

Schriftenreihe des Kommunalwissenschaftlichen Instituts
der Universität Potsdam

Band 7

Das kommunale Selbstverwaltungsrecht nach bayerischem Verfassungs- und Verfassungsprozeßrecht

Ein Beitrag zur Rechtsprechung
des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs unter
vergleichender Berücksichtigung der Rechtsprechung
des Bundesverfassungsgerichts

Von

Gernot Lissack



Duncker & Humblot · Berlin

GERNOT LISSACK

**Das kommunale Selbstverwaltungsrecht
nach bayerischem Verfassungs- und
Verfassungsprozeßrecht**

**Schriftenreihe des Kommunalwissenschaftlichen Instituts
der Universität Potsdam**

**Herausgegeben von Prof. Dr. Werner Jann
Prof. Dr. Wolfgang Loschelder
Prof. Dr. Michael Nierhaus
Prof. Dr. Martin Richter
Prof. Dr. Dieter C. Umbach
Prof. Dr. Dieter Wagner**

Band 7

Das kommunale Selbstverwaltungsrecht nach bayerischem Verfassungs- und Verfassungsprozeßrecht

Ein Beitrag zur Rechtsprechung
des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs unter
vergleichender Berücksichtigung der Rechtsprechung
des Bundesverfassungsgerichts

Von

Gernot Lissack



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Lissack, Gernot:

Das kommunale Selbstverwaltungsrecht nach bayerischem Verfassungs- und Verfassungsprozeßrecht : ein Beitrag zur Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs unter vergleichender Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts / Gernot Lissack. –

Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Schriftenreihe des Kommunalwissenschaftlichen Instituts der Universität Potsdam ; Bd. 7)

Zugl.: München, Univ., Diss., 1999

ISBN 3-428-10063-8

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0949-7730

ISBN 3-428-10063-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinen Eltern

Vorwort der Herausgeber

Mit dieser Monographie über das kommunale Selbstverwaltungsrecht nach bayerischem Verfassungs- und Verfassungsprozeßrecht von *Gernot Lis-sack*, einem bereits literarisch ausgewiesenen Kommunalrechtler, öffnet sich die Schriftenreihe des Kommunalwissenschaftlichen Institutes der Universität Potsdam weiterhin kommunalrechtlichen und kommunalwissenschaftlichen Publikationen zu Themen, deren Bedeutung und Aktualität über das Land Brandenburg hinausreichen.

Die Thematik dieses Bandes ist nicht nur für das (bayerische) Landesrecht von Interesse. Es geht um die Darstellung und kritische Würdigung des alternativen, grundrechtlich geprägten Selbstverwaltungskonzeptes, das der Bayerische Verfassungsgerichtshof auf der Grundlage der Verfassung des Freistaates Bayern dem institutionellen Verständnis der kommunalen Selbstverwaltung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes entgegenstellt. Dabei handelt es sich keineswegs um einen bayerischen Sonderweg; in der Literatur werden zunehmend Stimmen laut, wonach auch die grundgesetzliche Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG) grundrechtlich zu interpretieren ist. Deshalb gehen die Herausgeber davon aus, daß dieser gleichermaßen historische wie analytische Beitrag in der Selbstverwaltungslehre und -praxis Beachtung finden wird.

Prof. Dr. Werner Jann
Prof. Dr. Wolfgang Loschelder
Prof. Dr. Michael Nierhaus
Prof. Dr. Manfred Richter
Prof. Dr. Dieter C. Umbach
Prof. Dr. Dieter Wagner

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
------------------	----

1. Teil

Das kommunale Selbstverwaltungsrecht in der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs unter vergleichender Berücksichtigung der des Bundesverfassungsgerichts	24
---	----

1. Kapitel

Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden	24
I. Inhalt und Umfang des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden	24
1. Der Aufgabenbezug des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts: Allzuständigkeit, Aufgabenverteilungsprinzip, Bedeutung des Art. 83 I BV .	25
2. Der modale Bezug des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts	28
a) Die Gemeindehoheiten	29
b) Insbesondere: Die Finanzhoheit	30
3. Die Ausgestaltung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts	33
a) Gesetzesvorbehalt oder Regelungsvorbehalt; eine zunächst terminologische Betrachtung	33
b) Reichweite des Gesetzesvorbehalts	35
c) Der Kernbereich als Prüfungskriterium	36
d) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Prüfungskriterium	44
e) Das Gemeinwohlerfordernis als Prüfungskriterium	53
f) Das Demokratieprinzip als Prüfungskriterium	53
g) Das Willkürverbot als Prüfungskriterium	54
h) Sonderfall: Die Maßnahmen im Rahmen der Gemeindegebietsreform	59
4. Zusammenfassung	72
II. Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht als institutionelle Garantie und grundrechtsähnliches Recht	73
1. Die Ambivalenz des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts	76
2. Die zweifelhafte Bedeutung der „Grundrechtsähnlichkeit“	77

