zu bestellen (§ 48 Abs. 1 GeschOVerfGH). Erscheint eine Beschwerde unbegründet oder unzulässig, so kann die »kleine Besetzung« dem Beschwerdeführer aufgeben, einen Kostenvorschuß zu leisten (Art. 22 Abs. 1 VerfGHG, § 25 GeschOVerfGH). In beiden Fällen entscheidet über ein hierauf gestelltes Armenrechtsgesuch die »kleine Besetzung« (§§ 25, 48 Abs. 2 GeschOVerfGH)⁸⁴.

Die fast begriffsjuristische Mitte der Rechtsprechung über das Wesen der Verfassungsbeschwerde ist: die Verfassungsbeschwerde ist kein zusätzlicher prozessualer Behelf zu anderen Verfahrensordnungen hinzu und über sie hinaus, vielmehr das spezifische Rechtsschutzmittel der Verfassung, letztlich ein Grundrecht (1, 101 (106 ff.); 2, 9 [13]; 3, 65 [67], 67 [79], 95 [107]; 5, 30 [38], 273 [277]; 11, 11 [15]; 12, 165; 14, 1 [2]; 15, 1). Weil Art. 120 BV ein Grundrecht gewährt, besteht die Verfassungsbeschwerde des Landesrechts schon nach Art. 142 BV und nicht erst nach § 90 Abs. 3 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht fort (11, 11 [14 ff.], 90 [94]). Wegen des Eigenlebens selbst gleichlautender Grundrechte des Grundgesetzes und der BV unterscheiden sich die Verfassungsbeschwerden jeweils des Bundes- und des Landesrechts auch nach dem Streitgegenstand (11, 11 [14 ff.], 90 [94]; 12, 64 [68 f.]). Somit steht selbst eine ablehnende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einer parallelen Beschwerde zum VerfGH nicht entgegen (11, 11 [14 ff.]; 12, 64 [68 f.]). Da aus prozessualen Gründen die bayerische Verfassungsbeschwerde mit größerer Wahrscheinlichkeit zur Sachentscheidung führt als die Beschwerde des Bundesrechts, nimmt diese ihr auch nicht das Rechtsschutzinteresse (11, 90 [97 f.]).

Beschwerdeberechtigt ist jeder »Bewohner Bayerns« (Art. 120 BV). Auf die Staatsangehörigkeit kommt es nicht an (9, 21 [23]; 10, 63 [65]). Entscheidend ist die dauerhafte örtliche Beziehung zum Staatsgebiet (14, 1). Der Beschwerdeführer muß also in Bayern wohnen »oder sonst in bestimmten Rechtsbeziehungen zum Freistaat Bayern« stehen (7, 66 [73]). So ist »Bewohner Bayerns« auch, wer sich in Bayern nur aufhält, weil er durch Haft dazu gezwungen ist (9, 21 [23 f.]). Obwohl nach dieser Interpretation die Verfassungsbeschwerde auch allen Deutschen zusteht, welche die räumliche Beziehung

⁸³ Siehe außer den Hinweisen am Ende des Berichts insbes. Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963. Siehe ferner *Poble*, Verfassungsbeschwerde und Zivilprozeß in Bayern, Festgabe für Rosenberg, 1949, S. 145 ff.

⁸⁴ Armenrechtsbeschlüsse: 1961: 27; 1962: 22; 1963: 20; 1964: 7.

zu Bayern teilen, glaubt der VerfGH, es Art. 33 Abs. 1 GG schuldig zu sein, das Beschwerderecht darüber hinaus undifferenziert *allen* Deutschen (Art. 116 GG) einräumen zu müssen (9, 21 [23]; 14, 1 [2]; 15, 1). Dazwischen wurde er freilich rückfällig, indem er den Bewohnern Lindaus die Verfassungsbeschwerde erst von dem Zeitpunkt an zugestand, zu dem bayerisches Recht wieder unbeschränkt in Lindau galt (10, 57 [60]).

Wer in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, kann die Verfassungsbeschwerde erheben, wenn er wenigstens für ihren Gegenstand geschäftsfähig ist (9, 147 [152]). Wer wegen querulatorischer Veranlagung entmündigt ist, kann aber keinesfalls mehr gegen gerichtliche Entscheidungen vorgehen (16, 137 [139]).

Während die Popularklage nur Grundrechte schützt, schützt die Verfassungsbeschwerde jedes *verfassungsmäßige Recht*. Das sind subjektive Rechte, wenn der Rechtssatz, aus dem sie herzuleiten sind, in der Verfassung selbst enthalten ist (1, 23 [24]; st. Rsp.). Bloße Programmsätze und institutionelle Garantien, die nicht zugleich subjektiv berechtigen, sind keine »verfassungsmäßigen Rechte« (12, 171 [174]). Rechte aus einfachen Gesetzen (3, 2) des Landesrechts oder des Bundesrechts (10, 11 [14 f.]), aus dem Grundgesetz (3, 53 [65]), aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (8, 74; 12, 64 [71]; 14, 49 [52]) oder auch aus transformiertem Völkerrecht (Art. 84 BV; 1, 53 [57]; 8, 74 [78]; 12, 64 [71]) sind nicht bayerisches Verfassungsrecht und somit keine verfassungsmäßigen Rechte im Sinne des Art. 120 BV. Der Menschenrechtsdeklaration der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948 fehlt ohnedies die notwendige Verbindlichkeit (14, 49 [52]; 15, 49 [51]).

Im Gegensatz zur Popularklage muß bei der Verfassungsbeschwerde ferner dem Beschwerdeführer das Recht, das er geltend macht, zustehen (9, 147 [157]). Dem entspricht, daß er ein *Rechtsschutzbedürfnis* haben muß (12, 73 [78 ff.]). Die Rechtsprechung hierzu ist nicht ohne Unstimmigkeiten. Teils stellt der VerfGH auf die Fortdauer der realen Beschwer bis zur Entscheidung ab (10, 63 [68]; 12, 73 [78]; 15, 41 [43]) und droht dem, der bei ihrem Fortfall nicht die Hauptsache für erledigt erklärt, die Kostenpflicht an (15, 41). Teils dagegen verlangt er nicht die Fortdauer der Beschwer sondern nur des Interesses an der Feststellung der Verfassungswidrigkeit (3, 53 [60], 67 [79]). Die Verfassungsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen soll von der Möglichkeit tatsächlicher Abhilfe vollends unabhängig sein (1, 101 [108]; 2, 9 [13 f.]; 3, 4 [7], 95 [107 f.]; 11, 90 [96 f.]; 14, 49 [53]; Verfassungsbeschwerde gegen einen aufgehobenen Haftbefehl: 3, 10 [12 f.]). So droht die Zone des subjektiven Schutzes in Richtung auf eine objektive Garantiefunktion verlassen zu werden (11, 90 [97]).

Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist das das verfassungsmäßige Recht verletzende *Handeln* einer *Behörde*. Handlungs- und Behördenbegriff entsprechen sich eng. Der obrigkeitliche Charakter, die daraus fließende Fähigkeit, Grundrechte unmittelbar zu verletzen, und die Unterworfenheit unter die BV sind beiden wesentlich. Behörde ist »jede selbständige staatliche Amtsstelle, die Akte der Verwaltung oder der Rechtsanwendung vornimmt und damit in den verfassungsmäßig geschützten Rechtskreis eines anderen eingreift« (1, 38 [40]; 3, 95 [103]; 10, 11 [12 f.], 20 [23]; 12, 119 [122]). Dementsprechend setzt die Verfassungsbeschwerde ein behördliches Handeln voraus, durch das der Beschwerdeführer in seinen verfassungsmäßigen Rechten verletzt sein kann (1, 26 [28]). Gesetzgeber und Gesetz scheiden aus (18, 37 [38]). Ihnen gegenüber ist die Normenkontrolle – insbesondere die Popularklage – die speziellere Kontrolle. Handelt der Landtag aber nicht als Gesetzgeber, kann er »Behörde« sein (1, 38 [40 f.]; 12, 119 [122]), z. B. wenn

er mit einer Petition angegangen wird (10, 20 [22 ff.])⁸⁵. Gerichte und gerichtsähnliche Stellen (2, 85 [87]; 3, 4 [5], 10 [13], 95 [103]; 5, 30 [38]) sind Behörden. Ihre Entscheidungen können mit der Verfassungsbeschwerde angefochten werden. Verwaltungsbehörden können verfassungsmäßige Rechte nicht nur durch Verwaltungsakte beeinträchtigen (16, 67 [70]). Handeln sie jedoch privatrechtlich, so meint der VerfGH, können sie nicht unmittelbar verfassungsmäßige Rechte verletzen (13, 80 [83 ff.], 101 [105 ff.]). Erst wenn das dagegen angerufene Gericht verfassungsmäßige Rechte verkenne, seien diese verletzt (13, 80 [85]). Erst recht scheidet danach die Verfassungsbeschwerde gegen Gewerkschaften und Betriebsräte aus (2, 98 [99]). Dabei wird zwar gelegentlich die Drittwirkung von Grundrechten angesprochen (8, 74 [78]). Das Problem des grundrechtsverletzenden Mißbrauchs privatrechtlicher Mittel in behördlicher Hand wird jedoch nicht gesehen.

Die Verfassungsbeschwerde kann sich auch gegen behördliches Unterlassen richten (Art. 47 Abs. 1 Satz 1 VerfGHG), wenn eine verfassungsmäßige Handlungspflicht die Untätigkeit rechtlich greifbar macht (1, 26 [28]; 9, 123 [126]; 18, 9).

Die behördliche Maßnahme muß das verfassungsmäßige Recht *unmittelbar* berühren (13, 52 [58]; 14, 43 [44]; 16, 67 [70 f.]). Sie muß in sich abgeschlossen sein (13, 75 [77]) und die Rechtsverletzung selbst enthalten (12, 119 [122]). Das ist nicht der Fall bei Landtagsbeschlüssen über den Haushaltsvollzug (12, 119 [122 ff.]), bei Anweisungen über die Gestaltung von Dienstverträgen (13, 52 [59 ff.]) oder reinen Rechtsbelehrungen (13, 52 [61]). Bei Zwischenentscheidungen in gerichtlichen Verfahren (s. dazu auch 9, 123 [126]) kommt es entscheidend darauf an, ob durch den Eingriff in ein verfassungsmäßiges Recht ein bleibender Nachteil droht (13, 75 [77 f.]; 15, 41 [44]; 16, 67 [70 f.]; 17, 45 [46]). Andernfalls muß die endgültige Entscheidung abgewartet und das Recht ihr gegenüber gesucht werden (13, 75 [78]). So hat sich der VerfGH geweigert, Verfügungen über die Einleitung eines Dienststrafverfahrens und die vorläufige Dienstenthebung vor dem Abschluß des Dienststrafverfahrens zu überprüfen (13, 75 [78 ff.], 96). Dagegen hat er die Verfassungsbeschwerde gegen einen strafgerichtlichen Eröffnungsbeschuß angenommen (15, 41).

Der Gesetzgeber hat der Verfassungsbeschwerde den *Rechtsweg* vorgeschaltet (Art. 47 Abs. 2 VerfGHG). Obwohl die Verfassung diesen Vorbehalt nicht kennt, wurde er als verfassungsmäßig gebilligt (4, 287; 6, 27 [34 f.]). Die Klausel unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen Gerichtszweigen, bezieht sich vor allem also auch auf den Verwaltungsrechtsweg (1, 16). Den Rechtsweg erschöpfen heißt, alle im konkreten Fall zugängigen Instanzen durchlaufen (2, 93; 5, 30 [35]). Daß alle nur denkbaren Gesichtspunkte geltend gemacht wurden, ist jedoch nicht nötig (1, 38 [48]). Wer einen Prozeßvergleich schließt (8, 51) oder anerkennt (16, 140) hat aber den Rechtsweg nicht erschöpft; desgleichen nicht, wer ein Versäumnisurteil unangefochten läßt (18, 16). Im einzelnen wurde als gebotener Rechtsweg angesehen: das Klageerzwingungsverfahren (2, 85 [88], 93; 9, 147 [153]), das Privatklageverfahren (2, 85 [88 f.]) und die Anrufung der Kammer nach § 140 ZPO (14, 47 [48]). Nicht dagegen sah der VerfGH einen Rechtsweg in folgenden Behelfen: Antrag auf Abänderung einer abänderbaren gerichtlichen Entscheidung (4, 21 [27]), Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens (5, 30 [35], 37), Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zum Bundesverwaltungsgericht (8, 52; 10, 48), Verwaltungsbeschwerde (10, 63 [66]), Petition zum Landtag (7, 1 [2])

⁸⁵ Wegen der Aufhebung der Immunität s. die widersprechenden Entscheidungen 1, 38 (40 f.) und 5, 216 (219 f.).

und Geltendmachung von Schadenersatz (5, 277 [278])⁸⁶. Unmittelbar angenommen hat der VerfGH Verfassungsbeschwerden z. B. gegen reines Tathandeln einer Behörde (5, 277 [278] – Zwangsräumung –; 9, 147 [153]), gegen richterliches Unterlassen (9, 123 [126]) und gegen eine Petitionsentscheidung des Landtags (10, 20 [25]). Ist ernstlich zweifelhaft, ob ein Rechtsweg gegeben ist, so wird der Beschwerdeführer nicht darauf verwiesen (10, 6 [7 ff.], 63 [66]; 13, 80 [87]; 16, 67 [72 ff.], 141; s. a. 1, 26 [28]; 5, 273 [275 f.]). Die Verweisung auf den Rechtsweg kann ferner unzulässig sein, wenn ein Armenrechtsgesuch wegen Erfolglosigkeit abgelehnt wurde (6, 27 [35]). Ob die Rechtsbehelfe, die das Gesetz ihm einräumt, zu verfassungsrechtlich korrekten »Gerichten« führen, braucht der Beschwerdeführer nicht zu prüfen. Hält er sich an das Gesetz, so kann ihm daraus kein Nachteil entstehen (5, 273 [275 f.]). Schließlich genügt es, wenn der Rechtsweg bis zur Entscheidung des VerfGH erschöpft ist (3, 84 [86]; s. a. § 47 GeschO VerfGH).

Ist kein Rechtsweg gegeben, richtet sich die Verfassungsbeschwerde aber gegen das Handeln einer einem Staatsministerium untergeordneten Behörde, so verlangt das Gesetz von dem Beschwerdeführer, daß er bei dem zuständigen Staatsministerium um Abhilfe nachsucht. Der früher als Sollvorschrift gefaßte Vorbehalt (§ 48 Abs. 2 VerfGHG a. F.) ist nunmehr obligatorisch (Art. 47 Abs. 3 VerfGHG n. F.). Gegenüber gerichtlichen Entscheidungen kommt er jedoch nicht in Betracht (3, 4 [6]; 4, 21 [27]; 9, 123 [126]; 10, 6 [9]; s. a. 5, 277 [278]).

Auch die Regelung der *Frist* wurde reformiert (§ 48 Abs. 4 VerfGHG a. F.; Art. 47 Abs. 3 und 4 VerfGHG n. F.). Ihr vordem sehr enger Anwendungsbereich (1, 50 [51]; 11, 187 [189], 190 [193]; 12, 64 [69]; 15, 1) wurde ausgeweitet, so daß die Verfassungsbeschwerde nun fast in jedem Falle einer Frist unterliegt (einen Ausnahmefall – Verfassungsbeschwerde gegen Prozeßverschleppung – s. in 18, 9 [11]). Auch wurde der Fristbeginn präzisiert, der vordem immer wieder Schwierigkeiten bereitete (5, 30 [36 f.]; 7, 1 [2]; 10, 5 [5 f.], 57 [61]). Ein unzulässiges Rechtsmittel setzt keine neue Frist in Lauf; Ungewißheit über die Zulässigkeit geht jedoch nicht zu Lasten des Beschwerdeführers (17, 29 [30]). Wendet sich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ein Beschwerdeführer zunächst erfolglos gegen die Nichtzulassung der Revision zum Bundesverwaltungsgericht, ehe er Verfassungsbeschwerde erhebt, läuft die Frist von der Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde an (10, 48). Ergeht ein ministerieller Abhilfebescheid, nachdem die Erfolglosigkeit des Abhilfesuches bereits wegen Fristablaufs fingiert ist (Art. 47 Abs. 3 VerfGHG), so läuft die Frist von dem Abhilfebescheid an (10, 6 [10]). Gegen die Versäumnis der Frist ist Wiedereinsetzung möglich (§ 24 GeschOVerfGH; 7, 1 [2]; 16, 67 [75]). Soweit keine Frist vorgesehen ist, kann das Recht der Verfassungsbeschwerde dennoch verwirkt werden (11, 190 [193]; 15, 1 [2]).

Wegen des vielfältig komplementären Verhältnisses der Verfassung zum Gesetz und der verfahrensrechtlich subsidiären Natur der Verfassungsbeschwerde steht diese von vornherein in einem Spannungsverhältnis zu der Aufgabe der kontrollierten Behörden, die grundrechtsverwirklichenden und -begrenzenden Gesetze auszulegen und anzuwenden. Der VerfGH bemüht sich, sich von der schlichten Auslegung und Anwendung der Gesetze fernzuhalten und auf die Wahrung der verfassungsmäßigen Rechte zu konzentrieren. Jedoch muß die Auslegung die gebotene Rücksicht auf die Verfassung nehmen, vor allem der »Ausstrahlungswirkung« der Grundrechte Rechnung tragen. Die Anwen-

⁸⁶ Die differenzierende Rechtsprechung zu § 458 StPO ist heute wohl weitgehend überholt: 5, 30 (35); 9, 21 (24 f.); 10, 63 (66).

dung der Gesetze hat insbesondere die verfahrensrechtlichen Garantien der Verfassung zu respektieren. Eine willkürliche, von sachfremden Erwägungen beherrschte Auslegung steht außerhalb des Rechts. Der VerfGH kann sie auch überprüfen, wenn sie sich auf Bundesrecht bezieht; denn eine mißbräuchliche Berufung auf Bundesrecht ist durch dieses nicht mehr gedeckt (s. zu allem Vorigen: 3, 53 [60], 65 [67], 95 [106 f.]; 4, 212 [219]; 5, 30 [37 f.], 273 [277]; 7, 1 [3 f.], 66 [67 f.]; 10, 57 [63]; 12, 64 [70 f.], 127 [128], 165 [165 f.]; 13, 147 [149]; 14, 1 [2], 49 [53]; 15, 107 [112]; 16, 142 [143 f.]; 18, 9 [12]).

Damit verwandt ist der Konflikt mit dem gerichtlichen Verfahrensrecht, der die Praxis der Verfassungsbeschwerde um so mehr beherrschen mußte, als die Rechtswege ausgebaut und bundesrechtlich geregelt wurden. Der VerfGH glaubt zwar stets, das Problem durch den Hinweis auf den grundrechtlichen und nicht prozessualen, rechtsmittelähnlichen Charakter der Verfassungsbeschwerde entschärfen zu können. Dennoch ging er zunächst davon aus, daß seine Entscheidung auch gegenüber gerichtlichen Entscheidungen reale Bedeutung habe (1, 101 [106 ff.]; 3, 95 [107 f.]; 4, 21 [28]; s. aber 2, 9 [13 f.]). Unter dem Grundgesetz verzichtet der VerfGH darauf, seinen Entscheidungen gegenüber gerichtlichen Entscheidungen, die in einem bundesrechtlich geregelten Verfahren ergehen, rechtliche Bedeutung beizulegen (3, 4 [6 f.]; 11, 90 [96]; 12, 64 [68 f.]; 14, 49 [53]). Er begnügt sich damit, die Verfassungswidrigkeit einer Entscheidung festzustellen, und hält auch das Interesse des Beschwerdeführers an dieser Feststellung für ausreichend, um das Rechtsschutzbedürfnis zu bejahen. In ständiger Rechtsprechung hält er deshalb die Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen auch dann für zulässig, wenn das gerichtliche Verfahren bundesrechtlich geregelt ist (z. B. 11, 90 [94 ff.], 190 [194]; 12, 64 [68]; 14, 49 [52 ff.]; 17, 59). In welche Schwierigkeiten er sich und die beteiligten Behörden dadurch bringt, beweist am besten die Annahme der Verfassungsbeschwerde gegenüber einem strafgerichtlichen Eröffnungsbeschluß (15, 41). Ohne den Eröffnungsbeschluß zu beseitigen, würde eine stattgebende Entscheidung des VerfGH auf dem weiteren Strafverfahren lasten. Eine praktische Wirkung der Verfassungsbeschwerde gegenüber Strafurteilen besteht freilich darin, daß – soweit das im Hinblick auf die geringe Zahl stattgebender Entscheidungen beobachtet werden kann – die Gnadenbehörden erfolgreiche Verfassungsbeschwerden berücksichtigen.

6. Zum verfassungsgerichtlichen Verfahren

Ergänzend ist noch auf einige besondere Probleme des verfassungsgerichtlichen Verfahrens hinzuweisen. Weder Gesetz noch Geschäftsordnung nehmen ausdrücklich zur Möglichkeit *einstweiliger Anordnungen* Stellung. Der VerfGH hielt dennoch bereits in seiner ersten amtlich veröffentlichten Entscheidung einstweilige Anordnungen für zulässig, wenn sie die Endentscheidung nicht vorwegnehmen (1, 1 [15]). So könne im Wahlprüfungsverfahren das einstweilige Einrücken eines Ersatzmannes angeordnet werden (ebd.). Später rechtfertigte er die einstweilige Anordnung im Verfassungsbeschwerdeverfahren über § 26 GeschOVerfGH aus dem Verwaltungsprozeßrecht (4, 21 [25]). Voraussetzung sei, daß die Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg habe (S. 28, 30). Für das Normenkontrollverfahren wandte der VerfGH vermittle § 26 GeschOVerfGH zunächst § 940 ZPO (8, 33 [34]; 10, 54 [55]), später § 123 VwGO (15, 80 [81]; 16, 53 [54]) entsprechend an. Er hält aber besondere Zurückhaltung für geboten (st. Rspr.). Eine einstweilige Anordnung setze voraus, daß vom Vollzug der Norm ein wesentlicher Nachteil drohe (8, 33). Wirtschaftliche Nachteile einzelner reichten regelmäßig nicht aus (18, 50). Vielmehr müsse

das öffentliche Interesse die Aussetzung des Vollzugs gebieten (10, 54 [55]). Der Antrag zur Hauptsache dürfe nicht offenbar unzulässig sein (15, 80 [81]). In der Regel müsse davon ausgegangen werden, daß die Erfolgsaussichten noch nicht geprüft werden könnten. Dann seien die Folgen einer einstweiligen Anordnung bei normerhaltendem Endergebnis und des weiteren Vollzugs der Norm bei schließlicher Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit hypothetisch einander gegenüberzustellen und abzuwägen (10, 54; 15, 80 [81]; 16, 53). Immer könne der Vollzug einer Norm nur allgemein, nicht auch gegenüber einzelnen ausgesetzt werden (18, 50).