a) Die Grundrechtsähnlichkeit als Umschreibung einer ausschließlich verfassungsprozessualen Befugnis?	77
aa) Der Textbaustein der jüngeren Judikatur	77
bb) Die das grundrechtsähnliche Recht kreierende Polizeivermögen-Entscheidung	78
b) Die Grundrechtsähnlichkeit als Konsequenz einer vorgeblichen Vorstaatlichkeit des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts	80
3. Zusammenfassung	83
III. Zusammenfassung des ersten Kapitels	83

2. Kapitel

Das Selbstverwaltungsrecht der Landkreise	84
I. Inhalt und Umfang des Selbstverwaltungsrechts der Landkreise	85
1. Der Aufgabenbezug des Selbstverwaltungsrechts der Landkreise	85
2. Der modale Bezug des Selbstverwaltungsrechts der Landkreise	87
a) Die Parallele zum gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht	87
b) Insbesondere: Die Finanzhoheit	87
3. Die Ausgestaltung des Selbstverwaltungsrechts der Landkreise	89
a) Die Ausgestaltung des Selbstverwaltungsrechts der Landkreise im allgemeinen	89
b) Sonderfall: Die allgemeine Landkreisreform	90
4. Zusammenfassung	93
II. Das Selbstverwaltungsrecht der Landkreise als institutionelle Garantie	94
1. Das Fehlen einer grundrechtlichen Fundierung des Selbstverwaltungsrechts der Landkreise	94
2. Die rein institutionelle Ableitung des Selbstverwaltungsrechts der Landkreise	95
a) Die Politische Befreiung-Entscheidung	95
b) Die Landkreis Ingolstadt-Entscheidung	96
c) Die Polizeivermögen-Entscheidung	96
d) Die Landkreisfinanzausgleich-Entscheidung	97
III. Zusammenfassung des zweiten Kapitels	97

3. Kapitel

Das Selbstverwaltungsrecht der Bezirke	98
I. Inhalt und Umfang des Selbstverwaltungsrechts der Bezirke	98
1. Der Aufgabenbezug des Selbstverwaltungsrechts der Bezirke	99
2. Der modale Bezug des Selbstverwaltungsrechts der Bezirke	99
3. Die Ausgestaltung des Selbstverwaltungsrechts der Bezirke	99

- a) Die Ausgestaltung des Selbstverwaltungsrechts der Bezirke im allgemeinen 99
- b) Sonderfall: Die Maßnahmen im Rahmen der Gebietsreform 100
- II. Das Selbstverwaltungsrecht der Bezirke als institutionelle Garantie 101
- III. Zusammenfassung des dritten Kapitels 101

4. Kapitel

**Die Grundrechtsfähigkeit
der kommunalen Gebietskörperschaften** 102

- I. Die Grundrechtsfähigkeit der Gemeinden 103
 - 1. Die Einzelfallgebundenheit des Grundrechtsschutzes 104
 - 2. Insbesondere: Die Berufung auf einzelne Grundrechte 106
 - a) Die Berufung auf die Garantie des Eigentums gemäß Art. 103, 158 f. BV 106
 - b) Die Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 118 I BV 109
 - c) Die Berufung auf die Justizgrundrechte gemäß Art. 86, 91 BV 111
 - 3. Zusammenfassung 112
- II. Die Grundrechtsfähigkeit der Landkreise 112
 - 1. Die Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 118 I BV . 112
 - 2. Die Berufung auf die Garantie des Eigentums gemäß Art. 103, 158 f. BV 114
 - 3. Zusammenfassung 115
- III. Die Grundrechtsfähigkeit der Bezirke 115
- IV. Zusammenfassung des vierten Kapitels 116