Zum *Rechtskraft*problem unterscheidet der VerfGH zunächst zwischen Rechtskraft und Bindungswirkung. Die Bindungswirkung nach Art. 20 VerfGHG richte sich nicht an den VerfGH (5, 166 [183 f.]). Rechtskraft, die auch den VerfGH binde, sei daneben möglich, wo dieser – wie im Verfassungsbeschwerdeverfahren – über einen Sachverhalt entscheidet. Bei rechtskräftig entschiedener Sache sei ein neuer Antrag möglich, wenn sich die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung geändert hätten (1, 93 [99]; s. a. die ausdrückliche Regelung des Art. 52 Satz 1 VerfGHG). Bei Normenkontrollentscheidungen könne dagegen nicht von Rechtskraft gesprochen werden, weil nicht über einen Sachverhalt entschieden, sondern höhere und niedere Normen aneinander gemessen würden (5, 166 [183 f.]; 16, 147 [149]). Die Regeln der Bestandskraft müßten hier aus der Natur der Sache entwickelt werden. Werde eine Norm für ungültig erklärt, so könne diese Entscheidung keinesfalls mehr abgeändert werden (5, 166 [184]). Erkenne das Gericht auf die Gültigkeit einer Norm, so müsse es dabei grundsätzlich ebenfalls sein Bewenden haben (5, 166 [184], 204 [210 f.], 297 [299 f.]; 15, 29 [34]; 16, 147 [149]). Eine Ausnahme wollte der VerfGH zunächst nur bei einem grundlegenden Wandel der Lebensverhältnisse oder der allgemeinen Rechtsauffassung machen (5, 166 [184], 204 [210 f.]; 11, 127 [140]; 15, 29 [34]; 16, 147 [149 f.]). Zunächst nur beiläufig (5, 297 [299 f.]; 8, 59 [63], 80 [84]), später jedoch programmatisch ging der VerfGH jedoch dazu über, neue Anträge auch schon dann zu prüfen, wenn sie nur neue rechtliche Gesichtspunkte geltend machten (15, 29 [34], 59 [64]; 16, 32 [36], 147 [149]).

Zu erwähnen ist schließlich noch, daß der VerfGH in ständiger Übung *abweichende Meinungen* unterlegener Gerichtsmitglieder veröffentlicht hat (2, 49, 102 f.; 6, 56 f.; 8, 48 ff.; 11, 159 ff., 185 ff.).

Fünfter Teil

Staatsfunktionen und Staatsorganisation

I. Die gesetzgebende Gewalt

1. Allgemeines

Zu Fragen der Gesetzgebung wurde bereits oben mehrfach berichtet⁸⁷. Hierauf muß Bezug genommen werden. Zu ergänzen ist, daß auch eine authentische Interpretation eines förmlichen Gesetzes nur durch förmliches Gesetz möglich ist (5, 41 [52]). Auch die Festlegung des Geltungsbereichs einer Norm ist ein Akt der Rechtsetzung (4, 90 [99]). Besondere Schwierigkeiten bereitete die Qualifikation von *Organisationsakten*⁸⁸. Zwar

⁸⁷ Siehe insbes. oben zum Staatsvolk (S. 335), zum Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (S. 337 f.), zum Landtag (S. 351 f.), zum Senat (S. 354 f.) und zur Staatsregierung (S. 359).

⁸⁸ Siehe dazu oben S. 338 und unten S. 374. Ferner: *Obermayer*, Rechtsverordnung im formellen Sinn, DÖV 7. Jhg. 1954 S. 73 ff. « *ders.*, Rechtsverordnung im formellen Sinn, DÖV

legt die BV die Zuständigkeiten und auch die Rechtsformen für die meisten Bereiche der Staatsorganisation ausdrücklich fest (Art. 9, 10, 49, 53, 77, 86, 154 und 155 BV). Doch bedurften diese Vorschriften nicht nur der Verdeutlichung und Harmonisierung. Vor allem im Hinblick auf die Rechtsschutzvorschriften⁸⁹ konnte nicht darauf verzichtet werden, unter den Organisationsakten die generellen Rechtsetzungsakte einerseits vom individuellen Verwaltungsakt, andererseits vom (generellen oder individuellen) verwaltungsinternen Akt abzugrenzen. Die unmittelbar für jedermann wirkende Regelung behördlicher Zuständigkeiten wurde dabei als Rechtsetzung qualifiziert (16, 76; VGH 5, 224 [228 f.]; sehr eng VGH 17, 106 [111]). In der Änderung des Gebietsbestandes einer Gebietskörperschaft wurde jedoch deren Betroffenheit im Vordergrund gesehen; sie wurde deshalb als Verwaltungsakt behandelt (VGH Urteil vom 20. Januar 1956 Nr. 76 IV 52 und 77 IV 52, BayVBl. n. F. 2. Jhg. [1956] S. 121; s. a. VGH 17, 106, [111]).

Jede Rechtsnorm bedarf, um verbindlich zu werden, der *Bekanntgabe*. Soweit diese nicht durch besondere Vorschrift geregelt ist, müssen die Anforderungen nach den Umständen des Einzelfalles bemessen werden (8, 38 [43], 91 [101]; s. zur Bekanntmachung von Plänen ObLGSt 10, 251).

2. Untergesetzliche Rechtsetzung⁹⁰

Aus dem Rechtsstaatsprinzip wurde der Satz entwickelt, daß jede Rechtsnorm, die nicht selbst Gesetz ist, der Ermächtigung durch das Gesetz bedarf (9, 131 [140]; 10, 95 [98, 101]; 11, 110 [117], 196 [203]; 15, 83 [87]). Er bedarf der Ergänzung, da die Verfassung mitunter auch unmittelbar ermächtigt⁹¹ (s. die eben erwähnten Organisationszuständigkeiten; s. a. Art. 20 Abs. 3 BV). Eine bedingte Ausnahme ergibt auch Art. 55 Nr. 2 Satz 2 BV, wonach die Befugnis, Ausführungsvorschriften zu erlassen, zwar streng gesetzesakzessorisch ist, jedoch keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung bedarf (15, 83 [87 f.]). Auch zugunsten überkommener Rechtszustände wurde das Prinzip gelegentlich modifiziert (8, 38; 17, 30 [37]; ObLGSt 8, 281 [282]; VGH 9, 11). Soll eine Ermächtigung weiter übertragen werden, so bedarf dies besonderer Zulassung (2, 143 [166]; GVBl. 1953 S. 55 [57 f.]). Dagegen erfordert das bayerische Verfassungsrecht nicht, daß beim Erlaß untergesetzlichen Rechts dessen Ermächtigungsgrundlage angegeben wird (6, 15 [18]). Der Adressatenkreis möglicher Rechtsetzungsermächtigungen ist in der Verfassung nicht abschließend festgelegt – insbesondere auch nicht in Art. 55 Nr. 2 BV – (6, 136 [144]; ObLGSt 6, 195 [196 f.]).

Besondere Aufmerksamkeit wurde der *Bestimmtheit* von Rechtsetzungsermächtigungen zugewandt. Art. 55 Nr. 2 Satz 3 und Art. 70 Abs. 3 BV wurden dahin kombiniert, daß

8. Jhg. 1955 S. 364 ff.; *ders.*, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, 1956, S. 54 ff.; *ders.*, Urteilsanmerkung, BayVBl. n. F. 2. Jhg. 1956 S. 123; *Schweiger*, Verwaltungsorganisation und Verfassung, BayVBl. n. F. 1. Jhg. 1955 S. 38 ff.; *ders.*, Rechtsverordnungen im formellen Sinn, DOV 8. Jhg. 1955 S. 360 ff., 366; *ders.*, Nochmals: Zur Rechtsnatur der Bayerischen Organisationsakte, BayVBl. n. F. 2. Jhg. 1956 S. 72 ff.; *ders.*, Die Einrichtung der staatlichen Behörden in Bayern, BayVBl. n. F. 6. Jhg. 1960 S. 6 ff.; *Fellner*, Zur Rechtsnatur der Bayerischen Organisationsakte, BayVBl. n. F. 1. Jhg. 1955 S. 229 ff.

⁸⁹ Siehe dazu auch *Zacher*, Normenkontrolle über Gesetze und Rechtsverordnungen im nur formellen Sinn, BayVBl. n. F. 2. Jhg. 1956 S. 272 f.

⁹⁰ *Mayer*, Normsetzungsermächtigung und Normsetzungsverfahren, BayVBl. n. F. 4. Jhg. 1958 S. 293 ff., 329 ff.

⁹¹ *Kalkbrenner*, Die Bayerische Verfassung als Ermächtigungsgrundlage für Rechtsverordnungen, BayVBl. n. F. 7. Jhg. 1961 S. 364 ff.

Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Verordnungsgewalt im Gesetz bestimmt sein müssen (2, 33 [41 f.]; 3, 28 [44 f.]; 5, 103 [117], 148 [154]; 6, 65 [77]; 11, 196 [201]; ObLGSt 6, 195 [196 f.]; 17, 19 [25]). Die Verfassung verbietet globale Ermächtigungsgesetze (5, 148 [154]; s. a. 6, 136 [142 f.]). Sie erlaubt nur die Ermächtigung, einzelne genau umschriebene Fragen zu regeln (1, 81 [93]; 5, 148 [154]), so daß die Übereinstimmung zwischen dem Ordnungsrecht und dem Willen des Gesetzgebers gewährleistet ist (6, 136 [143]). Doch ist der Spielraum von Rechtsverordnungen, zu denen der Gesetzgeber besonders ermächtigt, größer als der von Ausführungsverordnungen, die allein auf Grund von Art. 55 Nr. 2 Satz 3 BV ergehen (15, 83 [87 f.]). Um die Übereinstimmung des Ordnungsrechts mit dem Willen des Gesetzgebers sicherzustellen, kann der Landtag den Gebrauch einer Ermächtigung zwar an seine Zustimmung binden. Das befreit ihn jedoch nicht von der Notwendigkeit, deren Inhalt zu präzisieren (7, 113 [118]; anders: 6, 136 [143 f.]).

Auch die *autonome Rechtsetzung* in Körperschaften und Anstalten bedarf der gesetzlichen Grundlage (15, 22 [25, 27 f.]; 16, 128 [132]). Doch muß diese nicht in gleicher Weise bestimmt sein wie eine Verordnungsermächtigung (4, 219 [249]; 15, 22 [25]; s. a. VGH 15, 63 [65]). Der VerfGH folgert dies aus Begriff und Zweck der juristischen Personen des öffentlichen Rechts (4, 219 [249]). Weder auf den Umfang des Aufgabenkreises noch auf die demokratische Struktur des Trägers der Autonomie achtet er dabei (16, 32 [insbes. 38 f.]).

II. Die Verwaltung

1. Allgemeines

Der Gesetzgeber hat in der Berichtszeit Außerordentliches geleistet, um das allgemeine und besondere Verwaltungsrecht den modernen Lebensverhältnissen anzupassen und darin den demokratischen und sozialen Rechtsstaat zu verwirklichen. Doch kann hierüber nicht – über die in diesem Bericht anzusprechenden Einzelheiten hinaus – allgemein berichtet werden⁹².

Zur Organisationsgewalt⁹³ ist nachzutragen, daß die Neuschaffung eines ganzen Behördenzuges oder die Errichtung einmaliger Behörden als allgemeine Verwaltungsorganisation durch Gesetz zu regeln ist, während die Zusammenlegung mehrerer Behörden als Behördeneinrichtung in die Zuständigkeit der Exekutive fällt (Art. 77 Abs. 1 BV; 16, 76 [81]). Besondere Bedeutung erlangte gelegentlich die Bestandsgarantie des staatlichen Grundstockvermögens (Art. 81 BV; 7, 86)⁹⁴.

⁹² Siehe dazu vor allem die Landesberichte im Deutschen Verwaltungsblatt (*Böhm* 1949 S. 400 ff.; 1950 S. 333 ff.; 1951 S. 214 ff.; 1952 S. 143 ff., S. 527 ff.; 1953 S. 143 ff., S. 597 ff.; 1954 S. 327 ff.; 1955 S. 119 ff.; *Krözner* 1956 S. 160 ff., 1957 S. 165 ff., 1958 S. 198 ff., 1959 S. 204 ff., 1960 S. 166 ff., 1961 S. 280 ff., 1962 S. 295 ff., 1963 S. 395 ff., 1964 S. 473 ff.) und in Die öffentliche Verwaltung (*Henle* 1948 S. 69 ff., 1949 S. 112 ff., 1950 S. 49 ff.; *Bussler* 1951 S. 74 ff.; *Henle* 1952 S. 212 ff., 1953 S. 148 ff., 1954 S. 402 ff., 1955 S. 662 ff., 1956 S. 302 ff., 1957 S. 754 ff., 1958 S. 772 ff., 1962 S. 17 ff.). Den jeweiligen Stand der Entwicklung spiegeln die folgenden Darstellungen: *Mang*, Verwaltungsrecht in Bayern, Bd. I 1951, Bd. II 1952, Nachtrag zu Bd. I 1952; *Mang-Maunz-Mayer-Obermayer*, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 1. Aufl. 1962, 2. Aufl. 1964.

⁹³ Siehe oben S. 372. – Ergänzend s. a. *Hoegner*, Organisationsrecht und Budgetrecht, BayVBl. n. F. 2. Jhg. 1956 S. 1 ff.

⁹⁴ *Freudling*, Grundstock und Grundstockvermögen, BayVBl. n. F. 1. Jhg. 1955 S. 101 ff.; *Ders.*, Grundstockvermögen des Staates, BayVBl. n. F. 7. Jhg. 1961 S. 266 ff.

2. *Amts- und Dienstrecht*

a) Der Zugang zu den Ämtern

Der gleiche Zugang zu den öffentlichen Ämtern ist sowohl in Art. 94 BV als auch in Art. 116 BV gewährleistet. Dazu kommt die Garantie der Gleichheit des Bekenntnisses (Art. 107 Abs. 4 BV). Das Verhältnis des Art. 94 zu Art. 116 BV ist nicht voll geklärt (6, 35 [51 ff.]; 10, 76 [85]; 17, 46 [53]). Jedenfalls ist Art. 116 BV die grundrechtliche Sicherung (2, 14 [27]; 6, 35 [52]; 10, 76 [85]; 17, 46 [52]) und zwar als ein Spezialfall des Gleichheitssatzes (7, 15 [20], 40 [47]; VGH 7, 41 [47]). Der VerfGH glaubt deshalb auch, Art. 116 BV dem Vorbehalt des Art. 98 Satz 2 BV unterstellen zu sollen (2, 14 [27]; 6, 35 [52]). Sowohl für Art. 94 als auch für Art. 116 BV wird Übereinstimmung mit dem Grundgesetz – insbesondere Art. 33 Abs. 2 GG – und somit Fortgeltung in Anspruch genommen (6, 35 [55]).

Der Begriff des »öffentlichen Amtes« ist in Art. 94 Abs. 2 und Art. 116 BV der gleiche (14, 77 [86]). Er wird von dem Zweck her definiert, den Zugang zum öffentlichen Dienst und insbesondere zur Beamtenschaft zu sichern (ebd.). Wesentlich ist daher ein mit dem Amt verbundenes Dienst- und Treueverhältnis (4, 30 [48]). Beamte in diesem Sinne sind etwa auch die berufsmäßigen Bürgermeister und Landräte (11, 164 [183]; 12, 91 [108]). »Öffentliches Amt« kann auch ein Ehrenamt sein (7, 40 [46 ff.]). Für die Mitgliedschaft im Landtag oder in kommunalen Körperschaften geht jedoch das speziellere Wahlrecht den Art. 94, 116 BV vor (14, 77 [86]; anders noch: 4, 30 [38]; 10, 76 [85]; zweifelnd dann: 11, 164 [182 f.]; s. dazu auch 7, 15 [20]).

Nach anderen Eigenschaften als nach der charakterlichen Eignung, der Befähigung und den Leistungen (Art. 94 BV) darf Deutschen gegenüber nicht differenziert werden (12, 91 [109]). Nie dürfen ganze Bevölkerungsgruppen als solche von allen oder einzelnen Ämtern ausgeschlossen werden (2, 14 [27]; 6, 35 [52]; 7, 40 [47]). Die Voraussetzungen müssen dem Wesen und den Aufgaben des Amtes entsprechen (6, 35 [52 f.]). Doch ist es – schon im Hinblick auf die demokratische Verpflichtung des Beamten (Art. 96 BV) – zulässig, die politische Vergangenheit eines Bewerbers zu berücksichtigen (4, 51 [60 f.]). Für das Lehramt an einer Philosophisch-Theologischen Hochschule kann die Übereinstimmung mit der kirchlichen Lehre gefordert werden (VGH 7, 41 [46 ff.]).

Daß ein Amt nur der jeweils objektiv Beste bekommt, ist nicht zu verwirklichen und von der Verfassung nicht verlangt (12, 91 [109]; 17, 46 [53]). Prüfungen, wie sie Art. 94 Abs. 2 BV vorsieht, müssen nicht unbedingt durchgeführt werden (12, 91 [109 f.]). Finden sie aber statt, so ist die Behörde an das Ergebnis gebunden (ebd.). Das Wettbewerbsprinzip verlangt, daß Prüfungen unter gleichen objektiven Bedingungen stattfinden. Gleichheit der subjektiven Bedingungen kann jedoch nicht gewollt sein. Auf ihre Verschiedenheit kann eine Prüfungsordnung nur ausnahmsweise Rücksicht nehmen (16, 101 [108]).

Die Verfassung gibt keinen Anspruch auf ein bestimmtes Amt (11, 164 [183]; 12, 91 [109]). Die Garantien in Art. 94 Abs. 2, 116 BV wenden sich unmittelbar nur gegen Normen, die den Zugang zu einem Amt beschränken. Sie greifen aber auch ein, wenn mit einem Amt Belastungen verbunden werden, die wie eine Zugangssperre wirken (7, 40 [47]; 8, 34 [36]). Der Satz, daß sie nichts über die Gründe sagen, aus denen ein Amt endet (11, 164 [183]), ist deshalb zu allgemein.

b) Das Beamtenrecht

Noch vor der BV war das Bayerische Beamtengesetz vom 28. Oktober 1946 (GVBl. S. 349) erlassen worden, das den Grund für den Wiederaufbau eines rechtsstaatlichen und

demokratischen Berufsbeamtentums legte. Es galt – oft und mitunter tiefgreifend novelliert (s. die Fassung BayBS III S. 256) – bis das Beamtenrechtsrahmengesetz den Erlaß eines grundlegend neuen Beamtengesetzes notwendig machte (Bayerisches Beamtengesetz vom 18. Juli 1960, GVBl. S. 161; gegenwärtig in der Fassung vom 30. Oktober 1962, GVBl. S. 291). Auch das Besoldungsrecht mußte dem Rahmen des Bundesbesoldungsgesetzes eingefügt werden (Bayerisches Besoldungsgesetz vom 14. Juni 1958, GVBl. S. 101)⁹⁵. Desgleichen mußte das Betriebsrätegesetz vom 25. Oktober 1950 (BayBS IV S. 586), das für den öffentlichen Dienst auch nach dem Betriebsverfassungsgesetz des Bundes fortgalt, durch ein dem Bundespersonalvertretungsgesetz entsprechendes Bayerisches Personalvertretungsgesetz vom 21. November 1958 (GVBl. S. 333, ber. 1959 S. 122; geändert durch Gesetz vom 9. Mai 1963, GVBl. S. 113) ersetzt werden. Lediglich das Dienststrafrecht blieb ohne spezifischen bundesrechtlichen Rahmen (Dienststrafordnung in der Fassung vom 28. September 1955, BayBS III S. 293)⁹⁶. Ist dennoch der Spielraum der dem Landesbeamtenrecht bleibt, auch heute noch nicht bedeutungslos, so ist auch die BV neben Art. 33 Abs. 4 und 5 GG weiterhin von Einfluß. Die Garantie des ordentlichen Rechtsweges in Art. 95 Abs. 2 BV ist im Geltungsbereich der Zuweisung beamtenrechtlicher Streitigkeiten an die Verwaltungsgerichte durch § 126 des Beamtenrechtsrahmengesetzes jedoch wirkungslos geworden.

Herzstück der beamtenrechtlichen Normen der BV ist Art. 95 Abs. 1 Satz 2, wonach das Berufsbeamtentum grundsätzlich aufrechterhalten wird. Die Norm wird als eine institutionelle Garantie angesehen, die verbietet, den Wesensgehalt des Berufsbeamtentums anzutasten (5, 166 [194 f.]; 7, 25 [30]; 10, 31 [42]; 13, 170 [176]; 14, 31 [42]; 16, 147 [150 f.]; 17, 5 [10]; VGH 9, 61 [66 f.]). Dagegen sichert die Verfassung nicht bestimmte Rechte einzelner – keine konkreten »wohlerworbenen Rechte« – (5, 167 [194]; 7, 25 [30]; 13, 170 [176]; 14, 41 [42]; VGH 9, 61 [66 f.]; s. a. 9, 141 [144 ff.]), und verlangt auch vom Gesetzgeber keine perfekte Wahrung des individuellen Besitzstandes (17, 5 [10]). Andererseits ist die institutionelle Garantie nicht nur objektives Recht. Durchbricht sie der Gesetzgeber und verletzt er den Wesensgehalt des Berufsbeamtentums, so schützt die Verfassung auch den einzelnen Beamten gegen diesen Eingriff (5, 167 [195]).

Die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums besagt, daß hoheitsrechtliche Befugnisse regelmäßig durch Berufsbeamte wahrzunehmen sind, die eine entsprechende Vorbildung besitzen, in dem Beamtenberuf eine Lebensaufgabe sehen, auf Lebenszeit ernannt werden sollen und in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen (9, 47 [51]; 12, 91 [104]). Für dieses ist einerseits die Gehorsamspflicht des Beamten typisch (13, 147 [151]), andererseits sein Recht darauf, daß ihm und seinen Hinterbliebenen durch Dienstbezüge, Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung ein seiner Stellung angemessener Lebensunterhalt gesichert wird (13, 170 [176]; 14, 31 [42]; 16, 18 [27], 147 [151]; 17, 5 [10] – s. zu Vorstehendem auch 5, 157 [195]; 7, 25 [30]; VGH 9, 61 [67]). Im einzelnen ist der Spielraum des Gesetzgebers groß. Keiner der genannten Grundsätze beansprucht unbedingte Geltung (9, 47 [51]; 11, 37 [45, 48]). Ausnahmsweise können sogar Beamtengruppen ohne die herkömmliche Stellung geschaffen werden (Zeitbeamte ohne Versorgungsansprüche: 9, 47 [51 f]). Vor allem auch bei den kommunalen Wahlbeamten sind Ausnahmen denkbar (12, 91 [104, s. dagegen zum Landrat S. 111]). Bei der Bewer-

⁹⁵ Verzeichnis der Änderungen s. bei *Ziegler-Tremel*, Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern, Nr. 90 S. 1.

⁹⁶ Verzeichnis der Änderungen s. bei *Ziegler-Tremel*, aaO, Nr. 150 S. 1.

tung einzelner Ämter ist der Gesetzgeber im Rahmen sachlicher Motivation frei (13, 170 [175 f.]; 14, 4 [9]). Er kann die Berechnungsgrundlagen für Gehalt und Ruhegehalt ändern (5, 167 [195]; 17, 5 [10]). Er ist nicht gezwungen, bestimmte Vorrückungsstufen beizubehalten (14, 31 [42 f.]). Neuregelungen kann er auf aktive Beamte beschränken (13, 170 [174]; 16, 89)^{97 98}. In der Vereidigung der öffentlich Bediensteten (Art. 187 BV) sieht der VerfGH keine Verletzung ihrer Gewissensfreiheit (17, 94).

Die *Amtshaftungsnorm* des Art. 97 BV wird, als neben Art. 34 GG fortgeltend (12, 91 [115 f.]; 18, 9 [11]), angewandt, ohne daß das Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander im einzelnen geklärt wäre⁹⁹.

III. Die Rechtsprechung

1. Zur Entwicklung

Die *ordentliche Gerichtsbarkeit* versuchten zunächst vor allem das Gesetz über Rechtsmittel in der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 10. April 1946 (GVBl. S. 300; neugefaßt durch Gesetz vom 9. April 1949, GVBl. S. 83), das Strafgerichtsverfassungsgesetz vom 30. März 1946 (GVBl. S. 100; später in der Fassung des Gesetzes vom 19. April 1948, GVBl. S. 62) und das Einführungsgesetz zur Strafrechtspflegeordnung vom 30. März 1946 (GVBl. S. 98) wieder in Gang zu bringen. Durch Gesetz vom 11. Mai 1948 (GVBl. S. 83; später in der Fassung vom 15. November 1950, GVBl. S. 216) wurde das Bayerische Oberste Landesgericht wieder errichtet. Vom Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Rechtspflege vom 12. September 1950 (BGBl. S. 455) an ging die maßgebliche Entwicklung auf den Bund über. Das Land ersetzte das Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 23. Februar 1897 durch das Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 17. November 1956 (BayBS III S. 3). Dagegen harrt das Gesetz zur Ausführung der Reichs-Zivilprozeßordnung und Konkursordnung vom 23. Februar 1897 (BayBS III S. 143) noch der Reform¹⁰⁰.

Zur Wiedererrichtung der *Arbeitsgerichtsbarkeit* erging fast gleichzeitig mit der BV das Arbeitsgerichtsgesetz vom 6. Dezember 1946 (GVBl. 1947 S. 1), das bis zum Arbeitsgerichtsgesetz des Bundes galt (s. dazu Verordnung über die Errichtung der Gerichte für Arbeitssachen vom 13. Juli 1960, GVBl. S. 135)¹⁰¹.

Die *Verwaltungsgerichtsbarkeit* wurde durch das Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 25. September 1946 (GVBl. S. 281, ber. S. 384; zur späteren Fassung s. BayBS I S. 147) neu hergestellt. Es wurde durch die Verwaltungsgerichtsordnung und das Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 28. November 1960 (GVBl.

⁹⁷ Zum Ermessenspielraum im Urlaubsrecht: 9, 141 (145); im Personalvertretungsrecht: 10, 31 (42 f.).

⁹⁸ Der Anspruch des Beamten auf *Gehör vor ungünstigen Personaleintragungen* (Art. 95 Abs. 4 BV) wurde nicht als Grundrecht (11, 37 [42]), aber als verfassungsmäßiges Recht im Sinne des Art. 120 BV anerkannt (16, 1). – Zum Recht auf *Akteneinsicht* (Art. 95 Abs. 5 BV) s. Bayerischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte, Urteil vom 8. September 1955, ObLGZ 5, 357 (362 f.); ObLGZ 9, 102 (109).

⁹⁹ Zur Auslegung und Anwendung des Art. 97 BV s. z. B.: 12, 91 (115 ff.), 165 (167); VGH 9, 99; ObLGZ 2, 59 (65); 3, 127 (129); 4, 16 (19 ff.), 88 (90); 5, 10, 346 (349 f.); 8, 53 (55 f.); 9, 102 (107); 10, 295; 11, 355 (359 ff.).

¹⁰⁰ Siehe zur Entwicklung und zur gegenwärtigen Rechtslage im übrigen *Ostler*, Bayerische Justizgesetze, 1. Aufl. 1952; Ergänzungsbd. hierzu, 1957; 2. Aufl. 1964. Ferner *Herrmann*, Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten vor Zivilgerichten nach Landesrecht, BayVBl. n. F. 10. Jhg. 1964 S. 140 ff.

¹⁰¹ Weitere Vorschriften hierzu s. bei *Ostler*, aaO, 2. Aufl., S. 248 f.

S. 266) abgelöst, das der bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit auch heute noch das ihrer Tradition entsprechende eigene Gepräge gibt.

Die seit 1939 beseitigte *Finanzgerichtsbarkeit* wurde auf der Grundlage der Abgabensordnung durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Finanzgerichtsbarkeit vom 19. Mai 1948 (BayBS III S. 429) wieder ins Leben gerufen (s. dazu 7, 107; Bundesfinanzhof Urteil vom 5. August 1955 Nr. III 123/53 U, BayVBl. n. F. 2 Jhg. [1956] S. 27).

Der Rechtsschutz auf dem Gebiet der Sozialversicherung und der Versorgung wurde im wesentlichen bei den Versicherungsbehörden konzentriert, die durch das Gesetz über die Errichtung eines bayerischen Landesversicherungsamtes vom 2. September 1946 (GVBl. 1947 S. 11) eine rechtsstaatliche Spitze bekommen hatten¹⁰². Eine nennenswerte Ausnahme machte nur das Verfahren der Arbeitslosenversicherung (3, 95 [103])¹⁰³. Auf Grund des Sozialgerichtsgesetzes wurden auch in Bayern *Sozialgerichte* eingerichtet (Gesetz zur Ausführung des Sozialgerichtsgesetzes in Bayern vom 21. Dezember 1953, BayBS IV S. 646; geändert durch Gesetz vom 12. November 1958, GVBl. S. 332). Das Landesversicherungsamt wurde aufgelöst; zwei Oberversicherungsämter blieben bestehen (Aufgabenübertragungsgesetz zum Sozialgerichtsgesetz vom 21. Dezember 1953, BayBS IV S. 647)¹⁰⁴.

Der Gerichtshof für *Kompetenzkonflikte* wurde zwar wieder errichtet, konnte jedoch wegen des zunehmenden Ausbaues der Bundesgerichtsbarkeit und der zwischengerichtlichen Verweisungsmöglichkeiten keine nennenswerte Bedeutung mehr erlangen¹⁰⁵. Hinsichtlich der *Dienststrafgerichte* und vor allem hinsichtlich der Verfassungsgerichtsbarkeit darf auf das oben Ausgeführte verwiesen werden. Der Aufbau der *Standesgerichtsbarkeit* der freien Berufe kann hier nicht wiedergegeben werden, so sehr er auch Anlaß zu verfassungsgerichtlichen Auseinandersetzungen bot.

Eine weitere Zäsur in der Entwicklung der Gerichtsbarkeit brachte das Grundgesetz, indem es die Richter aus dem Beamtenrecht herauslöste, wozu sie nach bayerischem Recht gehörten (13, 182; s. nunmehr das Bayerische Richtergesetz vom 25. Februar 1965, GVBl. S. 13).

2. Die Verfassungsgarantie der staatlichen Gerichtsbarkeit

a) Allgemeines

Die Zusammenschau der Art. 3, 5 Abs. 3, 93, 177 BV ergibt, daß zur Verfolgung von Rechtsansprüchen staatliche Gerichte gegeben sein müssen (5, 85 [102]). Wo nur im Rahmen eines besonderen Gewaltverhältnisses diszipliniert wird, hält der VerfGH dagegen unmittelbar staatliche Gerichte nicht für notwendig (4, 30 [41 ff.], 150 [171]). Der Staat darf seine Gerichtsbarkeit nicht delegieren (4, 30 [42]). Für den Charakter der Staatlichkeit eines Gerichts ist nicht seine organisatorische Verbindung mit einem allgemeinen staatlichen Gericht entscheidend, vielmehr die ausreichende Besetzung mit staatlichen Richtern (S. 43; s. freilich andererseits 7, 21 [38]).

Der Richter muß unbeteiligter Dritter sein (VGH 10, 27 [28]). Gegenüber dem Staat

¹⁰² Zur Darstellung s. etwa *Bussler*, in: *Mang*, Verwaltungsrecht in Bayern, Bd. I 1951, S. 75 f.; *Harrer*, in: *Mang*, Verwaltungsrecht in Bayern, Bd. II 1952, S. 152, 160 f.; *Kreis*, ebd. S. 168 ff.; siehe die dortigen Hinweise.

¹⁰³ Siehe dazu auch *Kreis*, aaO, S. 201 f.

¹⁰⁴ Siehe zu Vorstehendem auch *Gawin*, Zehn Jahre Sozialgerichte in Bayern, BayVBl. n. F. 10. Jhg. 1964 S. 201 ff.

¹⁰⁵ Zu Einzelheiten siehe *Ostler*, aaO, 1. Aufl. S. 365 ff., Ergänzungsband S. 90 f., 2. Aufl. S. 244 ff.; *Vocke*, bei: *Mang*, aaO, Bd. I S. 149.

schon durch die Prinzipien der richterlichen Unabhängigkeit verwirklicht, wurde dieser Grundsatz vor allem im Rahmen der Standesgerichtsbarkeit immer wieder beachtlich (4, 30 [43], 150 [178]; 12, 131 [141]; s. für ein anstaltliches Schiedsgericht: 11, 67 [77 f.]).

Dafür ob ein Gericht verfassungsmäßig eingerichtet ist, kommt es in erster Linie darauf an, ob das Gesetz die notwendigen Garantien bietet. Daß auch ohne sie kein Mißbrauch getrieben wird, kann den Mangel gesetzlicher Sicherung nicht heilen (11, 37 [47], 67 [78]). Fehlen einer Behörde, der die Aufgaben eines Gerichts zugewiesen sind, die verfassungsrechtlich notwendigen Garantien, so steht ihr Handeln dem einer Verwaltungsbehörde gleich (4, 30 [44], 150 [178]; 5, 220 [225]; VGH 10, 27 [28 ff.]), unterliegt insbesondere also der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Legt ihr das Gesetz die Befugnis endgültiger Entscheidung bei, so ist diese Klausel ungültig (11, 67 [71]). Jedoch kann ein Gesetz so sehr darauf zugeschnitten sein, ein letztentscheidendes Gericht zu errichten, daß eine Umdeutung sinnlos wäre. Der Mangel der notwendigen Garantien führt dann zur Ungültigkeit der ganzen Regelung (7, 21 [32]).

b) Die Staatsunabhängigkeit der Gerichte

aa) Die sachliche Unabhängigkeit

Gericht (Art. 5 Abs. 3 BV) ist eine Behörde nur, wenn weder Organe der Gesetzgebung noch Organe der Verwaltung auf ihre Entscheidungen Einfluß nehmen können (VGH 10, 27 [29]). Der Richter ist nur dem allgemeinen Gesetz unterworfen (Art. 85 BV). Das gilt nicht nur für Berufsrichter, sondern für alle Personen, die richterliche Funktionen wahrnehmen (7, 21 [33]). Wer bei der Entscheidung irgendwelchen Weisungen – insbes. seitens der Verwaltung – unterliegt, kann nicht Richter sein (VGH 10, 27 [28]). Eine beteiligte Behörde darf auch keinen prozeßleitenden Einfluß haben (11, 67 [77 f.]). Das schließt freilich die prozessuale Bindung an Anträge nicht aus (12, 131 [143]; s. aber ObLGSt 9, 257). Auf die sachliche Unabhängigkeit der Richter besteht jedoch weder ein Grundrecht (9, 47 [50]) noch ein sonstiges subjektives Recht des betroffenen Bürgers (3, 95 [104]; 4, 21 [26]; 5, 30 [40]; 15, 15 [18]).

bb) Die persönliche Unabhängigkeit

Art. 87 BV, wonach die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf Lebenszeit zu ernennen sind (Abs. 2) und alle Richter nur kraft Gesetzes und Richterspruches abberufen werden können (Abs. 1), wurde erstaunlich wenig fruchtbar. Subjektiver Schutz hieraus wurde nur dem Richter, nicht auch dem Rechtsuchenden zugebilligt (3, 67 [78 f.], 95 [104]; 5, 30 [40]; 9, 47 [50]). Die Geltung des Abs. 2 mußte auf die Berufsrichter (7, 21 [33]) der ordentlichen Gerichtsbarkeit im herkömmlichen Sinne (9, 47 [54 f.]; 11, 37 [44]; 12, 131 [142]) beschränkt bleiben. Darüber hinaus aber wurde die Geltung auch des Art. 87 Abs. 1 auf Berufsrichter beschränkt (7, 21 [33 ff.]); zudem wurde ausdrücklich offengelassen, ob die Vorschrift für alle Berufsrichter zwingend gilt (7, 107 [111]; 11, 67 [76]).

Statt dessen entwickelte der VerfGH aus dem Rechtsprinzip (Art. 3 BV) und der Garantie unabhängiger Gerichte (Art. 5 Abs. 3 BV) unmittelbar elastische Maximen für die persönliche Unabhängigkeit der Richter. Für die Zulässigkeit sowohl der Verwendung von Zeitrichtern (11, 37 [47]) als auch der Befugnis der Exekutive, einen Richter anders als durch Richterspruch abzurufen, sollen Aufgabenbereich, instanzielle Stellung und innere Struktur des Gerichts den Maßstab bilden (7, 21 [36]; 11, 37 [47]). Ist ein Gericht die einzige richterliche Instanz oder auch nur die einzige richterliche Tatsacheninstanz, so sind

maximale Sicherungen geboten (7, 21 [38 f.], 107 [111 f.]; 11, 67 [76]). Mit der Aufgabe, über die Rechtmäßigkeit obrigkeitlicher Akte zu entscheiden, ist insbes. das Recht der Exekutive, einen Richter abzubufen, unvereinbar (7, 21 [38 f.]; 11, 67 [76]). Ganz allgemein muß der voll unabhängige Richter die Regel bilden (7, 21 [36], 107 [112]). Ein Abberufungsrecht der Exekutive kann grundsätzlich nur für den Richter auf Probe zugelassen werden (7, 107 [112])¹⁰⁶.

c) Der gesetzliche Richter

Art. 86 Abs. 1 Satz 2 BV gibt jedermann ein subjektives verfassungsmäßiges Recht (9, 123 [129]; 15, 15 [18]; GVBl. 1952 S. 216 [218] darauf, daß seine Sache »den Richter findet, dem der Streitfall durch die zur Zeit seiner Begründung bestehenden Gesetze zugewiesen war« (3, 84 [88]). Es verbietet jede willkürliche Verschiebung innerhalb der Justiz (3, 67 [79]; 9, 123 [130]; 16, 10 [13], 64) und wendet sich damit an alle Träger öffentlicher Gewalt, an Gesetzgeber, Exekutive und Richter (15, 15 [19]; 16, 10 [13], 64; zunächst zurückhaltend für den Richter: 9, 123 [129 f.]). Es schützt ebenso gegen die willkürliche Auswechslung eines Richters wie gegen eine Anordnung, die den Weg zum gesetzlichen Richter verschließt (GVBl. 1952, 216 [218]; dagegen zur richterlichen Rechtsverweigerung: 9, 123 [129 f.]). Aber Art. 86 BV kann nicht den bloßen Rechtsirrtum, sondern nur das willkürliche Verlassen des Rechts unterbinden (15, 15 [19]; 16, 10 [13], 64). Die Gewährleistung des »gesetzlichen Richters« setzt Stabilität der Gerichte voraus (noch sehr zurückhaltend 3, 67 [81 f.]). Die Zusammensetzung des zuständigen Gerichts muß deshalb rechtssatzmäßig festgelegt sein (15, 15 [19]; 16, 10 [13], 64). Der Satz, nur die Partei habe einen »gesetzlichen Richter«, nicht auch der Zeuge (5, 277 [279]), kann jedenfalls dann nicht gelten, wenn der Richter gegen den Zeugen tätig wird. Auf den Inhalt der richterlichen Entscheidung schließlich nimmt Art. 86 BV keinen Einfluß (15, 15 [19]).

Das Verbot der Ausnahmegerichte (Art. 86 Abs. 1 Satz 1 BV) hat Grundrechtscharakter (6, 27 [31]). Es wendet sich gegen Gerichte »für einzelne individuelle Fälle oder Personen« (4, 30 [44], 150 [171]). Dem Vorbehalt des förmlichen Gesetzes für besondere Gerichte (Art. 86 Abs. 2 BV) hat der VerfGH viel Nachgiebigkeit gegenüber Satzungsrecht zugemutet (extrem 6, 107 [113 f.]; s. a. 11, 67 [76 f.]).

3. Die verfahrensrechtlichen Garantien, insbesondere das rechtliche Gehör

Unter den verfahrensrechtlichen Sicherungen der BV hat die größte Bedeutung der Anspruch auf *rechtliches Gehör* erlangt (Art. 91 Abs. 1 BV). Das Grundrecht (4, 21 [26]; st. Rsp.) gilt gem. Art. 142 GG neben Art. 103 GG fort (11, 90 [93]; s. a. 17, 59). Es gilt grundsätzlich nur für das gerichtliche, nicht auch für das Verwaltungsverfahren (1, 34 [38], 38 [42 f.]) oder das Verfahren zur Aufhebung der parlamentarischen Immunität (5, 216 [219 f.]). Aber es ist Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips (4, 21 [26]) und dieses verlangt Gewähr des rechtlichen Gehörs wenigstens für gerichtsähnliche Verfahren (1, 38 [43]; z. B. für das nichtförmliche Dienststrafverfahren DStH 14, 1 [2]).

¹⁰⁶ Aus der Entscheidungspraxis: Abberufbarkeit des einzigen beamteten Beisitzers des Finanzgerichts (einzige Tatsacheninstanz) und des Vorsitzenden des Schiedsgerichts für die Schlachtviehversicherung (einzige Instanz) wurde nicht zugelassen (7, 107 [111 f.]; 11, 67 [76]). Daß das Amt der Mitglieder des Ehrengerichtshofs für Rechtsanwälte (einzige richterliche Instanz) mit der Erhebung einer Strafklage gegen sie endigt, wurde zugelassen (7, 21 [37 f.]). Die Ernennung der Mitglieder der Disziplinargerichte auf drei Jahre erscheint unbedenklich (12, 131 [142]). Aber auch die Ernennung von Vorsitzenden der Sozialgerichts-Kammern auf Zeit auf »höchstens 2 Jahre« wurde wegen der zweiten Tatsacheninstanz und der Bestellung der Laienbeisitzer auf 4 Jahre (!) noch für erträglich erklärt (11, 37 [46 ff.]).