5. Kapitel

Die Popularklage 116

- I. Die Antragsberechtigung 118
- II. Der Prüfungsgegenstand 119
- III. Das Erfordernis der Antragsbefugnis 119
 - 1. Die Popularklagen natürlicher Personen (Bürgerklagen) 120
 - a) Keine Rüge der Verletzung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts durch Gemeindeangehörige 120
 - b) Die Berufung auf Art. 118 I BV als „Ersatzrüge“ 122
 - aa) Die Berufung auf den „klassischen Gleichbehandlungsgrundsatz“ 122
 - bb) Die Berufung auf das „allgemeine Willkürverbot“ 123

c) Die Berufung auf die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 101 BV	124
2. Die Popularklagen von Gemeinden	124
a) Die Rüge der Verletzung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts	124
aa) Keine Rüge der Verletzung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts durch Drittgemeinden als nicht unmittelbar betroffene Gemeinden	124
bb) Rüge der Verletzung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts bei generell das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht betreffenden Normen	125
b) Die Berufung auf die Grundrechte	125
aa) Die Berufung auf Art. 118 I BV	125
bb) Die Berufung auf das Eigentumsgrundrecht des Art. 103 BV ...	126
3. Die Popularklagen von Gemeindeverbänden	126
a) Keine Berufung der Gemeindeverbände auf deren Selbstverwaltungsrecht	126
b) Die Berufung der Gemeindeverbände auf die Grundrechte	127
aa) Die Berufung auf Art. 118 I BV als „Ersatzrüge“	127
bb) Die Berufung auf das Eigentumsgrundrecht des Art. 103 BV ...	127
IV. Der Prüfungsmaßstab	127
1. Die Regel	127
2. Die Ausnahmen bei Bürgerklagen gegen normgesetzte Organisationsakte	129
a) Die Ausnahme	129
b) Die Ausnahme von der Ausnahme	130
V. Subsidiarität der bundesrechtlichen Kommunalverfassungsbeschwerde ...	130
1. Subsidiarität der Kommunalverfassungsbeschwerde bei Popularklagen gegen Normen das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht betreffend ...	131
2. Vorrang der Kommunalverfassungsbeschwerde bei Popularklagen von Gemeindeverbänden?	132
VI. Zusammenfassung des fünften Kapitels	132

6. Kapitel

Die Verfassungsbeschwerde	133
I. Die Antragsberechtigung	134
II. Der Prüfungsgegenstand	134
III. Das Erfordernis der Antragsbefugnis	134
1. Die Berufung auf das Selbstverwaltungsrecht	135
a) Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht	135
b) Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeindeverbände	136

2. Die Berufung auf die Grundrechte	136
a) Die Berufung auf das Eigentumsgrundrecht	137
b) Die Berufung auf Art. 118 I BV	137
IV. Der Prüfungsmaßstab	137
V. Zusammenfassung des sechsten Kapitels	138

2. Teil

Kritik an der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs

7. Kapitel

**Kritik im Hinblick auf die Erfindung
des grundrechtsähnlichen Rechts und die Grundrechtsfähigkeit
der kommunalen Gebietskörperschaften** 139

I. Kritik in bezug auf die Qualifizierung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden als grundrechtsähnliches Recht	139
1. Fehlen eines konkreten Anlasses	139
2. Fehlen einer konkreten Begründung	140
a) Fehlen einer verfassungsprozessualen Notwendigkeit	140
b) Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden als vorstaatliches Recht	140
3. Ungewißheit bzw. Unbestimmtheit der aus der Grundrechtsähnlichkeit zu ziehenden Konsequenzen	141
a) Verfassungsprozessuale Konsequenzen	141
aa) Ungleichbehandlung von Gemeinden und Gemeindeverbänden bei Rüge der Verletzung des Selbstverwaltungsrechts im Rahmen der Popularklage	141
bb) Ungewißheit der Auswirkung dieser Ungleichbehandlung in bezug auf die bundesrechtliche Kommunalverfassungsbe- schwerde gem. Art. 93 I Nr. 4b GG	141
cc) Die Differenzierung zwischen konkret-individuell und allgemein das Selbstverwaltungsrecht berührenden Maßnahmen im Rah- men der Popularklage	142
dd) Die Bürgerklagen	142
ee) Anmerkung in bezug auf die Verfassungsbeschwerden von Gemeinden und Gemeindeverbänden	143
b) Materiell-verfassungsrechtliche Konsequenzen	143
aa) Auswirkungen der Grundrechtsähnlichkeit auf die Anwendung der Wesensgehaltstheorie?	143
bb) Auswirkungen der Grundrechtsähnlichkeit auf die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips?	145
II. Kritik in bezug auf die Grundrechtsfähigkeit der kommunalen Gebietskör- perschaften	147

1. Willkürverbot und Gleichbehandlungsgrundsatz	147
2. Die Berufung auf das Eigentumsgrundrecht	148
III. Zusammenfassung des siebenten Kapitels	149

8. Kapitel

Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden ist kein grundrechtsähnliches Recht 149