Der VerfGH dachte das Grundrecht zunächst nur als eine zusätzliche Sanktion der gesetzlichen Gewährleistung des rechtlichen Gehörs in den verschiedenen Verfahrensordnungen (4, 21 [28 ff.]; 11, 90 [94 f.]), um es mehr und mehr jedoch unmittelbar geltend zu machen. So kehrt der Vorbehalt anderweitiger Gewährleistung einer richtigen Entscheidung (4, 21 [28 f.]) nicht wieder. Und das zunächst im Vordergrund stehende gesetzlich eingeräumte richterliche Ermessen (ebd.) wird später gerade durch Art. 91 Abs. 1 BV ausgefüllt (s. a. ObLGZ 6, 114). Schließlich gab der VerfGH die Mediatisierung des Grundrechts zugunsten des Gesetzes ausdrücklich auf (17, 44, 72 [73 f.]). So aktiviert, verlangt das Grundrecht, den Beteiligten Gelegenheit zu geben, sich zur tatsächlichen Entscheidungsgrundlage zu äußern, und umgekehrt, Entscheidungen nur Tatsachen zugrunde zu legen, zu denen sich die Beteiligten äußern konnten (9, 1 [3], 123 [126]; 10, 1 [3]; 13, 24 [25], 80 [88]; 15, 5 [7 f.], 38 [39]; 16, 1 [3], 10 [11]; ObLGZ 10, 407 [409]; 12, 333 [334 f.]; 17, 72). Gelegentlich erscheint der Grundsatz dahin relativiert, daß nur eine ungünstige Entscheidung das rechtliche Gehör voraussetzt (4, 21 [28]; 12, 64 [69]; s. a. ObLGZ 10, 407 [409]). Doch bedarf dies der Differenzierung. Ein Rechtsgespräch verlangt Art. 91 Abs. 1 BV grundsätzlich weder zwischen dem Richter und dem Beteiligten noch zwischen den Beteiligten (13, 24; 15, 38; 17, 72 [73 f.]). Doch erleidet dieses Prinzip zahlreiche Ausnahmen und Modifikationen (s. a. 17, 44). Eine nachteilige Entscheidung darf keinesfalls ohne Anhörung des Betroffenen ergehen (13, 24 [25]). Beschränkt sich in der Revisionsinstanz das Verfahren auf die Erörterung rechtlicher Gesichtspunkte, so bezieht sich auch der Anspruch auf rechtliches Gehör hierauf (11, 190 [194]; 15, 38 [41] – aber nicht zur rein rechtlichen Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft). Hat der Richter den Beteiligten eine wesentliche Rechtsansicht kundgetan, so darf er davon nicht abweichen, ohne vorher darauf hinzuweisen (15, 38 [40 f.]). Und immer kann sich der Beteiligte, der ein Recht hat, zum Sachverhalt Stellung zu nehmen, auch rechtlich äußern (15, 38 [39 f.]). Die Pflicht, das rechtliche Gehör zu gewähren, liegt beim Gericht. Die Beteiligten trifft jedoch die Last, es zu erwirken (16, 1; 17, 13 [16]). Äußerungsfristen müssen zwar so gehalten sein, daß sie das rechtliche Gehör sinnvoll verwirklichen. Kann der Beteiligte sie nicht einhalten, so muß er aber Verlängerung beantragen. Das Gericht muß gegebenenfalls verlängern. Der Beteiligte muß sich aber wiederum rechtzeitig erkundigen, ob die Frist verlängert wird (15, 41 [45 f.]; 16, 1 [4 ff.]; 17, 13 [16 f.]; eine Judikatur, die nicht immer großzügig wirkt). Kündigt ein Beteiligter eine Rechtsmittelbegründung an, so muß das Gericht angemessene Zeit darauf warten, jedoch keine Frist setzen, ehe es entscheidet (17, 13 [14]; gegen die Wartepflicht 11, 90 [100 f.]).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist nicht mit der Summe verfahrensrechtlicher Normen gleichzusetzen, die ihn berühren (16, 10 [12]; 17, 72 [73 f.]). Er ist eine Mindestgarantie (18, 9 [15]). Er umschließt kein Recht auf mündliche Verhandlung (ObLGZ 6, 353 [360]) und wird im Anwaltsprozeß durch die Anhörung des Anwalts hinreichend gewährt (6, 136 [142]; 14, 47). Er nimmt keinen Einfluß auf das Beweisrecht (15, 5 [7 f.]; ObLGZ 7, 53 [58]) und verbürgt keine richtige Entscheidung (15, 15 [19]).

Die *Öffentlichkeit* der Verhandlungen ist durch Art. 90 BV nur objektivrechtlich gewährleistet. Das Gesetz kann sie, insbesondere im Interesse des Betroffenen, über die Vorbehalte des Art. 90 BV hinaus einschränken (5, 30 [38 ff.]). Verhandlungen vor nicht-staatlichen Gerichten, die in einem besonderen Gewaltverhältnis entscheiden, müssen nicht notwendig öffentlich sein (4, 30 [43]).

4. Verwaltungsgerichte – Arbeitsgerichte

Die Garantie der *Verwaltungsgerichtsbarkeit* in Art. 93 BV wurde über ihren Wortlaut hinaus von Anfang an auch als *Generalklausel* des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes verstanden (1, 81 [90 f.]; 3, 129 [137]; 6, 27 [33]; VGH 1, 50 [55]), die »endgültige« Verwaltungsentscheidungen ausschließt (4, 150 [178]). Sie umschließt nicht die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle (10, 49 [53]). Art. 93 BV verlangt ferner keinen verwaltungsgerichtlichen Instanzenzug (6, 27 [33]) und sagt nichts darüber, ob der Rechtsschutz durch die allgemeinen oder durch besondere Verwaltungsgerichte (Art. 86 Abs. 2 BV) zu gewähren ist (11, 67 [75]).

Die Verfassungsgarantie der *Arbeitsgerichtsbarkeit* (Art. 177 Abs. 1 BV) verbietet, daß die richterliche Entscheidung über den Kündigungsschutz davon abhängt, daß der Betriebsrat dem Einspruch zustimmt. Der Betriebsrat entscheidet sonst an Stelle des Arbeitsgerichts über das Recht auf Kündigungsschutz (5, 85 [101 ff.]).

IV. Die Selbstverwaltung

1. Gemeinden und Gemeindeverbände¹⁰⁷

a) Die Gemeinden

Nachdem die bayerische Gemeindeordnung vom 18. Dezember 1945/28. Februar 1946 (GVBl. 1946 S. 225) das Gemeinderecht notdürftig demokratisiert, die Praxis weithin jedoch ratlos gelassen hatte, brachte die Gemeindeordnung vom 25. Januar 1952 (BayBS I S. 461)¹⁰⁸ die notwendige Neukodifikation.

Die Gewährleistung der gemeindlichen Selbstverwaltung in Art. 11, 12, 83 BV ist – von einzelnen Fixierungen abgesehen –, eine elastische Wesensgehaltsgarantie, die den Gemeinden im Wandel der Verhältnisse die Möglichkeit kraftvoller Betätigung sichern will (10, 113 [121]; 17, 84 [92]). Der Bestand der einzelnen Gemeinde ist nur insofern gesichert, als das Gesetz die Voraussetzungen für Umbildungen und Grenzänderungen zu regeln hat (7, 113 [118]). Es kann sie jedoch schon aus schlichten Gründen des öffentlichen Wohls zulassen (VGH 7, 121 [125], 127 [133]). Die Befugnis, Recht zu setzen und durch Verwaltungsakte einzugreifen, kommt den Gemeinden nicht schon kraft ihres allgemeinen Selbstverwaltungsrechts zu; vielmehr brauchen sie eine spezielle gesetzliche Grundlage (VGH 4, 19 [22]; 12, 51 [52]; 13, 62; 15, 63 [65]). Zur Selbstverwaltung gehört zwar Verfassungsautonomie. Neben dem Gesetz bleibt davon jedoch nur eine Vermutung für die Gestaltungsfreiheit der Gemeinden übrig (VGH 8, 42 [56]). Die gemeindliche Personalhoheit (2, 143 [164 ff.]) besteht im wesentlichen in der Befugnis, Gemeindebedienstete einzustellen, zu befördern und zu entlassen; dienstrechtliche Autonomie ist nicht garantiert (VGH 12, 95 [98]). Die Finanzen der Gemeinden muß der Staat – sei es durch eigene Einnahmen der Gemeinden, sei es durch Finanzausweisungen – so stellen, daß sie ihre Funktionen ausüben können (12, 48 [55 f.]). Werden staatliche Aufgaben (12, 48 [61]) an die Gemeinden übertragen, so muß ein präziser finanzieller Ausgleich geschaffen werden

¹⁰⁷ *Bobley*, Die Behandlung der Gemeinden im Grundgesetz und in der Bayerischen Verfassung, Betriebsberater 1950 S. 5 ff.; *Masson*, Gemeindeaufgaben im Schutz der Verfassung, BayVBl. n. F. 4. Jhg. 1958 S. 161 ff., 197 ff.; *Ders.*, Ortsrecht und Verfassung, ebd. S. 306 ff. – Auf das umfangreiche Schrifttum zum Bayerischen Kommunalrecht, das auch zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen Stellung nimmt, kann nicht im einzelnen hingewiesen werden.

¹⁰⁸ Liste der späteren Änderungen s. bei *Ziegler-Tremel*, aaO, Nr. 280 S. 1.

(Art. 83 Abs. 3 BV). Einnahmehindernde Gesetze verpflichten den Staat jedoch nicht zum Ausgleich (5, 243 [266]).

Reichlich Probleme brachte die Aufzählung von Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises der Gemeinden in Art. 83 Abs. 1 BV. Daß sie beispielhaft gemeint war, konnte nicht fraglich sein (ObLGZ 7, 252 [263 f.]). So sehr die Liste aber ergänzungsbedürftig schien, so wenig war man gewillt, sie als Mindestbestand wörtlich zu nehmen. Sie wurde in erster Linie auf das historische Maß des Überkommenen zurückgeführt (4, 251 [insbes. S. 276 ff.]). Darüber hinaus wurde zwar untersagt, die gemeindliche Selbstverwaltung auf einem der genannten Gebiete auszuhöhlen (10, 113 [121]; 17, 84 [92]). Doch wurde den »unabweisbaren Pflichten« des Staates ein kompetenzbestimmender Vorrang eingeräumt (4, 251 [278 f.]). Kleinen Gemeinden gegenüber könne der Staat auch gezwungen sein, einzelne Aufgaben zu eigenen Angelegenheiten der Gemeindeverbände zu erklären (S. 279). Diese historischen und funktionalen Vorbehalte wurden vor allem gegenüber der Zuständigkeit der Gemeinden für die »örtliche Polizei« und das »Volks- und Berufsschulwesen« zur Geltung gebracht (4, 251 [276 ff., 278]; 17, 84 [92]). Im Verhältnis zur privaten Wirtschaft wurde dagegen der Zuweisung des »örtlichen Verkehrs nebst Straßen- und Wegebau« und der »Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft« die Bedeutung gegeben, die Daseinsvorsorge gehöre zum Funktionskern der Gemeindeverwaltung; der Gesetzgeber dürfe die gemeindlichen Versorgungsbetriebe daher nicht – wie die Gemeindegewirtschaft im übrigen – zugunsten der privaten Wirtschaft beschränken (10, 113 [121 f.])¹⁰⁹.

b) Kreise und Bezirke

Im Zuge der Kommunalreform der Jahre 1952/53 wurde auch die provisorische Landkreisordnung vom 18. Februar 1946 (GVBl. S. 229) durch die Landkreisordnung vom 16. Februar 1952 (BayBS I S. 515)¹¹⁰ abgelöst. Die Bezirke wurden zunächst im Wege des Notrechts von den Regierungen verwaltet (VGH 6, 17 [18 ff.]). Durch die Bezirksordnung vom 27. Juli 1953 (BayBS I S. 529)¹¹¹ erhielten sie wieder eine demokratische Verfassung. Mittlerweile hat auch diese Ebene gebietskörperschaftlicher Selbstverwaltung wieder Leben und Ansehen gewonnen¹¹².

c) Das kommunale Wahlrecht

Nach Art. 12 Abs. 1 BV gelten die Grundsätze für die Wahl zum Landtag auch für die Gemeinden und Gemeindeverbände. Am intensivsten ist dieses Prinzip für die Wahl der Bezirkstage verwirklicht, die mit wenigen Ausnahmen wie die Landtagswahl geregelt und auch zeitlich mit ihr gekoppelt ist (Bezirkswahlgesetz vom 11. August 1954, BayBS I S. 540; derzeit in der Fassung vom 5. September 1958, GVBl. S. 234; geändert durch Gesetz vom 28. November 1959, GVBl. S. 257). Stärker weichen die Gemeinderats- und Kreistagswahlen ab, die ihrerseits wieder einen einheitlichen Typ bilden. Für sie entfällt die Parallelität von Listenwahl und Direktwahl, die für Landtags- und Bezirkstagswahl kennzeichnend ist. Dem für das bayerische Wahlrecht kennzeichnenden Zug zur Persön-

¹⁰⁹ Erläuterungen fanden vor allem auch die gemeindlichen Aufgaben der *Totenbestattung* Art. 149 BV; VGH 12, 51 (52); 13, 52 (53) und des »örtlichen Verkehrs nebst Straßen- und Wegebau« (VGH 1, 74 [78 f.]; ObLGZ 4, 150; 7, 157 [160]; 13, 240 [245]; ObLGSt 6, 195 [196 f.]; OLG Nürnberg Urteil vom 29. Juni 1953 – 2 U 7/53 – JMBL. 1953 S. 226).

¹¹⁰ Verzeichnis der Änderungen bei *Ziegler-Tremel*, aaO, Nr. 440 S. 1.

¹¹¹ Verzeichnis der Änderungen s. bei *Ziegler-Tremel*, aaO, Nr. 100 S. 1.

¹¹² Zur Auslegung des Art. 10 BV siehe z. B. 2, 143 (163 f.); VGH 6, 17.

lichkeitswahl wird dafür durch eine verstärkte Einflußnahme des Wählers auf die Liste Rechnung getragen. Der Wähler hat so viele Stimmen wie Ratsmitglieder zu wählen sind und kann diese z. B. auf einzelne Bewerber konzentrieren (häufeln) oder auf Bewerber aus verschiedenen Wahlvorschlägen verteilen (panaschieren). Die Landräte und Bürgermeister werden in absoluter Mehrheitswahl unmittelbar vom Volk gewählt (Gemeindewahlgesetz vom 16. Februar 1952, GVBl. S. 49; gegenwärtig in der Fassung vom 11. Dezember 1959, GVBl. S. 267¹¹³; Landkreiswahlgesetz vom 16. Februar 1952, GVBl. S. 53; gegenwärtig in der Fassung vom 11. Dezember 1959, GVBl. S. 273)¹¹⁴.

Art. 12 Abs. 1 BV wird nur auf die Wahl der Vertretungskörperschaften, nicht auch auf die Wahl der Landräte und Bürgermeister bezogen (VGH 2, 120 [127, 129]). Als Grundsätze des Landtagswahlrechts (11, 1 [6], 164 [179]) gelten unbestritten die Allgemeinheit, Gleichheit, Unmittelbarkeit und Geheimheit der Wahl (VGH 2, 120 [125 ff.]). Die Gleichheit der Wahl verlangt im Kommunalrecht jedoch nur, daß sich die Stimmen innerhalb der gleichen Kommune gleich auswirken (15, 29 [35]). Wie im Landtagswahlrecht wird auch das aktive Kommunalwahlrecht als Grundrecht gewertet (5, 66 [72]; 11, 164 [180]; 13, 1 [47]), desgleichen das passive Wahlrecht (14, 77 [80]). Doch kann der Gesetzgeber von den Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 2 BV abweichen (S. 81). Auch die Gründe für den Mandatsverlust (Art. 19 BV) können für die Kommunalwahl besonders geregelt werden (11, 164 [178 ff.]). Die Terminierung der Landtagswahlen auf vier Jahre (Art. 16 BV) ist für Kommunalwahlen nur insofern verbindlich, als auch sie periodisch stattfinden müssen. Der für die Gemeinde- und Landkreiswahl eingeführte Turnus von sechs Jahren ist zulässig (11, 1). Inwieweit auch für die Gemeinden das Verhältniswahlrecht »verbessert« werden muß (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 BV), ist offen (14, 17 [21 f.]). Die Zehnprozent-Klausel des Art. 14 Abs. 4 BV gilt für die Kommunalwahlen nicht (5, 66 [79 ff.]) und auch eine 5-v.-H.-Klausel widerspräche nach Ansicht des VerfGH bei den Gemeindewahlen dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl (5, 66 [74 ff.]).

2. Personalverbände und Anstalten

Die Verfassung stellt es grundsätzlich in das Ermessen des Gesetzgebers, Selbstverwaltungskörper zu errichten, ihnen unter staatlicher Aufsicht hoheitliche Befugnisse zu übertragen und Zwangsmitgliedschaft anzuordnen (4, 30 [36 ff.], 150 [160]). Weder die Grundrechte der allgemeinen Handlungsfreiheit, der Vereinigungsfreiheit und der Koalitionsfreiheit (Art. 101, 114, 170 BV; 4, 30 [39 f.], 150 [161 ff., 176], 219 [243, 246]; 5, 287 [294]; 15, 92 [103]) noch etwa staatsorganisatorische Grundnormen (s. z. B. 7, 21 [38]) stehen dem entgegen, solange die Inpflichtnahme der Mitglieder – oder bei Anstalten: Benutzer – den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen entspricht. Art. 179 BV verlangt jedoch, zwischen den zum Senat wahlberechtigten sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Körperschaften und Organisationen einerseits und den Körperschaften mit hoheitlichen Befugnissen und Zwangsmitgliedschaft andererseits zu unterscheiden¹¹⁵. Das nötigt gelegentlich zu sachlich nutzlosen Parallelinstitutionen.

Auf die Fülle der landesinkorporierten Körperschaften und Anstalten, die auf Bundesrecht beruhen, kann hier nicht eingegangen werden. Die Landesgesetzgebung betrifft vor allem die Berufsorganisationen der Ärzte und Apotheker (gegenwärtig: Gesetz über die

¹¹³ Weitere Änderungen siehe bei *Ziegler-Tremel*, aaO, Nr. 290 S. 1.

¹¹⁴ Änderungen siehe bei *Ziegler-Tremel*, aaO, Nr. 450 S. 1.

¹¹⁵ Siehe oben S. 353.

Berufsvertretungen und über die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker – Kammergesetz – vom 15. Juli 1957, GVBl. S. 162, ber. S. 176). Unter den Anstalten haben neben einer Reihe von landwirtschaftlichen, technischen, hygienischen und ähnlichen Verwaltungseinrichtungen¹¹⁶ vor allem die bei der bayerischen Versicherungskammer errichteten Versicherungs- und Versorgungseinrichtungen (z. B. Ärzte- und Apothekerversorgung, Brandversicherung, Hagelversicherung, Tierversicherung) große soziale Bedeutung (Gesetz über das öffentliche Versicherungswesen vom 7. Dezember 1933, BayBS I S. 242; geändert durch Gesetze vom 29. Mai 1957, GVBl. S. 105, und vom 30. Mai 1961, GVBl. S. 148).

Eine Besonderheit bilden die Verbände, die von der Staatsregierung ohne gesetzliche Grundlage zu Körperschaften des öffentlichen Rechts erklärt werden (so zuletzt der Bayerische Bauernverband, s. Bekanntmachung vom 17. Februar 1960, Staatsanzeiger Nr. 9; ferner das Bayerische Rote Kreuz, s. dazu 15, 22)¹¹⁷. Sie können keine hoheitlichen Befugnisse – insbesondere auch nicht das öffentlich-rechtliche Satzungsrecht (15, 22 [27 f.]) und keine Zwangsmitgliedschaft haben¹¹⁸.

Sechster Teil

Grundrechte und Grundpflichten¹¹⁹)

I. Die Grundrechte – Allgemeines

1. Begriff – Träger – Wirkung¹²⁰

Die BV unterscheidet zwischen verfassungsmäßigen Rechten und Grundrechten. Alle verfassungsmäßigen Rechte sind durch die Verfassungsbeschwerde (Art. 120 BV) geschützt. Der Kreis der Grundrechte ist enger. Nur sie sind auch durch die Popularklage (Art. 98 Satz 4 BV) geschützt. Und nur für sie ist das Schrankenregulativ des Art. 98 Satz 2 und 3 BV gedacht. Ausgangspunkt für die Abgrenzung der Grundrechte ist die Gliederung der Verfassung. Was in ihrem zweiten Hauptteil »Grundrechte und Grundpflichten« enthalten ist, hat prinzipiell Grundrechtscharakter. Aber nicht alles, was in diesem Hauptteil steht, ist ein Grundrecht (15, 49 [53 f.]), und auch in anderen Teilen der Verfassung finden sich Grundrechte. Der VerfGH läßt für diese Qualifikation – in einer recht dezisionistischen Praxis – das Wesen des Rechts, seine geschichtliche Entwicklung und den Willen des Verfassungsgebers entscheidend sein (2, 143 [161 f]; 4, 206 [209]; 6, 65 [69]; 11, 103 [106]; 12, 37 [40]).

Subjektive Grundrechtsfähigkeit kommt neben den natürlichen auch den juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts zu (5, 1 [6]). Nicht rechtsfähigen Vereinen als solchen will der VerfGH dagegen keine Grundrechte zusprechen (5, 204 [210]).

¹¹⁶ Siehe die Übersicht bei *Mang*, in: *Mang-Maunz-Mayer-Obermayer*, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Aufl. 1964, S. 98 ff.

¹¹⁷ Weitere Beispiele siehe bei *Preisenhammer*, in: *Mang*, Verwaltungsrecht in Bayern, Bd. I S. 78.

¹¹⁸ Siehe oben S. 338.

¹¹⁹ *Kratzer*, Art. 142 des Grundgesetzes und die Grundrechte in der Bayerischen Verfassung, in: »Verfassung und Verwaltung«, Festschrift für Wilhelm Laforet, 1952, S. 107 ff.

¹²⁰ *Löw*, Zum Verhältnis der Begriffe »Grundrecht« und »verfassungsmäßiges Recht« nach der Bayerischen Verfassung, BayVBl. n. F. 4. Jhg. 1958 S. 360 ff.

2. Die Grundrechtsschranken¹²¹

Nach Art. 98 Satz 2 und 3 BV sind Grundrechtseinschränkungen nur durch Notstandsanordnung (Art. 48 BV) oder Gesetz möglich. Durch Gesetz sind Einschränkungen »nur zulässig, wenn die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit, Gesundheit und Wohlfahrt es zwingend erfordern«. Der Satz sollte die zunächst im Text der einzelnen Grundrechte angebrachten Gesetzesvorbehalte ersetzen. Er trägt jedoch der Eigenart der verschiedenen Grundrechte nicht Rechnung und wurde so zu einer der größten Belastungen der Grundrechtsdogmatik der BV. Der VerfGH, der über Gebühr vor der Anwendung seiner Maßstäbe zurückschreckte, griff an ihm vorbei zu der Lehre der »inhärenten Schranken« und »immanenten Bindungen«¹²², in deren Bereich es auf die Voraussetzungen des Art. 98 Satz 2 nicht ankommen soll (8, 1 [9]; 10, 101 [108]; 11, 110 [124]; 16, 128 [136]). Dadurch wurde eine neue Formel für die Sicherung der Grundrechte gegenüber dem Gesetz notwendig. Sie wurde – später unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 19 Abs. 2 GG – im Wesensgehalt der Grundrechte gefunden (4, 30 [39], 150 [161]; 5, 148 [158]; 6, 10 [15], 35 [52 f.], 131 [135]; 8, 33 [36]; 9, 158 [174]; 10, 113 [124]). Offenbar weil die Zusammenhänge nicht übersehen wurden, wurde Art. 98 Satz 2 BV mitunter daneben angewandt und sowohl behauptet, der Wesensgehalt sei nicht verletzt, solange die Voraussetzungen des Art. 98 Satz 2 BV vorliegen (5, 148 [158]), als auch angenommen, Art. 98 Satz 2 greife nur ein, wenn selbst der Wesensgehalt eines Rechts noch beschränkt werden soll (5, 119 [121]). Der VerfGH durfte jedoch Art. 98 Satz 2 BV als die positivrechtliche Grundsatznorm der Schrankensystematik nicht außer Acht lassen. Er müßte je Grundrecht prüfen, ob und inwieweit sie dessen Wesen entspricht. Grundrechte, die – wie z. B. die institutionelle Garantie des Eigentums – vom Gesetzgeber erst entfaltet werden müssen, passen ebensowenig darunter wie die allgemeine Handlungsfreiheit, die zudem von der Verfassung selbst unter den ausdrücklichen Vorbehalt des Gesetzes gestellt wird (Art. 101 BV). Das Differenzierungsregulativ des Gleichheitsgrundsatzes liegt so außerhalb der Kriterien des Art. 98 Satz 2 BV, daß es ihm ebenfalls entzogen ist. Doch stellt sich der Spielraum des Gesetzgebers und die Funktion einer Wesensgehaltsgarantie von Grundrecht zu Grundrecht anders dar.

Die Vorschrift des Art. 98 BV wurde dadurch berichtigt, daß an Stelle des kumulierenden »und« ein »oder« gelesen wurde (2, 1 [6]). Die Begriffe »öffentliche Sicherheit« und »öffentliche Wohlfahrt« sind eng auszulegen (2, 72 [81]). Die »öffentliche Wohlfahrt« zielt in erster Linie auf »die Beseitigung sozialer Mißstände und die Herstellung gesunder sozialer Zustände« im Sinne der Sozialstaatsnorm des Art. 3 BV (2, 1 [7]). Daß die Einschränkung »zwingend« erfordert sein muß, entspricht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip (2, 72 [82]; 9, 14 [20], 158 [166]; 13, 63 [75]). Um ein Gesetz nach Art. 98 Satz 2 BV zu rechtfertigen, genügt es nicht, daß die Voraussetzungen für einzelne vom Gesetz erfaßte Fälle erfüllt sind (9, 158 [166]; 13, 63 [75]). Die Voraussetzungen können ferner mit dem Wandel der tatsächlichen Verhältnisse wieder entfallen (1, 93 [99]; 2, 1 [7 f.]; 6, 57).

Unabhängig von Art. 98 Satz 2 BV läßt die Rechtsprechung Grundrechtseinschränkungen im besonderen Gewaltverhältnis zu (4, 30 [37]). Ein Beamter dürfe Grundrechte nur ausüben, soweit das mit seinen besonderen Pflichten vereinbar sei (13, 89 [94], 147 [150 f.];

¹²¹ König, Die Einschränkung von Grundrechten nach der Bayerischen Verfassung, BayVBl. n. F. 6. Jhg. 1960 S. 329 ff.

¹²² Nachweise siehe zu den einzelnen Grundrechten.

VGH 10, 105 [109]; DStH 9, 27). Wie sehr der VerfGH in seiner Rechtsprechung zum besonderen Gewaltverhältnis zur Begriffsjurisprudenz neigt, zeigt, daß er auch den Gleichheitssatz für Beamte eingeschränkt sieht, soweit das Beamtenverhältnis das zwingend erfordert (11, 203 [212]).

II. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde

Der Anspruch auf Achtung der Würde der menschlichen Persönlichkeit (Art. 100 BV) ist aktuell bindendes, auch subjektives Recht (1, 30 [32], 93 [99]; st. Rsp.) überpositiven Ranges (4, 51 [58 f.]; 9, 27 [37]). Er rezipiert eine sittliche Norm (1, 30 [32]; 8, 52 [57]). Er schützt den inneren und zugleich sozialen Wert- und Achtungsanspruch, der dem Menschen als Träger höchster geistig-sittlicher Werte zukommt (1, 30 [32]; 8, [5], 52 [57]; 10, 1 [3]; ObLGSt 14, 50 [54]) und jedem Anspruch der Gemeinschaft gegenüber eigenständig und unantastbar ist (8, 80 [88]; 9, 27 [37]; 11, 164 [181]; s. a. 16, 128 [135]). Demgemäß löst nur eine schwerwiegende, an den Kern der menschlichen Persönlichkeit greifende Beeinträchtigung den Schutz der Verfassung aus (11, 81 [89]; 13, 147 [153]; 16, 128 [135]; 17, 19 [27], 94 [104]; ObLGSt 14, 50 [54]). Über die Auswirkungen für den Betroffenen hinaus muß die menschliche Würde als solche getroffen erscheinen (1, 30 [32]; 2, 85 [91 ff.]; 8, 1 [5]; s. a. 1, 93 [100]).

Die Menschenwürde ist immer verletzt, wenn der Mensch zum reinen Objekt staatlichen Handelns herabgewürdigt wird (13, 80 [89]). Übermäßig harte, grausame und demütigende Strafen (14, 49 [57]; s. a. ObLGSt 14, 103 [104]) erscheinen ebenso unzulässig wie jede behördlich verübte Grausamkeit (8, 52 [57 f.]; 9, 123 [129]). Aber z. B. weder der Arbeitszwang für Strafgefangene (10, 63 [70]) noch die Unterbringung eines Sicherheitsverwahrten in einem Zuchthaus (ebd. S. 68; 12, 168 [171]) verletzen die Menschenwürde. Freiheit und Rücksichtnahme können nur im Rahmen der sittlichen Ordnung beansprucht werden (1, 93 [100]: kein Recht auf Selbstbefreiung Gefangener; ObLGSt 14, 50 [54]: kein Recht, Straftaten zu verbergen; 8, 1 [6]: kein Recht, ansteckende Krankheiten zu verbergen). Der Staat darf niemanden zwingen, unter Bedingungen zu leben, die ihn zum Objekt erniedrigen (15, 49 [59]). So schuldet er auch die Gewährleistung des Existenzminimums (9, 27 [39])¹²³.

III. Gleichheitsgrundsätze

1. Der allgemeine Gleichheitssatz

Den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 118 Abs. 1 BV interpretierte und handhabte der VerfGH ohne Zögern im Sinne der modernen Entwicklung. Er sah in ihm von vornherein ein aktuelles subjektives verfassungsmäßiges Recht (1, 30 [31]), das er freilich nicht nur als allgemeines Menschenrecht erkannt (1, 30 [31]; 9, 22 [40]), sondern zu überpositivem Recht erhöht hat¹²⁴. Der Gleichheitssatz zielt auf materielle Gerechtigkeit, diskriminiert deshalb das »Ansehen der Person«, verlangt, daß der Sache nach unterschieden und gleichbehandelt wird, und stellt sich so als Willkürverbot dar (1, 30 [31], 53 [55], 64 [78 f.], 93 [100 f.]; st. Rsp.; s. z. B. noch 12, 14 [19], 152 [159 f.]; VGH 6, 75 [82];

¹²³ Weitere Entscheidungen: 9, 27 (38 ff.) – Menschenwürde des unehelichen Kindes; 11, 164 (181 f.) – Menschenwürde und staatsbürgerliche Rechte; ObLGZ 8, 303 (308) – Gewissenskonflikt eines Vormunds; ObLGSt 4, 56 – Strafzumessung; ObLGSt 6, 21 (25) – Tonbandaufnahmen im Gerichtssaal.

¹²⁴ Siehe oben S. 335.

st. Rsp.). Er wendet sich auch an den Gesetzgeber (1, 64 [78 f.]). Doch ist diesem gegenüber Zurückhaltung geboten (2, 127 [139]; 18, 51 [58]). Das Gericht darf sein Ermessen nicht an die Stelle des gesetzgeberischen Ermessens setzen (4, 78 [88]). Nur wenn jeder sachlich einleuchtende Grund fehlt, kann ein Gesetz für ungültig erklärt werden (9, 27 [41], 109 [111]; st. Rsp.). Dabei kommt es nicht auf die historisch-subjektive Motivation an, sondern nur darauf, ob sich objektiv ein sachlicher Grund finden läßt (15, 70 [74]). Es liegt im – freilich seinerseits gleichheitsgebundenen (13, 89 [94]) – Ermessen des Gesetzgebers, zu entscheiden, welche Elemente der zu ordnenden Lebensverhältnisse er als maßgebend ansieht, diese im Recht gleich oder verschieden zu behandeln (13, 45 [48], 153 [160], 170 [174]; st. Rsp.). Der Gesetzgeber ist auch nicht gezwungen, alle Differenzierungen vorzunehmen, die er vornehmen könnte (13, 45 [48]; st. Rsp.). Auf andere Weise muß die Anwendung des Gleichheitssatzes auch die Kompetenz des Richters respektieren. Eine Entscheidung ist nur gleichheitswidrig, wenn sie bei verständiger Würdigung der die Verfassung beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich der Schluß auf sachfremde Erwägungen aufdrängt (16, 10 [14]; s. z. B. ObLGSt 4, 56; 7, 106; 8, 54). Der Verwaltung gegenüber wirkt Art. 118 Abs. 1 BV in erster Linie als Verbot des Ermessensmißbrauchs (3, 67 [83]).

Art. 118 Abs. 1 BV gilt so neben Art. 3 Abs. 1 GG fort (3, 67 [77]). Daß diese Auslegung für die Anwendung des Art. 98 Satz 2 BV keinen Platz mehr läßt, ist dem VerfGH entgangen (2, 50 [56 f.], 72 [79, 80 ff.]). Die Einschränkung nach Art. 98 Satz 2 BV stünde auch in keinem verständlichen Verhältnis zu der vom VerfGH postulierten überpositiven Natur des Gleichheitssatzes.

Der VerfGH hatte mehrfach der egalitären Anfechtung jedes gegliederten Staatswesens entgegenzutreten. Er gibt der Autonomie den Vorrang, beschränkt die Gleichheitsprüfung gegenüber einem Gesetz auf die Verhältnisse im Herrschaftsbereich des Gesetzgebers und verneint einen Zwang zur Angleichung des Rechts im Verhältnis zwischen mehreren autonomen Gesetzgebern (9, 141: Staat – kommunale Tarifgemeinschaft; 12, 131 [137]: Land – Land; 13, 27 und 16, 128 [136]: Gemeinde – Gemeinde; 16, 32 [44]: Versicherungsträger – Versicherungsträger). Entsprechend läßt er Unterscheidungen im Kollisionsrecht zu (9, 27 [44 ff.]), und verneint er eine absolute intertemporale Gleichheitsbindung des Gesetzgebers (16, 128 [136]). Das bedeutet nicht, daß der Zeitpunkt des Rechtswechsels nicht sachlich motiviert sein müßte (Stichtagsproblem: GVBl. 1956 S. 152 [156]). Daß eine Norm ungleich vollzogen wird, macht sie nicht selbst gleichheitswidrig (5, 243 [266]; st. Rsp.; ObLGSt 5, 212 [218]), es sei denn, die Norm bildet selbst die Ursache für den willkürlichen Vollzug (2, 143 [167]). Nicht sachlich gerechtfertigte Abweichungen im Behördengebrauch verstoßen jedoch gegen den Gleichheitssatz (15, 21). Aber niemand hat ein Recht auf Wiederholung eines rechtswidrigen Vorgehens (keine Gleichheit im Unrecht: 15, 21; 16, 7 [9]; VGH 5, 4 [7]). Der Gleichheitssatz hebt »naturgegebene Ungleichheiten und Unterscheidungen nicht auf und versagt ihnen nicht die rechtliche Anerkennung, noch verbietet er dem Gesetzgeber, an diese naturgegebenen Verschiedenheiten Folgerungen zu knüpfen«. Der Gesetzgeber kann somit Hilfe auf die Hilfsbedürftigen beschränken (4, 219 [244 f.]). Der Gleichheitssatz gebietet ferner »nicht, alle wirtschaftlichen Nachteile auszugleichen, die dem einzelnen aus äußeren, in seiner Person begründeten tatsächlichen Gegebenheiten bei der Ausübung eines verfassungsmäßigen Rechts erwachsen« (12, 21 [32]).

2. Die Gleichheit von Mann und Frau

Die BV kennt keinen allgemeinen Grundsatz der Gleichheit von Mann und Frau. In Art. 118 Abs. 2, 124 Abs. 2 und 168 Abs. 1 Satz 2 BV spricht sie Einzelprobleme an, ohne daß daraus ein allgemeiner Satz zu gewinnen wäre (5, 117 [123]). Soweit diese besonderen Regelungen nicht eingreifen, ist auch die Gleichbehandlung von Mann und Frau am allgemeinen Willkürverbot zu orientieren (4, 78 [87 ff.]; 13, [92]). Das Verhältnis dieser Rechtslage zum Grundgesetz ist ungeklärt (4, 78 [87]; 6, 1 [6])¹²⁵. Es ist umso bedenklicher, als Art. 124 Abs. 2 BV (Gleichheit der bürgerlichen Rechte in der Ehe) nur eine verbindliche Weisung für die Fortentwicklung des Rechts ist und nicht nur entgegenstehendes Recht nicht derogiert, sondern den Aufschub der vollen Gleichberechtigung sogar gegenüber Art. 118 Abs. 1 BV deckt (6, 1 [5])¹²⁶.

Der allgemeine Gleichheitssatz erlaubt, der »traditionellen Auffassung von der naturgegebenen Aufgabe der Frau als Hausfrau und Mutter und des Mannes als Ernährer der Familie« typisierend Rechnung zu tragen (4, 78 [88]; 13, 89 [94 f.]). So darf das Recht der sozialen Sicherheit zwar den Witwer benachteiligen (4, 219 [250 f.]). Aber es darf die soziale Sicherung des Mannes nicht auch für den Fall ausschließen, daß die Frau – atypisch – seinen Unterhalt trägt (11, 203 [213]; 13, 89 [94 f.]). Der VerfGH hat ferner die bevorzugte Entlassung wirtschaftlich versorgter Ehefrauen aus dem öffentlichen Dienst gebilligt (4, 78 [87 ff.]) und die primäre Haftung des Vaters für forstrechtliche Delikte der Kinder mit der Vermutung gerechtfertigt, daß der Vater in Erziehung und Einkommen potenter sei als die Mutter (8, 117 [124]).

Die Gleichheit der staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten (Art. 118 Abs. 2 BV) bezieht sich auf die »aktive Teilnahme an den Funktionen des Staates«, das »organschaftliche Handeln« und die »persönlichen Dienstleistungen für den Staat« (6, 1 [6]; 11, 203 [211]; 13, 89 [92]). Darunter fallen die öffentlichen Ämter im Sinne des Art. 94 Abs. 2, 116 Abs. 1 BV (ebd.). Die Benachteiligung in der Inhaberschaft des Amtes erscheint nur dann an Art. 118 Abs. 2 BV meßbar, wenn sie so schwer wiegt, daß sie von der Übernahme des Amtes abhält (11, 203 [211]; 13, 89 [92 f.]).

Auf Lohngleichheit (Art. 168 Abs. 1 Satz 2 BV) besteht kein unmittelbarer Anspruch (4, 78 [90]). Für beamtenrechtliche Bezüge gilt überdies Art. 118 Abs. 2 BV als die speziellere Norm (11, 203 [212]; 13, 89 [93]).

3. Sonstige besondere Gleichheitssätze

Unter den sonstigen besonderen Gleichheitssätzen wurden die Gleichheit der Wahl (Art. 12, 14 BV)¹²⁷ und der gleiche Zugang zu den öffentlichen Ämtern (Art. 94, 116 BV)¹²⁸ bereits erwähnt. Auf die Gleichheit des Bekenntnisses (Art. 107 Abs. 3 u. 4 BV) ist noch zurückzukommen¹²⁹.

¹²⁵ Ein merkwürdiges Exempel für das Auseinanderfallen des Grundgesetzes und der BV in diesem Punkte: ObLGSt 7, 110.

¹²⁶ Der VerfGH stellt damit einmal mehr seine eigene These vom überpositiven Charakter des Gleichheitssatzes in Frage. Für die konservative Funktion des Naturrechts in der Psychologie des Gerichts ist aufschlußreich, daß es gerade hier nicht daran denkt, eine Einzelbestimmung der Verfassung an dem sonst so hervorgehobenen Gleichheitssatz zu messen oder wenigstens seine Auslegung daran zu orientieren.

¹²⁷ Siehe oben S. 347 f.

¹²⁸ Siehe oben S. 376 f.

¹²⁹ Siehe unten S. 392 f.

Die Gleichheit des Standes (Art. 118 Abs. 3 BV) bezieht sich auf den Geburts- oder einen sonstigen persönlichen Stand, nicht auf den Berufsstand (7, 40 [48]). Daß der Adelstitel Namensbestandteil ist, wurde als verfassungsmäßiges Recht anerkannt (1, 23 [25]). Die Klausel über die Unzulässigkeit seines Erwerbs durch Adoption (ebd. Satz 2, 2. Halbsatz) war bürgerliches Recht (1, 23 [25]) und galt daher bis zur Aufhebung durch das Familienrechtsänderungsgesetz als Bundesrecht fort (OBLGZ 14, 114 [118 f.])¹³⁰.

Das um der Gleichheit willen ausgesprochene Verbot, Rassen- und Völkerhaß zu entfachen (Art. 119 BV), wurde durch Gesetz gegen Rassenwahn und Völkerhaß vom 13. März 1946 (BayBS III S. 149) realisiert, dessen Fortgeltung neben dem Bundesstrafrecht problematisch ist.

Aus der Zahl der Gleichheitsprogramme, die sich im Rahmen des Dritten und Vierten Hauptteiles der BV finden, sei hier nur der Anspruch der *unehelichen Kinder* auf die gleiche Förderung wie eheliche Kinder (Art. 126 Abs. 2 BV) eingegangen. Der VerfGH sieht darin nur einen Programmsatz, der weder ein subjektives Recht gewährt, noch entgegenstehendes altes Recht derogiert (9, 27 [39 f.]; 13, 99, 109 [117]; 16, 10 [14]). In einer außerordentlich konservativen Judikatur beschränkt er den Anwendungsbereich des Art. 126 Abs. 3 BV auch der Sache nach. Enger als Art. 6 Abs. 5 GG wolle Art. 126 Abs. 2 BV volle Rechtsgleichheit zwischen ehelichen und unehelichen Kindern schon um der durch Art. 124 BV garantierten Ehe willen nicht (s. a. OBLGZ 1, 223). Die Vorschrift beziehe sich nicht auf das Erzeuger-Kind-Verhältnis, sondern nur auf staatliche und gemeindliche Maßnahmen der Jugendförderung im Sinne von Art. 125, 126 Abs. 1 BV (13, 99 [100 f.], 109 [117]; 16, 10 [14 f.]). Berufsständische Versorgungseinrichtungen seien auch daran nicht gebunden (13, 109 [118 ff.]).

IV. Freiheitsrechte

1. Die allgemeine Handlungsfreiheit

Art. 101 BV – gelegentlich als vorverfassungsrechtliches Menschenrecht bezeichnet (5, 101 [104]; 10, 101 [109 f.]) – gilt neben Art. 2 Abs. 1 GG fort (4, 30 [39]). Die Vorschrift gibt ein allgemeines Persönlichkeitsrecht auf Freiheit von ungesetzlichem Zwang und Unterlassen eines jeden Eingriffes außerhalb der Gesetze (2, 9 [13]; st. Rsp.) und gewährleistet so die allgemeine Handlungsfreiheit innerhalb der Schranken der Gesetze (5, 297 [300]; st. Rsp.). Gesetz ist dabei jede gültige Rechtsnorm (z. B. 8, 36 [46]; 14, 59 [65]; 16, 128 [135]), die allgemeine Handlungsfreiheit also durch die Rechtsordnung schlechthin beschränkt (4, 30 [39]). Diese muß jedoch den Wesensgehalt des Rechts, der auf freie Entfaltung der Persönlichkeit geht (5, 119 [121]), unangetastet lassen (4, 30 [39]; st. Rsp.). Eingriffe müssen begrenzt (4, 30 [39 f.], 150 [161]; 5, 161 [164], 297 [300]; 6, 131 [135]; 10, 101 [111]), verhältnismäßig (4, 63 [74]; 5, 279 [284 f.]; s. a. 18, 16 [22]) und durch einen zureichenden Grund gerechtfertigt sein (4, 150 [166]). Ihn zu bekräftigen, dient gelegentlich teils die Grundpflicht des Art. 117 BV (4, 63 [74]; 5, 148 [158], 161 [164]; 8, 34 [36]), teils das Sozialstaatsprinzip (4, 219 [243]; 5, 287 [293]; 8, 1 [8]; 16, 117 [127]). Ergibt sich die allgemeine Gesetzesgebundenheit der Handlungsfreiheit schon aus dem Wortlaut des Art. 101 BV, so glaubt der VerfGH, es Art. 98 Satz 2 BV dennoch schuldig zu sein, die allgemeine Rechtsordnung als »inhärente Schranke« des Grundrechts

¹³⁰ Siehe dazu Knopp, Art. 118 der Bayerischen Verfassung und das Adoptionsrecht des BGB, Neue Juristische Wochenschrift 14. Jhg. 1961 S. 1566.

zu deklarieren (z. B. 4, 30 [39]; 5, 161 [164]; 6, 131 [135]). Zugleich stellt sich für ihn die Frage nach dem Verhältnis des Art. 98 Satz 2 BV zur Wesensgehaltsgarantie des Grundrechts. Nahm er zuerst an, der Wesensgehalt sei nicht angetastet, wenn die Voraussetzungen des Art. 98 Satz 2 BV vorliegen (5, 148 [158]), und wollte er dann Art. 98 Satz 2 BV auf Einschränkungen anwenden, die dem Wesen des Grundrechts widersprechen (5, 119 [121]; 10, 101 [110]), so ging er endlich dazu über, Art. 98 Satz 2 BV für diese Norm, in der ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt unmittelbar mit der verfassungskräftigen Wesensgehaltsgarantie korrespondiert, gänzlich beiseite zu lassen (11, 110 [124]; 16, 128 [136]).

Der Grundsatz der Begrenztheit der Eingriffe verbietet nicht Generalklauseln, wo sie der Natur der Sache entsprechen (4, 30 [40]: für Standesrecht der Anwälte). Desgleichen werden Verbote mit Erlaubnisvorbehalt vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht untersagt, sondern nur kontrolliert (4, 63 [74], 150 [169 f.]; 5, 279 [284 f.]). Seiner begriffsjuristischen Einstellung zum besonderen Gewaltverhältnis folgend, rechtfertigt der VerfGH hieraus Beschränkungen zu Lasten der Beamten (13, 147 [151]) und der Strafgefangenen (10, 63 [69 ff.]), die aus dem Gesetz zu gewinnen wären.

Art. 101 BV gewährt keinen Anspruch auf soziale Leistungen (15, 59 [69]) oder auch nur auf deren gesetzliche Festlegung (16, 55 [62]), sichert also die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (8, 1 [7]) nur gegenüber dem eingreifenden Staat.

2. Die körperlich-räumliche Bewegungsfreiheit

Art. 102 Abs. 1 BV garantiert die körperliche Bewegungsfreiheit (4, 30 [40]; 8, 1; 17, 19 [27]). Die Vorschrift gilt neben Art. 2 Abs. 2, 10 GG fort (2, 115 [120]; 3, 10 [13 f.]). Sie schützt gegen ungesetzliche Eingriffe (1, 34 [35]; 3, 53 [60]) und Eingriffe auf Grund ungültiger Normen (1, 38 [44], 101 [106, 109]; 3, 10 [13 f.]), nicht jedoch gegen die bloß unrichtige Anwendung gültiger Normen (1, 101 [106]; 3, 10 [13 f.]). Der VerfGH sieht sie einerseits unter dem Vorbehalt des Art. 98 Satz 2 BV (1, 93 [98]). Andererseits aber glaubt er im allgemeinen bürgerlichen und Strafrecht – soweit es mit den Prinzipien des demokratischen und freiheitlichen Rechts-, Kultur- und Sozialstaats übereinstimmt – die »inhärenten Schranken« des Grundrechts gefunden zu haben (1, 93 [98]; 6, 131 [135]; 10, 101 [107 f.]; 17, 19 [27]; s. a. 3, 10 [13 f.]). Soweit diese »inhärenten Schranken« reichen, ist Art. 98 Satz 2 BV nicht anzuwenden (10, 101 [108]).

Art. 102 Abs. 2 BV gilt neben Art. 104 Abs. 2 GG fort. Die Vorschrift wurde vor allem für den Freiheitsentzug außerhalb der Strafrechtspflege bedeutsam (ObLGZ 6, 425 [431]; 8, 257 [259 f.]).

3. Die strafrechtlichen Garantien

Art. 104 Abs. 1 BV – *nulla poena sine lege* – gilt neben Art. 103 Abs. 2 GG fort (14, 49, [58]). Die Norm bekräftigt und subjektiviert das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Strafe (s. a. Art. 70 BV; 1, 101 [108 f.]). Sie impliziert das Gebot der Bestimmtheit der Strafdrohung (4, 194 [201 ff.]). Darüber hinaus verbietet sie die rückwirkende Strafdrohung (4, 194 [202 f.]). Diese Grundsätze sollen nicht nur für die Strafe (2, 14 [32]), sondern auch für die Ahndung einer Ordnungswidrigkeit gelten (ObLGSt 1, 289 [292 f.]), nicht jedoch für die Sicherungsverwahrung (12, 168 [169]) und die standes- und disziplinarrechtliche Ahndung (4, 30 [46], 150 [171 f.]; zweifelnd 15, 107 [113]); gegen Bestimmtheit des Strafgesetzes im Dienststrafrecht DStH 10, 32; s. a. 7, 21 [39]).

Gesetz im Sinne des Art. 104 Abs. 1 BV ist jede Rechtsnorm (6, 131 [135]; ObLGSt 1, 531 [534 f.]), die ordnungsgemäß verkündet ist (ObLGSt 1, 409 [413 f.]). Da auch das Strafgesetz der Auslegung bedarf (ObLGSt 10, 137), kann sich Art. 104 Abs. 1 BV nicht schon gegen jede unrichtige Anwendung eines Gesetzes wenden (3, 95 [105]; 13, 147 [149]; 14, 49 [58]). Der Begriff der »Strafbarkeit«, auf deren Bestimmung sich das Rückwirkungsverbot bezieht, ist eng zu verstehen. Zunächst meinte der VerfGH sogar, er umfasse nicht auch den Strafrahmen (2, 115 [124]). Jedenfalls bezieht er sich nur auf materiellrechtliche Normen, nicht auf Verfahrensrecht, auch nicht auf die Verjährung (13, 147 [149]; s. a. ObLGSt 1, 4 [8 ff.]).

Das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 104 Abs. 2 BV) gilt neben Art. 103 Abs. 3 GG fort (11, 11 [14]; 16, 15 [16]). Es gewährt ein subjektives Recht (11, 11 [14]). Inhaltlich beruht es im wesentlichen auf überkommenen Grundsätzen (16, 15 [17]). Demgemäß ist es im Falle der Erstbestrafung durch ein ausländisches Gericht nicht anzuwenden. Es schützt nicht gegen die Einleitung eines parallelen Verfahrens (13, 147 [150]) und auch nicht gegen die Bestrafung, nachdem der Täter bereits gebührenpflichtig verwarnet wurde (ObLGSt 9, 279 [280 f.]). Art. 104 Abs. 2 BV gilt auch im Dienststrafrecht (11, 11 [18 ff.]; 13, 147 [150]).

4. Die Unverletzlichkeit der Wohnung

Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 106 Abs. 3 BV) gilt neben Art. 13 GG fort (VerfGH, Entscheidung vom 10. Juli 1957 – Vf. 24 VI 55 – BayVBl. n. F. 4. Jhg. [1958] S. 20). Es schützt das befriedete Besitztum, jedoch nur Räume, nicht auch Gärten (VGH 9, 1 [4]). Es untersagt, daß Organe der öffentlichen Gewalt in die Wohnung wider den Willen des Inhabers eindringen, aber auch daß die Wohnung für öffentliche Zwecke oder im Interesse Dritter in Anspruch genommen wird (11, 81 [89]). Die Aufgabe der Rechtsordnung, das Grundrecht auch in der Drittrichtung zu realisieren, wird jedoch nicht klar gesehen (3, 65 [66]; 11, 81 [89]). Grundsätzlich wird Art. 106 Abs. 3 BV dem Vorbehalt des Art. 98 Satz 2 BV unterstellt (3, 65 [66]). Doch soll das Betretungsrecht bei der Durchsetzung eines Anschlußzwangs einer »inhärenten Schranke« entsprechen und somit nicht an Art. 98 Satz 2 BV zu messen sein (16, 128 [135 f.]).

Der in Art. 106 Abs. 1 BV gewährte »Anspruch auf eine angemessene Wohnung« ergibt, ebenso wie Art. 106 Abs. 2 BV, nur eine objektive Pflicht des Staates und der Gemeinden, sich um den Bau und die Bereitstellung von Wohnungen zu bemühen (15, 49 [52 ff.]).

5. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit

Das Grundrecht der Freiheit und Gleichheit des Bekenntnisses (Art. 107 BV) gilt neben Art. 4, 33, 140 GG i. V. m. Art. 135, 136 RV 1919 fort (7, 49 [54]). Es »verbietet staatliche Intoleranz«, d. h. »Gesetze, die sich gegen eine religiöse Anschauung als solche richten« (8, 1 [9]; 17, 94 [103]). Der VerfGH sieht jedoch keinen Widerspruch zur Bekenntnisschule (12, 152 [164]). Nachdem der VerfGH zunächst Einschränkungen nur nach Art. 98 Satz 2 BV zulassen wollte (9, 49 [54]), sah er später auch für dieses Grundrecht eine »inhärente Schranke«. Danach wendet es sich nicht gegen Beeinträchtigungen der Religionsfreiheit, sofern sie »nur eine unvermeidliche Nebenfolge einer zu einem anderen Zweck getroffenen gesetzlichen Regelung sind« (8, 1 [9]; 17, 94 [103]).

Art. 107 Abs. 3 BV verbietet, ein bestimmtes religiöses Bekenntnis zur Voraussetzung

für ein bürgerliches oder staatsbürgerliches Recht zu erheben oder umgekehrt, ein bürgerliches oder staatsbürgerliches Recht wegen der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Bekenntnis zu mindern (12, 152 [164]; 17, 94 [102 f.]). Bekommt jedoch jedes Bekenntnis seine Bekenntnisschule, so müssen die Unterschiede, die sich aus der Eigenart des Bekenntnisses und der Zahl und Verbreitung seiner Anhänger für den Charakter der Schule ergeben, in Kauf genommen werden (12, 152 [164]).

Der gleiche Zugang zu den öffentlichen Ämtern ohne Rücksicht auf das Bekenntnis (Art. 107 Abs. 4 BV) erleidet im Hinblick auf Art. 135 Abs. 2 BV und die durch Art. 182 BV aufrechterhaltenen Bestimmungen des Konkordats und des evangelischen Kirchenvertrags eine Ausnahme für die Lehrer an Bekenntnisschulen (7, 49 [56 f.]; LAG Bayern, Urteil vom 8. Februar 1951 – III 430/50 – Amtsblatt des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und soziale Fürsorge, Teil C 1951 S. 60; zur Auslegung s. a. BVerwG 17, 267; keine Ausnahme für Mitglieder der Schulpflegschaften an Bekenntnisschulen: 7, 49 [56 ff.]) und für die Lehrer der Theologie an Philosophisch-Theologischen Hochschulen (VGH 7, 41 [48 f.])¹³¹.

Das Recht auf Verschweigen des Bekenntnisses (Art. 107 Abs. 5 BV) geht nicht auch auf Verleugnung des wahren Bekenntnisses (VGH 7, 41 [49]) und kann nicht auf politische Ansichten ausgedehnt werden (3, 4 [10]).

6. Meinungs- und Pressefreiheit

Das fortgeltende (4, 63 [75 f.]) Grundrecht der freien Meinungsäußerung (Art. 110 BV) schützt »nicht jede beliebige Äußerung«. »Mitteilungen, die in keiner Weise überzeugende, belehrende oder sonst richtunggebende geistige Wirkungen auf die Umwelt haben sollen oder können«, sind keine »Meinung« (4, 63 [76]; 11, 23 [34]). Wirtschaftliche Werbung z. B. gibt regelmäßig keine »Meinung« wieder (ebd.). Das Recht, die Meinung frei zu äußern, bezieht sich auf den Inhalt der Äußerung (5, 297 [301]), nicht auf deren Mittel (5, 13 [18]; 11, 164 [182]). Der eine oder andere Weg der Meinungsäußerung kann verboten werden (5, 13 [18]). Das Grundrecht gewährt keine allgemeine Befugnis, geschäftsmäßig Meinungen in fremden Angelegenheiten zu äußern (5, 297 [301]), und keinen Anspruch, in politischen Vertretungskörpern zu sprechen (11, 164 [184]). Für Äußerungen vor Gericht geht Art. 91 BV als speziellere Grundrecht vor (15, 107 [114]).

Dem Grundrecht ist die Beschränkung durch die »allgemeinen Gesetze« inhärent (4, 30 [46], 63 [76 f.]; 5, 297 [301]; ObLGSt 2, 211 [214 f.]). Es ist somit dem Regulativ des Art. 98 Satz 2 BV entzogen. Das »allgemeine Gesetz« darf kein Sonderrecht gegen bestimmte Meinungen schaffen (4, 63 [76 f.]). Zulässig sind Gesetze zum Schutz der Grundwerte der Staatsordnung (11, 164 [182]), die allgemeinen strafrechtlichen Schranken (4, 30 [46 f.], 63 [77]) und – meint der VerfGH – Regelungen »der besonderen Unterwerfungsverhältnisse bestimmter Personenkreise« (4, 30 [46]). Der Beamte dürfe seine Meinung nur in den durch das Beamtenrecht gezogenen Schranken und in einer Weise äußern, die mit der Erfüllung seiner Pflichten in Einklang stehe. Er dürfe sich in dienstlichen Angelegenheiten nicht an die Öffentlichkeit, sondern nur an die vorgesetzte Dienstbehörde oder das Parlament wenden. Er müsse den Wahrheitsgehalt seiner Äußerungen besonders genau prüfen und den Vorgesetzten auch bei kritischer Äußerung Achtung bezeugen (DStH 9, 27). Daß er sich positiv zur demokratischen Verfassungsordnung zu bekennen habe (Art. 187 BV), nehme er beim Eintritt in den Dienst in Kauf (17, 94 [103 f.]).

¹³¹ Siehe Mayer, Konkordat und öffentliches Dienstrecht, BayVBl. n. F. 6. Jhg. 1960 S. 144 ff.

Das Grundrecht der *Pressefreiheit* (Art. 111 Abs. 1 BV) fand bereits in dem Gesetz über die Presse vom 3. Oktober 1949 (BayBS I S. 310) seine gesetzliche Entfaltung. In der Rechtsprechung wurde es gelegentlich als Wertungsmaßstab zugunsten der Presse bedeutsam (OBLGSt 1, 515 [516 ff.]; 11, 46 [48 f.]).

Das *Zensurverbot* (Art. 111 Abs. 2 Satz 1 BV) gilt nicht nur für den Bereich der Presse (5, 13 [18 f.]). Es verbietet die vorherige Prüfung im Sinne einer Erlaubnis. Eine Vorlagepflicht, die nicht mit einem Erlaubnisverfahren verbunden ist, widerspricht ihm nicht (5, 13 [18 f.]); OBLGZ 2, 211 [214 f.]). Doch hält es der VerfGH für zulässig, die Verbreitung einer vorlagepflichtigen und vorgelegten Äußerung aus sicherheitspolizeilichen Gründen zu untersagen (5, 13 [19]).

Die Freiheit der *Wissenschaft* und der *Lehre* (Art. 108 BV) gibt keinen Anspruch auf Zugang zu akademischen Graden (8, 38 [48]) oder zum akademischen Lehramt (VGH 7, 41 [49]). Bei der Berufung in ein akademisches Lehramt dürfen die persönlichen Anschauungen des Bewerbers mit berücksichtigt werden (VGH 7, 41 [49]); sonst wäre das traditionelle deutsche Berufungsverfahren verfassungswidrig.

7. Freizügigkeit – berufliche und wirtschaftliche Betätigung

Art. 109 BV (zur Fortgeltung: 4, 30 [40]) gewährt über das allgemeine Grundrecht der *Freizügigkeit* (Satz 1; s. dazu VGH 10, 105 [109]) hinaus die *Niederlassungsfreiheit* (Satz 2). Sie verbietet, im Gewerbebereich (1, 63; 2, 127 [138 f.]; 5, 297 [300]; 13, 10 [14]; 15, 107 [109]) und im Grunderwerbsrecht (9, 1 [13]; 11, 110 [119 f.]) zwischen Neuzugezogenen und Ortsansässigen zu unterscheiden. Jedoch nimmt Art. 109 Abs. 1 Satz 2 BV keinen Einfluß auf die allgemeinen Vorschriften über die berufliche Betätigung und den Grunderwerb (1, 63; 4, 30 [40]; 8, 80 [89]; 9, 1 [13]) und ist somit weit entfernt, die Berufsfreiheit generell zu sichern (s. ergänzend 4, 150 [164]; 5, 148 [158]). Daß das Grundrecht trotz seiner Beschränktheit Bedeutung erlangte, ergibt ein Rückblick auf die epochale Aufgabe, die Heimatvertriebenen und Flüchtlinge einzugliedern.

Im übrigen ist der grundrechtliche Schutz der *wirtschaftlichen Freiheit* im wesentlichen Art. 101 BV anvertraut (18, 16 [22]). Die Vorschriften der Verfassung über die Wirtschaftsordnung (Art. 151 ff. BV) wurden kaum aktualisiert. Lediglich die Tragweite des Art. 151 BV wurde immer wieder erörtert. Der Vorschrift wurde jedoch der Grundrechtscharakter ab- und reiner Pogramcharakter zugesprochen (2, 127 [141 f.]; 4, 30 [38], 63 [77], 150 [164]; 11, 23 [35], 110 [120]; 13, 10 [19]). Daß die Anerkennung der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen (Art. 151 Abs. 2 Satz 2 BV) zu einer aus wichtigem Grunde einschränk- baren Grundsatzgarantie erklärt wurde, blieb Episode (4, 219 [245]). Auch die Garantie der Vertragsfreiheit (Art. 151 Abs. 2 Satz 1 BV) steht unter dem Vorbehalt des Gesetzes (4, 150 [177], 219 [245]; 11, 110 [120]). Die Auslegung dieser Vorschriften hat nur den hoheitlich handelnden Staat und den privaten Konkurrenzkampf im Auge (s. a. VGH 4, 138 [140]). Dagegen wird nicht versucht, die wirtschaftliche Betätigung des Staates und der Kommunen in den Griff der Verfassung zu nehmen, deren Mittelstandsprogramm (Art. 153 BV) gerade dazu Anlaß geben könnte (10, 113 [124]; VGH 5, 224 [229])¹³².

Das Recht, eine den Anlagen und der Ausbildung entsprechende *Arbeit zu wählen* (Art. 166 Abs. 3 BV) wurde zunächst als verfassungsmäßiges Recht anerkannt (1, 16 [17]).

¹³² Als Beispiel einer unverständlichen Fehlinterpretation siehe zu Art. 153 BV: 5, 287 (294). Satz 3 der Vorschrift wurde evident übersehen.

Sodann wurde ihm der Grundrechtscharakter abgesprochen (2, 127 [141 f.]). Schließlich sank es zum Programmsatz ab (4, 30 [38]), dessen Verwirklichung dem Gesetz überlassen ist (4, 78 [90]; 8, 80 [89]; 13, 10 [19]; 16, 32 [45]). Gegenstand der Vorschrift ist die Berufswahl (5, 161 [164]), während die Berufsausübung nicht in ihren Schutzbereich fallen soll (5, 148 [158]; s. dagegen 4, 150 [161]). Für den Zugang zu den öffentlichen Ämtern sind Art. 94 und 116 BV spezieller (12, 91 [111]). Aber auch für die Inanspruchnahme Privater etwa zur Steuerabführung scheidet Art. 166 Abs. 3 BV als Maßstab aus (VGH 16, 25 [31]).

Wie dem *Recht auf Arbeit* selbst (Art. 166 Abs. 2 BV) nur Programmcharakter zuerkannt wird (16, 32 [45]; s. a. die nicht geradlinige ältere Rechtsprechung: 2, 127 [141 f.]; 3, 90 [94]; 5, 148 [158], 161 [164]; 13, 141 [144 f.]) und es den Staat nur objektiv anhält und legitimiert, wirtschafts- und sozialpolitische Maßnahmen zur Beschaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen zu treffen (13, 141 [144]; ObLGSt 3, 124 [128]), gibt auch Art. 166 Abs. 3 BV kein subjektives Recht auf staatliche Leistungen, insbesondere nicht auf die Beschaffung der gewünschten Arbeit oder des erstrebten Arbeitsplatzes (13, 141 [146]).

8. Vereinsfreiheit und Koalitionsfreiheit

a) Vereinsfreiheit

Das Grundrecht der Vereinsfreiheit (Art. 114 BV) gilt neben Art. 9 GG fort (4, 30 [38]). Vereine in seinem Sinne sind die dauernden Zusammenschlüsse von Personen zu einem gemeinschaftlichen Zweck in Unterordnung unter eine organisierte Willensmacht (5, 204 [211 f.]). Es betrifft nur freiwillige Zusammenschlüsse, nicht auch Träger mittelbarer Staatsverwaltung (4, 30 [38], 150 [162]). Es garantiert nur die positive, nicht auch die negative Vereinsfreiheit (4, 30 [39], 150 [162]). Somit ist es auch entfernt davon, gegen die zwangsweise Einbeziehung in staatliche Anstalten zu schützen (4, 219 [243]; 5, 287 [294]). Als positive Vereinsfreiheit wendet sich Art. 114 BV dagegen, daß die Bildung von Vereinen beschränkt wird. Ihre Tätigkeit unterliegt dagegen den allgemeinen gesetzlichen Bedingungen (3, 115 [126]; 5, 204 [212])^{132a}.

b) Die Koalitionsfreiheit

Das Recht, Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bilden (Art. 170 BV) gilt als Grundrecht neben Art. 9 Abs. 3 GG fort (4, 30 [38 f.]). Im Gegensatz zu Art. 114 BV umschließt es auch die negative Vereinigungsfreiheit (4, 30 [39]). Eine Beschränkung auf die sog. Sozialpartner ist der Rechtsprechung fremd. Die Anwendung des Art. 177 BV auf öffentlich-rechtliche Standesorganisationen der Rechtsanwälte und Ärzte lehnt der VerfGH jedoch mit der Hypothese ab, diese hätten keine wirtschaftlichen Aufgaben zu erfüllen (4, 30 [39], 150 [162 f., 176]). Auf Anstalten kann Art. 177 BV schon deshalb nicht angewendet werden, weil sie keine Personenvereinigungen sind (4, 219 [246]; 5, 287 [294]).

V. Ehe und Familie

1. Ehe – Familie – Mutterschaft

Art. 124 Abs. 1 BV stellt Ehe und Familie unter den Schutz des Staates. Darin liegt eine Einrichtungsgarantie, deren Schutzobjekt die Privatsphäre von Ehe und Familie ist

^{132a} Siehe zu Vorstehendem auch Dannbeck, Das neue öffentliche Vereinsrecht, BayVbl. n. F. 11. Jhg. 1965 S. 253 ff.

(14, 77 [85]). Sie erlaubt dem Gesetzgeber, von der Ehe als einer Einkommens- und Wirtschaftsgemeinschaft auszugehen, in der die Einkommen der Ehepartner aufgehen, um grundsätzlich hälftig geteilt zu werden (10, 86 [93]). Die Verfassung legitimiert den Gesetzgeber auch, Verheiratete im Rahmen der sozialen Sicherung zu bevorzugen (4, 219 [251])¹³³.

In dem Anspruch auf *Mutterschutz* (Art. 125 Abs. 1 Satz 2 BV) sieht der VerfGH nur einen Programmsatz, der entgegenstehendes altes Recht nicht derogiert (9, 27 [39 f.]). Desgleichen entnimmt er dem Anspruch auf Wohnungsfürsorge für kinderreiche Familien (Art. 125 Abs. 3 BV) kein subjektives Recht (15, 49 [58]).

2. Das Elternrecht

Das Elternrecht (Art. 126 Abs. 1 BV) ist ein – ohne positive Folgen so genanntes – »vorstaatliches« und »elementares« Grundrecht, das neben Art. 6 GG fortgilt (7, 9 [13]; 9, 147 [157]). Es steht den Eltern erziehungsbedürftiger Kinder zu (9, 147 [157]), aber nicht auch dem unehelichen Vater (16, 10 [14 f.]). Das elterliche Erziehungsrecht ist eigenständig und ursprünglich (9, 147 [157]) und genießt in der Gesamterziehung den Primat (7, 9 [13]). Jedoch ist es nicht unbeschränkt (9, 147 [157]). Der Staat kontrolliert seine Ausübung (Art. 126 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 BV) und tritt darüber hinaus als eigenständiger Erziehungs- und Bildungsträger neben die Eltern (9, 7 [13 f.]; einschränkend: 15, 49 [58]). Er wirkt als solcher im wesentlichen im schulischen Bereich (7, 9 [13 f.]; 12, 21 [35], 152 [163]). Auch hier bleibt das Elternrecht in Einzelheiten beachtlich (z. B. Art. 135 Abs. 1 Satz 2, 137 Abs. 1 Satz 1 BV), doch können die Eltern weder den Beginn der Schulpflicht (7, 9 [14]) noch die Schulorganisation bestimmen (12, 152 [163]).

Das Elternrecht ist ein Abwehrrecht (15, 49 [58]; 16, 10 [14]). Es schützt »die Eltern dagegen, daß die öffentliche Gewalt ihnen das Erziehungsrecht oder einzelne seiner Befugnisse entzieht oder beschränkt oder doch ... ihren Kindern neben der elterlichen Erziehung noch eine andere aufzwingt« (9, 147 [158]). Es enthält jedoch kein Recht auf staatliche Fürsorgeleistungen (15, 49 [59]), auf die Errichtung bestimmter höherer Schulen, auf Schulgeld- und Lernmittelfreiheit (12, 21 [35]) oder auch nur auf Unterlassen aller staatlichen Maßnahmen, die für die Kindererziehung ungünstige Nebenwirkungen haben (9, 147 [158]).

VI. Die Eigentumsordnung

1. Die Verfassungsgarantie

Zentrale Norm der Eigentumsordnung der BV ist Art. 103. Mit der Qualität des Grundrechts garantiert diese Vorschrift das Eigentum als Einrichtung und schützt sie das konkrete Eigentum (1, 81 [88]; 2, 1 [5]; 9, 1 [7 f.], 158 [164]). Wesentliche Einzelregelungen über das Eigentum finden sich sodann in Art. 158 – 163 BV. Mit ihnen bildet Art. 103 BV eine Einheit (1, 64 [76], 81 [88]; 9, 1 [8 ff.]; 11, 110 [119 ff.]). Insbesondere die Enteignungsregelung in Art. 159 BV teilt den Grundrechtscharakter des Art. 103 BV (9, 158 [164]; 14, 104 [106]). Die Vorschriften gelten – wenn auch »mit schwächerem formellem Gehalt« – neben Art. 14, 15 GG fort (13, 133 [140]).

Den Kern der Eigentumsordnung bildet die *Wesensgehaltsgarantie* des Eigentums (6, 10 [15]; 8, 107 [115]; 9, 158 [174]). Diesen Wesensgehalt sieht die Rechtsprechung als das Angriffsziel von Eingriffen und Bindungen, welche die Verfassung abdrängt und regu-

¹³³ Zur Gleichheit von Mann und Frau in der Ehe (Art. 124 Abs. 2 BV) siehe oben S. 389.

liert. Dabei impliziert die Eigentumsordnung der Verfassung auch die allgemeinen Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit (1, 51 [90]; 2, 1 [5]; 12, 165 [167]; s. a. 18, 43 [48 f.]) und der Sozialstaatlichkeit (12, 165 [167]). Eingriffsbefugnisse müssen meßbar¹³⁴ und Eingriffe verhältnismäßig sein¹³⁵.

Schon der Wesensgehalt des Eigentums verlangt diese maximale Schonung seines Bestandes (6, 10 [15]; s. a. 5, 279 [287]). An die Aufgabe des Gesetzgebers, das Eigentum überhaupt erst zu entfalten, denkt die Rechtsprechung so gut wie nicht (nunmehr erstmals: 18, 43 [48]). Das liegt einerseits an der konservativen Ideologie, welche die Rechtsprechung des VerfGH auch sonst kennzeichnet, andererseits aber auch an der beschränkten Kompetenz des Landesgesetzgebers, Eigentumsformen zu schaffen und zu gestalten. Der Landesgesetzgeber hat zumeist nur die Möglichkeit, bundesrechtlich vorgegebenes Eigentum zuzätzlich zu binden oder zu entziehen. Davon bezieht die Rechtsprechung vor allem des VerfGH eine eigentümliche Prägung.

2. Eigentum

Eigentum ist jedes *private* Vermögensrecht (4, 109 [insbes. S. 136]; 5, 1 [4]; st. Rsp.). Dagegen werden *öffentlichrechtliche* Ansprüche grundsätzlich nicht als Eigentum qualifiziert (5, 1 [5, 11]; 14, 104 [109]; dagegen OBLGZ 4, 216 [221]). Die Anwendung der Eigentumsvorschriften scheidet jedenfalls aus, soweit verfassungsrechtliche Sonderregelungen bestehen, wie für Finanzausgleichsansprüche (Art. 11, 83 BV; 5, 1 [11]) oder für Beamtenbezüge (Art. 95 BV; 5, 166 [195]; VGH 9, 61 [67]). Der VerfGH will öffentlichrechtliche Berechtigungen ferner dann nicht als Eigentum anerkennen, wenn sie nicht frei verwertbar sind. Das soll bei dem Recht, einen Betrieb oder ein Unternehmen zu führen, auch für die Sach- und Rechtsgesamtheit gelten, die das Unternehmen darstellt (für Arzt- und Rechtsanwaltspraxis: 8, 107 [114]; 9, 57 [85]). Schließlich hat der VerfGH öffentlichrechtlichen Positionen die Eigentumsqualität auch dann versagt, wenn ihre Verwirklichung ungewiß schien (5, 196 [202]; 12, 48 [60]; 14, 59 [69]). Die Gleichbehandlung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Positionen hält er dann für möglich, wenn jene »die konstituierenden Merkmale des Eigentumsbegriffes tragen« (15, 59 [65]). Eine öffentlichrechtliche Betriebserlaubnis kann, indem der Unternehmer sie durch Einsatz von Arbeitskraft und Kapital realisiert, zu Eigentum werden (17, 59 [59 f.]). Öffentlichrechtliche Gemeindennutzungsrechte sind denjenigen, die auf privatrechtlichen Titeln beruhen, so ähnlich, daß sie wie Eigentum geschützt werden müssen (14, 104 [109]; 18, 43 [48]). Gelegentlich geht der VerfGH auch einen Mittelweg, indem er darauf verweist, daß jedes Eigentum nur so geschützt werden kann, wie es dessen Inhalt entspricht (15, 59 [65]). So hat er Sozialversicherungsberechtigungen, sollten sie Eigentum sein, unter dem Vorbehalt der Änderung gesehen (15, 59 [65]; 16, 32 [41 f.]).

Fehlerhaft erworbenes Eigentum genießt nicht den Schutz der Verfassung (4, 9 [13 f.]; VGH 4, 157 [162]). Desgleichen wird dem Eigentum der Schutz versagt, soweit es sittenwidrig benutzt wird (OBLGSt 13, 63 [66 f.]).

3. Die Eigentumsbindung

Die Bindung durch das Gesetz (VGH 4, 5 [8]) ist dem Eigentum immanent (Art. 103 Abs. 2, 158 BV; 4, 109 [138]; st. Rsp.). Für Art. 98 Satz 2 BV sieht der VerfGH deshalb mit Recht keinen Raum (11, 81 [85], 110 [124]; 16, 128 [136]). Bei seiner Funktion, die

¹³⁴ Siehe oben S. 338.

¹³⁵ Siehe oben S. 339.

Eigentumsordnung im Dienst des Gemeinwohls zu erlassen und dabei Inhalt und Eigentum allgemeinverbindlich abzugrenzen, muß der Gesetzgeber jedoch den Wesensgehalt des Eigentums wahren (6, 10 [15]; 8, 107 [115]; st. Rsp.). Vereinzelt will der VerfGH, um Verletzungen des Wesensgehalts zu ermitteln, den Gleichheitssatz heranziehen (11, 110 [123]). Im allgemeinen geht er jedoch von der Funktion und der Tradition des Eigentums aus (s. insbes. zur Bebaubarkeit: 6, 10; 9, 81 [85], 158 [174]; 13, 133 [138 ff.]; VGH 4, 5 [8]). Die Bindung des Eigentums beläßt die Substanz des konkreten Eigentums. Vollständige Entziehung eines Grundstücks oder eines Grundstücksteils ist keine Bindung mehr (9, 14 [19], 158 [166]; 13, 63 [69]).

4. Die Entziehung des Eigentums

a) Die Enteignung¹³⁶

Enteignung (Art. 159 BV) ist die Entziehung oder Beschränkung von Eigentum durch Eingriff der Staatsgewalt für einen konkreten (zeitlich und örtlich genau bestimmbar) öffentlichen Zweck (3, 109 [113]; 5, 225 [239]; 6, 1 [14]; 9, 158 [172 f.]). Sie kann durch Einzeleingriff oder allgemeines Gesetz erfolgen (3, 109 [113]). Der Akt muß Eigentum nicht unmittelbar entziehen. Auch eine entsprechende Auflage kann Enteignung sein (9, 14 [18 f.]; s. a. 1, 64 [70, 76 f.]).

Enteignung und Eigentumsbindung werden voneinander *expressis verbis* fast ausnahmslos nach der Sonderopfertheorie, m. a. W. nach Maßgabe des Gleichheitssatzes abgegrenzt (1, 81 [88]; 6, 10 [15]; 9, 158 [173]; 11, 23 [32 f.]; 14, 104 [111]; ObLGZ 4, 50 [155], 216 [222]; 5, 256 [261]; st. Rsp.). Doch blieb die Substanztheorie nicht ohne Einfluß. Zwar wird die Notwendigkeit, Substanztheorie und Sonderopfertheorie um des Zwecks und der Funktion der verfassungsrechtlichen Enteignungsnorm willen kumulativ heranzuziehen, nirgends klar ausgesprochen. In der einzigen Entscheidung, in der sich der VerfGH der Substanztheorie ausdrücklich zuwendet, erscheint diese als allein maßgeblich (4, 109 [137]). Doch kann er sich in der Sache der gebotenen Kumulation nicht entziehen. Das wird deutlich, wenn er die Wegnahme eines Grundstücks oder eines Grundstücksteils ohne Rücksicht auf die Gleichheit als Enteignung anerkennt (9, 1 [19], 158 [165]; 13, 63 [69]; 16, 128 [132]), desgleichen wenn er sonst auf das Wesen eines Rechts (4, 109 [141, 149]; 15, 59 [65]; 16, 32 [41 f.]; 17, 59 [60 f.]), auf den Wesensgehalt des Grundeigentums (13, 133 [138 ff.]), auf die Zumutbarkeit einer Belastung (16, 128 [132 ff.]) oder auf ihr Ausmaß im Verhältnis zu dem angestrebten Zweck (12, 1 [8 f.]; s. a. ObLGSt 6, 72) abstellt (s. a. ObLGSt 14, 50 [53]). Gelegentlich zeigen ihm Schwere und Ausnahmeharakter eines Eingriffes nebeneinander die Enteignung an (9, 131 [137 f.]).

Schwierigkeiten bereitet auch hier Art. 98 Satz 2 BV. Obwohl Art. 159 BV das Gesetz für maßgeblich erklärt und speziell bindet, hält der VerfGH Art. 98 Satz 2 BV für anwendbar (1, 64 [76, 78], 81 [88, 91]; 3, 109 [113]; problematisch 2, 1 [5]). In welchem Sinne Art. 98 Satz 2 BV neben Art. 159 BV angewendet werden soll, ist dabei nicht immer klar. Jedenfalls zieht der VerfGH in Betracht, unter den besonderen Voraussetzungen dieser Norm entschädigungslose und minderentschädigte Enteignungen zuzulassen (4,

¹³⁶ Hoefler, in *Mang*, Verwaltungsrecht in Bayern, Bd. II 1952, S. 62 ff.; Osterkorn, Angemessene oder gerechte Entschädigung im Enteignungsrecht? BayVbl. n. F. 1. Jhg. 1955 S. 132 ff.; Zacher, Entschädigungslose Enteignung von Verkehrsflächen? BayVbl. n. F. 2. Jhg. 1956 S. 66 ff., 109 ff.; Moertel, Verfassungsmäßigkeit entschädigungsloser Enteignung bei der Baulanderschließung, BayVbl. n. F. 5. Jhg. 1959 S. 361 ff.

109 [137 f. u. passim]; s. demgegenüber ObLGZ 5, 142 [149]). Im Hinblick auf den Abwägungsspielraum des Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG könnte dem Bedeutung zukommen (s. zu Vorstehendem auch 9, 131 [138]).

Art. 159 verlangt, daß Enteignungen angemessen *entschädigt* werden. Regelt das Gesetz, das eine Enteignung zuläßt, die Entschädigungsfrage nicht, so kann es durch diese Verfassungsnorm ergänzt werden (9, 158 [164 f.]; 13, 63 [72]; VGH 13, 14 [15]; ObLGZ 5, 142). Da die Junctim-Klausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG für vor dem Grundgesetz erlassene Vorschriften nicht gilt (BVerfGE 4, 219 [237]), können alte unkorrekte Enteignungsgesetze auf diese Weise geheilt werden (13, 63 [72]; dagegen auch für Heilung neuen Rechts: 13, 133 [139 f.]). Schließt ein Gesetz die Entschädigung ausdrücklich aus, so kann es jedoch nicht durch Art. 159 BV ergänzt werden (9, 158 [165]; 12, 1 [6 f.]; 13, 63 [72]). Erhöht sich der Wert des nach einer Enteignung verbleibenden Eigentums durch das Enteignungsunternehmen, so kann das bei der Entschädigung berücksichtigt werden; jedoch muß die Werterhöhung konkret angesetzt und darf sie nicht fingiert werden (9, 14 [19 f.], 158 [165 f.]; 13, 63 [73]). Die Entschädigung muß angemessen verzinst werden (4, 109 [145 f.]). Sie kann auch in Grundstücken bestehen (5, 225 [236])¹³⁷. Die *Rechtswegklausel* des Art. 159 Satz 2 BV gilt unmittelbar (1, 81 [90]), auch dann wenn ein altes Gesetz den Rechtsweg für die EnteignungsentSchädigung ausgeschlossen hat (VGH 1, 50 [55]). Sie verbietet nicht, dem gerichtlichen Verfahren ein Verwaltungsverfahren zur vorläufigen Entscheidung über die Entschädigung vorzuschalten (4, 109 [146]). Wird die Anmeldung von Entschädigungsansprüchen befristet, so darf die Frist nicht so bemessen sein, daß die Rechtsweggarantie ausgehöhlt wird (1, 81 [89]).

b) Andere Fälle der Eigentumsentziehung

Erschien die Enteignung zunächst als die einzige Ausnahme von dem durch Art. 103 BV gewährleisteten Schutz des konkreten Eigentums (1, 81 [88]), und wurde dann Art. 98 Satz 2 BV zum Ort weiterer Entziehungsfälle (2, 1 [6 ff.], 72 [79, 80 ff.]), so wurde schließlich auch Art. 98 Satz 2 BV für entbehrlich erklärt, soweit die Entziehung Ausdruck einer immanenten Bindung des Eigentums ist (4, 109 [138]; s. a. 2, 1 [7] und 4, 212 [218]: Einschränkung des Eigentums durch die Rechtsordnung kann bis zu seinem Entzug gehen). Im besonderen wurden so Entziehungsfälle des *Privatrechts* (2, 1 [6 ff.]; 4, 109 [138]) und die *Einziehung* als *Nebenstrafe* (3, 109 [113 ff.]) gerechtfertigt. *Geldleistungspflichten* sind schon im Hinblick auf die Spezialnorm des Art. 123 BV zulässig (9, 158 [175]). Wie wenig es dem VerfGH gelang, von der Alternative Eigentumsbindung oder Enteignung loszukommen und die Enteignung in das verfassungsimmanente System der Entziehungsfälle einzubauen, zeigt, daß er Zwangsbeiträge für keine Enteignung (!) hält, soweit die Last nicht übermäßig ist (16, 117 [126]). An späterer Stelle hält er Geldleistungspflichten und andere öffentliche Lasten nicht einmal für »Eigentumsbeschränkungen« (17, 19 [27]; s. a. 18, 1 [7]).

Die *Umlegung* stellt der VerfGH mit Recht der Enteignung gleich, wenn und weil sie zugleich dem öffentlichen Interesse dient. Als Indizien scheinen ihm wichtig: die Erzwingbarkeit, die Befugnis der öffentlichen Hand, Land zu entnehmen, und der Minderausgleich in Land (5, 225 [insbes. 232, 235 f.]; 13, 63 [67 ff.]).

Zur Durchführung des *Sozialisierungsprogramms* des Art. 160 BV erging das Erste Gesetz zur Durchführung des Art. 160 BV vom 18. Juli 1947 (BayBS IV S. 255), dessen Voll-

¹³⁷ Siehe zur EnteignungsentSchädigung auch 4, 109 (143 f., 146 f.).

zug jedoch nicht nennenswert vorangetrieben wurde. Ein zweites Gesetz zur Durchführung des Art. 160 BV (Gesetz Nr. 110 zur Sicherung der Brennstoffversorgung und zur Förderung der Braunkohlenwirtschaft) vom 31. März 1948 (GVBl. S. 54) lief am 31. Dezember 1949 aus und wurde nicht verlängert. Art. 160 BV verpflichtet den Staat nicht präzise zur Übernahme von Eigentum und verbietet ihm auch nicht, erworbenes Vermögen wieder zu veräußern (7, 86 [94]).

5. Zwei Sonderbereiche der Eigentumsordnung

a) Der landwirtschaftlich genutzte Boden

Für den landwirtschaftlich genutzten Boden wird die allgemeine Eigentumsordnung der Verfassung durch Art. 163 BV modifiziert (9, 1 [8 ff.]; 11, 110 [119 ff.]). Art. 163 Abs. 3 bekräftigt dabei die Eigentumsgarantie des Art. 103 BV für das landwirtschaftlich genutzte Eigentum, wie andererseits Abs. 1 den Grundsatz der Verfügbarkeit und Erwerbbarkeit von Grund und Boden auch für das landwirtschaftlich genutzte Eigentum bestätigt (9, 1 [8]). Art. 163 Abs. 2 BV betont die Gemeinschaftsbindung des landwirtschaftlich genutzten Bodens, woraus entnommen wird, daß die Flurbereinigung als Enteignung gerechtfertigt ist (5, 225 [232]). Art. 163 Abs. 5 BV modifiziert darüber hinaus die Enteignung von landwirtschaftlich genutztem Grund. Die Rechtsprechung sieht darin jedoch keine Einschränkung der Enteignung von landwirtschaftlichem Grund (VGH 13, 97 [103]) und greift statt dessen auf, daß die Vorschrift die Enteignung für Siedlungszwecke zuläßt (4, 212 [218]).

Die größte praktische Bedeutung erlangte Art. 163 Abs. 4 BV, dessen Beschränkungen des Verkehrs mit landwirtschaftlich genutztem Boden von der Rechtsprechung mit dem Schlagwort »Bauernland in Bauernhand« zusammengefaßt werden (9, 1 [9]; ObLGZ 6, 23 [35]). Der Gesetzgeber kann die Voraussetzungen für den Erwerb von landwirtschaftlichem Grund noch strenger gestalten als die Verfassung (9, 1 [9 f.]; s. a. 11, 110 [119]).

b) Denkmäler – Landschaft – freie Natur¹³⁸

Zu den originellsten Bestimmungen der BV zählt Art. 141. In Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 entwickelt sie ein umfangreiches Programm des Denkmalschutzes, der Landschaftspflege und der Erschließung von Naturschönheiten und Erholungsstätten für die Allgemeinheit (3, 2; 7, 59 [63, 65]), das immer wieder auch herangezogen wurde, um die zulässige Bindung des Eigentums von der Enteignung abzugrenzen (4, 63 [73], 90 [107 f.]; 5, 279 [286]; 11, 23 [32]; 12, 1 [7 f.]; ObLGSt 6, 72). Indem Art. 141 Abs. 3 Satz 1 BV jedoch jedermann den »Genuß der Naturschönheiten und die Erholung in der freien Natur, insbesondere das Betreten von Wald und Bergweide, das Befahren der Gewässer und die Aneignung wildwachsender Waldfrüchte in ortsüblichem Umfang« gestattet, wird ein Grundrecht gewährt, das als solches fortgilt (Art. 142 GG) und nur im Rahmen des Art. 98 Abs. 2 BV eingeschränkt werden kann (4, 90 [108], 206 [209 f.]). Es kann nur für Naturgenuß und Erholung in Anspruch genommen werden, also nicht für eine wirtschaftliche und sportliche Betätigung oder auch den Rettungsdienst (4, 206 [211 f.]). Der Gebrauch muß von der Rücksichtnahme auf die konkurrierenden Grundrechtsträger geprägt sein (ebd.). Das bedeutet, daß Gewässer nur mit Fahrzeugen ohne eigene Antriebskraft

¹³⁸ Siehe dazu v. *Rauscher auf Weeg – Schmidt*, Jagdrecht und Gemeindegebrauch am Privateigentum, BayVBl. n. F. 3, Jhg. 1957 S. 372 ff. (mit einem Nachwort der Herausgeber und des Schriftleiters, S. 377); *Hofmann*, Naturschutz und Grundrecht auf Erholung und Naturerlebnis, BayVBl. n. F. 10, Jhg. 1964 S. 237 ff.

benutzt werden dürfen (4, 206 [212]; VGH 12, 55 [56 ff.]). Schließlich wird dem Recht die »inhärente Schranke« unterstellt, daß ihm höhere Interessen der Allgemeinheit (z. B. Trinkwasserversorgung) vorgehen (7, 59 [64 f.]).

VII. Weitere Grundrechte

1. Das Petitionsrecht¹³⁹

Das Petitionsrecht (Art. 115 BV) ist trotz seiner objektiven Kontrollfunktion subjektives Recht (10, 20 [22 f.]; 11, 187 [188]). Für das gerichtliche Verfahren ist Art. 91 BV die parallele Sicherung. Gerichte können daher nicht als Behörden mit Petitionen angegangen werden (5, 297 [301 f.]; 6, 27 [34 f.]). Art. 115 BV gibt einen Anspruch auf sachliche Prüfung der Petition und einen Bescheid, der zwar nicht begründet sein, jedoch mitteilen muß, wie die Petition erledigt wurde (10, 20 [29 f.]; 11, 187 [189]; 13, 80 [87]; 16, 141). Ein Recht auf dienstaufsichtliches Einschreiten der angegangenen Behörde besteht nicht (11, 187 [188 f.]; 13, 80 [87]). Der Anspruch auf Prüfung und Bescheid richtet sich nur gegen die jeweils zuständige Behörde (16, 141). Die angegangene Stelle kann die Petition durch eine sachlich zuständige nachgeordnete Stelle verbescheiden lassen (11, 187 [189 f.]). Desgleichen kann der Landtag die Behandlung von Petitionen auf seine Ausschüsse übertragen (10, 20 [24 ff.]). Ist eine Petition erledigt, so braucht auf weitere Petitionen gleichen Inhalts nicht mehr eingegangen zu werden (16, 141 [142]). Das Petitionsrecht steht auch dem Beamten zu, um dienstliche Übelstände aufzudecken (DStH 9, 27 [28]). Es gibt jedoch kein Recht, geschäftsmäßig Petitionen im fremden Namen zu erheben (5, 297 [301 f.]).

2. Das Asylrecht

Das Asylrecht (Art. 105 BV) wird dem gewährt, der Bayern aufgesucht hat, weil er anderswo politisch verfolgt wurde (ObLGZ 14, 127 [129]). Wer in seiner Heimat politisch verfolgt, dann aber im Asyl straffällig wurde und deshalb nach Bayern floh, genießt den Schutz des Asylrechts nicht (ObLGZ 10, 176 [179 f.]). Art. 105 BV verbietet ferner nicht, Ausländer in solche Staaten auszuliefern, auszuweisen und abzuschieben, in denen sie nicht in Leben und Freiheit bedroht sind (ObLGZ 7, 268 [271]; 10, 176; 11, 90 [92 f.]; 12, 42 [45]).

VIII. Die Steuerpflicht

Unter den Grundpflichten der BV (Art. 117, 121, 122, 123 BV) hat – von gelegentlichen interpretatorischen Hinweisen auf Art. 117 BV abgesehen – allein Art. 123 BV Bedeutung erlangt. Die Bestimmung verlangt Steuergleichheit (Abs. 1), ein angemessenes Verhältnis zwischen Verbrauchssteuern und Besitzsteuern (Abs. 2) und eine gestaffelte, wirksame Erbschaftssteuer (Abs. 3). Sie ist Grundpflicht, nicht auch Grundrecht (2, 170 [178]; 3, 15 [25]; 4, 150 [165]; 6, 21 [25 f.]; 16, 46 [53]; VGH 6, 75 [83]). Der einzelne hat kein Recht darauf, daß andere zur Steuer herangezogen werden (2, 170 [178]). Aber Art. 123 BV bindet den Gesetzgeber (VGH 6, 75 [83 f.]) und das wirkt allein schon über das Verbot ungesetzlicher Belastungen zugunsten des Bürgers (Art. 101 BV). Darüber hinaus sichert auch der Gleichheitssatz (Art. 118 BV) das Recht des einzelnen, nicht übermäßig belastet zu werden (2, 170 [178]; s. a. VGH 6, 75 [84 f.]).

¹³⁹ Neubauer, Probleme des Petitionsrechts, BayVBl. n. F. 5. Jhg. 1959 S. 75 ff.

Die Auslegung hat sich vor allem damit beschäftigt, das Wirkungsfeld des Art. 123 Abs. 1 BV einzuengen. Sie bezieht die Norm nur auf Personalsteuern, z. B. Kurförderung (4, 181 [193]) und Feuerschutzabgaben (VGH 6, 75 [83 f.]), nicht auch auf Abgaben, die nach einem Objekt bemessen werden (3, 15 [26]; 13, 27 [32]; 16, 46 [50]; VGH 6, 75 [84]). Sie wird ferner weder auf mitgliedschaftliche Beiträge (4, 30 [41], 150 [165, 177]; 6, 107 [112]; 12, 14 [20]) noch auf Anstaltsgebühren (5, 243 [262]) angewandt. Aber auch für Personalsteuern wurde Art. 123 Abs. 1 BV dahin eingeschränkt, daß nicht bei jeder einzelnen Personalsteuer die Unterhaltslast berücksichtigt werden muß (13, 127 [133]).

Siebter Teil

Sachordnungen

I. Das Schulwesen

Die Entwicklung auf dem Gebiete des Schulwesens ist vor allem durch umfassende gesetzgeberische Reformen gekennzeichnet. Heute darf als das »Grundgesetz« des Schulwesens das Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen vom 9. März 1960 (GVBl. S. 19; geändert durch Gesetz vom 30. Mai 1961, GVBl. S. 148) bezeichnet werden. Es wird für die Volksschulen vor allem ergänzt durch das Schulaufsichtsgesetz vom 14. März 1938 (BayBS II S. 582; geändert durch Gesetz vom 26. Januar 1961, GVBl. S. 35), das Schulbedarfsgesetz vom 11. Januar 1939 (BayBS II S. 588)¹⁴⁰, das Schulorganisationsgesetz vom 8. August 1950 (BayBS II S. 591; geändert durch Gesetz vom 26. Januar 1961, GVBl. S. 35), das Gesetz über Schulpflege an den Volksschulen vom 27. Juli 1948 (BayBS II S. 593; geändert durch Gesetz vom 13. Mai 1960, GVBl. S. 75), das Gesetz über die Schulpflicht vom 31. August 1957, (GVBl. S. 197; geändert durch Gesetz vom 10. Juli 1961, GVBl. S. 181), das Gesetz über die Schulverwaltung, Schulverbände und Gastschulverhältnisse an Volksschulen vom 26. Januar 1961 (GVBl. S. 35) und das Gesetz über die Ahndung der Schulversäumnisse vom 3. September 1949 (BayBS II S. 578). Ferner ist das Gesetz über Berufsschulen und Berufsaufbauschulen vom 16. Juli 1960 (GVBl. S. 139; geändert durch Gesetz vom 20. Juli 1964, GVBl. S. 149) zu erwähnen. Hinsichtlich der Höheren Schulen, Mittelschulen und Handelsschulen wird das Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen vor allem durch das Schulfinanzierungsgesetz vom 26. Oktober 1962 (GVBl. S. 276) ergänzt. Schließlich ist auf die Gesetze über die Schulgeldfreiheit und über die Lernmittelfreiheit, je vom 5. März 1949 (BayBS II S. 578) aufmerksam zu machen. Als rechtsstaatlich und erziehungspolitisch bedeutsame Entwicklung ist der Erlaß von – soweit geboten – Rechtssatzcharakter tragenden Schulordnungen für grundsätzlich alle Arten staatlicher Schulen zu werten¹⁴¹.

Die BV befaßt sich mit dem Schulwesen vor allem im 2. Abschnitt ihres Dritten Hauptteils (Art. 128 ff.). Dem in Art. 128 Abs. 1 BV ausgebrachten Ausbildungsanspruch hat die Rechtsprechung nur Programmcharakter zuerkannt (13, 141 [146]; 17, 30 [39], 46 [58]). Er werde auch in ungeteilten Volksschulen erfüllt (12, 152 [163]). Jedoch verbietet er –

¹⁴⁰ Änderungsnachweise siehe bei *Ziegler-Tremel*, Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern, Nr. 685 S. 1.

¹⁴¹ Siehe dazu *Ziegler-Tremel*, aaO, Nr. 178 Fußn. 1 zu Art. 5 (S. 2 f.).

auch dem Gesetzgeber –, den Zugang zu den öffentlichen Schulen von den wirtschaftlichen, gesellschaftlichen oder politischen Verhältnissen des Bewerbers abhängig zu machen (17, 30 [39]). Die Pflicht des Staates, Unterrichtsanstalten zu errichten (Art. 133 Abs. 1 BV), zielt nicht darauf, »daß öffentliche höhere Lehranstalten nach den Wünschen der Erziehungsberechtigten allerorten eingerichtet werden müßten« (12, 21 [34]; entsprechend zu Art. 128 Abs. 1 BV: 17, 30 [38]). Schulgeldfreiheit wird von der Verfassung nur für Volksschulen und Berufsschulen garantiert (Art. 129 BV; 5, 243 [260 ff., 265]; 12, 21 [33 f.]). Die Pflicht des Staates zur Begabtenförderung (Art. 128 Abs. 2 BV) gibt Begabten kein Recht, die Volksschule vorzeitig oder unter anderen Bedingungen, als sie allgemein gelten, zu besuchen (7, 9 [14]). Das gleichheitliche Aufnahme- und Ausleseprinzip des Art. 132 BV begründet kein Recht auf Aufnahme in eine private Schule, verlangt aber, daß auch den Schülern privater Schulen Ausbildungs- und Erziehungsbeihilfen bewilligt werden (12, 21 [33 f.]).

Die öffentlichen Volksschulen sind Bekenntnis- oder Gemeinschaftsschulen (Art. 135 Abs. 1 Satz 1 BV). Der VerfGH stellt der Bekenntnisschule die bloße Weltanschauungsschule gegenüber, die nur als Privatschule errichtet werden könne (4, 251 [283 f.]). Zweck der Bekenntnisschule ist, »die in einem Schulsprengel wohnenden Kinder nach ihrer Zugehörigkeit zu einem Bekenntnis zusammenzufassen und sie im Geiste dieses Bekenntnisses durch hierzu bereite Lehrer zu unterrichten und zu erziehen« (12, 152 [161]). Daß dabei nicht für alle Kinder voll ausgebaute Schulen eingerichtet werden können, verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz (S. 160 ff.). Die Schulpflegschaft an Bekenntnisschulen muß nicht bekenntnisgleich zusammengesetzt sein (7, 49 [57]). Die Eignung, an einer katholischen Bekenntnisschule zu unterrichten (Art. 135 Abs. 2 BV), geht einer katholischen Lehrkraft nicht immer schon dadurch verloren, daß sie einen geschiedenen Ehegatten heiratet (BVerwGE 17, 267). Aus der Verfassungsregelung insbes. der Genehmigung von Privatschulen (Art. 134 BV) entnimmt der VerfGH die Anerkennung der Eigenständigkeit der freien Schule (12, 21 [28]). Jedoch billigt er keinen Anspruch auf finanzielle Unterstützung zu (S. 31 ff.). Unterrichtsanstalten, die keine Schulen sind, unterliegen nicht der staatlichen Aufsicht im Sinne des Art. 130 BV und können nach allgemeinen gewerberechtlichen Grundsätzen errichtet werden (VGH 10, 3 [6]).

II. Staat und Kirche¹⁴²

Die staatskirchenrechtliche Entwicklung in Bayern verlief weniger spektakulär als anderswo, zielte aber auch auf die völlige Liquidation der staatlichen Kirchenhoheit. Die Verhältnisse waren in erster Linie durch die gemäß Art. 182 BV fortgeltenden Kirchenverträge von 1924/25 bestimmt¹⁴³. Den bedeutsamsten praktischen Schritt zur vollen Verwirklichung der kirchlichen Autonomie stellte die Ablösung des alten Kirchenvermögensrechts (insbes. der Kirchengemeindeordnung vom 24. September 1912, GVBl. S. 911; in der Fassung des Gesetzes vom 27. Februar 1923, GVBl. S. 89) durch das Stiftungsgesetz vom 26. November 1954 (BayBS II S. 661; geändert durch Gesetz vom 1. August 1962, GVBl. S. 179) dar (ObLGZ 14, 158 [159]).

¹⁴² Zimmermann, in: *Mang*, Verwaltungsrecht in Bayern, Bd. II 1952, S. 493 ff.; *Maier*, Entwicklung des Staatskirchenrechts in Bayern in den Jahren 1947 bis 1954, in: *Festschrift für Hans Ehard*, 1957, S. 162 ff.; *Grundmann*, Staat und Kirche in Bayern, BayVBl. n. F. 8. Jhg. 1962 S. 33 ff.

¹⁴³ S. dazu nochmals oben S. 332 mit Fußn. 22.

III. Wirtschaft und Arbeit

Der Vierte Hauptteil der BV («Wirtschaft und Arbeit») verlor durch die Wahrnehmung der einschlägigen Bundeskompetenzen mehr und rascher an Bedeutung als jeder andere Teil der Verfassung. Auf einige Gegenstände wurde bereits oben hingewiesen.

Das Grundrecht auf Beteiligung der Arbeitnehmer an der Leitung der Unternehmungen (Art. 175 BV) ist als solches zwar gem. Art. 142 GG in Kraft geblieben (12, 37 [42]); 13, 153 [159, 166 ff.]), kann jedoch kaum mehr praktisch werden – allenfalls im Personalvertretungsrecht. Gerade im öffentlichen Dienstrecht kann es jedoch nur begrenzt wirken, da Art. 175 BV für Beamte nicht gilt (10, 31 [42]; 12, 37 [42]).

Die Garantie der öffentlichen *Fürsorge* (Art. 168 Abs. 3 BV) ist durch das Bundessozialhilfegesetz überholt. Das ist um so bedeutsamer, als die Rechtsprechung den Inhalt des Art. 168 Abs. 3 BV an den einschlägigen Gesetzen orientiert (5, 273 [277]; 15, 49 [58]). Ob Art. 168 Abs. 3 BV ein verfassungsmäßiges Recht gewährt (dafür 5, 273 [276]; dagegen 15, 49 [58]), ist somit derzeit irrelevant. Die noch größte Bedeutung könnte, da der Bund sich der sozialen Sicherung der freien Berufe nur wenig angenommen hat, die Garantie der *Sozialversicherung* (Art. 171 BV) beanspruchen. Der VerfGH will allerdings, nachdem er die Vorschrift zunächst auch auf die freien Berufe bezog (4, 219 [insbes. 243 ff.]; 5, 287 [293]), den Begriff der Sozialversicherung nunmehr auf die klassische Arbeiterversicherung beschränken (13, 109 [122 f.]; 15, 59 [66 f.]). Der VerfGH hat zudem auf eine eigenständige Entfaltung des Art. 171 BV zugunsten des Gesetzgebers mehr und mehr verzichtet (13, 109 [123]; 15, 59 [67]), so daß nur noch schwer zu sehen ist, was von der institutionellen Garantie der Sozialversicherung (7, 1 [3]) übrigbleiben soll. Ein subjektives Recht auf Sozialversicherung wurde ohnedies nie anerkannt (7, 1 [3]; 13, 109 [123]; 15, 59 [67]).

SCHRIFTTUMSHINWEISE

1. Allgemeine Darstellungen und Kommentare

- Apelt, Willibald*, Die Bayerische Verfassung, DRZ 2. Jahrgang (1947) S. 1 ff.
- Hoegner, Wilhelm*, Lehrbuch des Bayerischen Verfassungsrechts, 1949
- Huber, Heinrich*, Repertorium zur Verfassung des Freistaates Bayern, 1948
- Leusser, Claus*, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, Jahrbuch des öffentlichen Rechts n. F. Bd. 3 (1954) S. 149 ff.
- Mayer, Franz*, Bayerische Verfassung, in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- u. Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Aufl. (1964) S. 21 ff.
- Nawiasky, Hans – Leusser, Claus*, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, 1948
- Nawiasky, Hans – Lechner, Hans*, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, Ergänzungsband, 1953
- Nawiasky – Leusser – Schweiger – Zacher*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, begr. v. Hans Nawiasky, 2. neubearbeitete Auflage, herausgegeben von Claus Leusser und Erich Gerner, bearbeitet von Karl Schweiger und Hans Zacher, 1964 ff.
- Nawiasky, Hans*, Ein Jahrzehnt Bayerische Verfassung, BayVBl. n. F. 2. Jahrgang (1956) S. 355

2. Zur Entstehungsgeschichte der Verfassung

- Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayerischen verfassunggebenden Landesversammlung, Bd. 1–3, 1946
- Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der Bayerischen verfassunggebenden Landesversammlung, 1946
- Hoegner, Wilhelm*, Professor Dr. Hans Nawiasky und die Bayerische Verfassung von 1946, in: »Staat und Wirtschaft«, Festschrift für Hans Nawiasky, 1950, S. 1 ff.
- , Besatzungsmacht und Bayerische Verfassung von 1946, BayVBl. n. F., 2. Jahrgang (1956), S. 353 ff.
- , Die Verhandlungen des vorbereitenden Verfassungsausschusses von 1946, BayVBl. n. F., 9. Jahrgang (1963) S. 97 ff.
- Langen, Hans-Werner*, Der Einfluß der schweizerischen Verfassungszustände auf die Bayerische Verfassung, jur. Diss., München 1950
- Steidle, Otto*, Bayerische Verfassungsgeschichte von 1808–1946, jur. Diss., München 1948

3. Zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof

a) Stellung und Verfahren

- Elsäßer, Sigmund*, Der Bayerische Verfassungsgerichtshof, BayVBl. n. F., 9. Jahrgang (1963) S. 165 ff.
- Henle, Wilhelm*, Verfassungsbeschwerde und Popularklage in Bayern, DÖV 2. Jahrgang (1948) S. 44 ff.
- Hoegner, Wilhelm*, Der Bayerische Verfassungsgerichtshof, SJZ 1947 S. 490 ff.
- Knöpfle, Franz*, Die Berufung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes zum Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung, BayVBl. n. F. 11. Jahrgang (1965) S. 73 ff.

- König*, Der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz in Bayern, BayVBl. n. F. 4. Jahrgang (1958) S. 166 ff.
- Körner, Gerhard*, Bayerische Verfassungsbeschwerde u. Bundesrecht, DÖV 15. Jahrgang (1962) S. 295 ff.
- Rebel*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Mang, Verwaltungsrecht in Bayern, Bd. I 1951, S. 210 ff.
- Wintrich, Josef M.*, Schutz der Grundrechte durch Verfassungsbeschwerde und Popularklage, 1950
 –, Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtbarkeit, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift Hans Nawiasky, 1956, S. 191 ff.
 –, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gesamtgefüge der Verfassung, BayVBl. n. F. 2. Jahrgang (1956) S. 97 ff., 132 ff.

b) Zur Rechtsprechung

- Bachof, Otto – Jesch, Dietrich*, Die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland, Jahrbuch des öffentlichen Rechts n. F., Bd. 6 (1957) S. 47 ff.
- Diller, Georg*, Zur Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes
 JZ 9. Jhg. (1954) S. 740 ff.
 JZ 10. Jhg. (1955) S. 15 ff., 238 ff., 270 ff.
 JZ 11. Jhg. (1956) S. 718 ff., 756 ff.
 JZ 12. Jhg. (1957) S. 18 ff., 53 ff.
 JZ 14. Jhg. (1959) S. 475 ff., 525 ff., 568 ff.
- Kolb*, Zur Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes 1947–1957, BayVBl. n. F., 3. Jahrgang (1957), S. 266 ff.
- Roemer, Walter*, Zur Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes
 SJZ 4. Jhg. (1949) Sp. 24 ff., 184 ff.
 SJZ 5. Jhg. (1950) Sp. 569 ff.
- Wintrich, Josef M.*, Die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, Recht, Staat, Wirtschaft Bd. 4 1953, S. 139 ff.
 –, Grundfragen des Verfassungsrechts in der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, BayVBl. n. F. 4. Jahrgang (1958) S. 97 ff. und 132 ff.