I. Die geschichtliche Ableitung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts als Argument für dessen „Grundrechtsähnlichkeit“?	150
1. Die geschichtliche Sicht des Verfassungsgerichtshofs	151
2. Einzelne Stationen in der Geschichte des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts	154
a) Entwicklungen in Frankreich seit 1789	154
b) Die Lehre des Reichsfreiherrn vom Stein	157
c) Die belgischen Revolutionsideen und ihre Wirkungen in Deutschland für die Verfassung der Frankfurter Nationalversammlung	158
d) Gneist, Gierke und Preuss	166
e) Die Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung gemäß Art. 127 WRV	168
3. Zusammenfassung	172
II. Die Bedeutung der „Ursprünglichkeit“ der Gemeinden in der Bayerischen Verfassung	173
1. Die Motivation der Verfassungsgeber in Hinblick auf die „Ursprünglichkeit“ der Gemeinden	173
a) Die Aufnahme der „Ursprünglichkeit“ in die Bayerische Verfassung	173
b) Kritik am Begriff der „Ursprünglichkeit“	176
2. Die Deutung der „Ursprünglichkeit“ im Sinn einer individuellen Bestandsgarantie der bayerischen Gemeinden?	179
3. Die „Ursprünglichkeit“ als Auslegungsregel	183
4. Die Deutung der „Ursprünglichkeit“ als Verfassungsänderungsverbot im Sinn von Art. 75 I 2 BV	183
5. Zusammenfassung	185
III. Grundrecht und „Grundrechtsähnlichkeit“	185
1. Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht ist kein Grundrecht	186
a) Die Menschenwürde als Grund für die Gewährleistung von Grundrechten	186
b) Die Erweiterung des Grundrechtsschutzes auf juristische Personen	189
c) Zusammenfassung	190
2. Die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung als kompetenzielle Strukturgarantie	190

a) Die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung als institutionelle Garantie bzw. Einrichtungsgarantie	190
b) Art. 11 II BV als Staatsstrukturprinzip	192
3. Verneinung der Grundrechtsähnlichkeit des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden	194
a) Zur Vergleichbarkeit im Hinblick auf die Vorstaatlichkeit der Grundrechte und die vermeintliche Vorstaatlichkeit des Selbstverwaltungsrechts	194
b) Zur Vergleichbarkeit unter dem Gesichtspunkt der Abwehrfunktion ..	195
c) Zur Vergleichbarkeit im Hinblick auf den Schutzmechanismus	196
d) Ablehnung der Vergleichbarkeit im Rahmen einer ergebnisorientierten Betrachtung	198
IV. Zusammenfassung des achten Kapitels	199

9. Kapitel

Grundrechtssubjektivität kommunaler Gebietskörperschaften? 200

I. Die Stimmen in der Literatur zur Grundrechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts im allgemeinen und der kommunalen Gebietskörperschaften im besonderen	201
1. Subjektionstheorie	203
2. Nach der Rechtsform staatlichen Handelns differenzierende Ansichten ..	205
3. Nach den wahrzunehmenden Aufgaben oder zu verfolgenden Interessen unterscheidende Theorien	205
4. Nach der organisationsrechtlichen Selbständigkeit differenzierende Ansichten	205
II. Stellungnahme	206
1. Argumentativer Ausgangspunkt	206
2. Prüfungsprogramm	208
3. Einwände gegen dieses Prinzip?	212
4. Zur Grundrechtsfähigkeit der kommunalen Gebietskörperschaften	213
5. Einwände gegen die Verneinung der Grundrechtssubjektivität?	214
III. Zusammenfassung des neunten Kapitels	219

3. Teil

**Materiell-verfassungsrechtliche und verfassungsprozessuale
Konsequenzen der im zweiten Teil gewonnenen Erkenntnisse
sowie Plädoyer für die Einführung einer landesrechtlichen
Kommunalverfassungsbeschwerde**

10. Kapitel

Materiell-verfassungsrechtliche und verfassungsprozessuale Konsequenzen	220
I. Materiell-verfassungsrechtliche Konsequenzen	220
1. Konsequenzen für die Kernbereichsdiskussion	220
a) Konsequenz für das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht	220
b) Konsequenz für das Selbstverwaltungsrecht der Gemeindeverbände ..	221
2. Konsequenzen für die Verhältnismäßigkeits- und Willkürprüfung	222
II. Verfassungsprozessuale Konsequenzen	223
1. Die verfassungsprozessuale Stellung der Gemeinden und Gemeindever- bände im Rahmen der Popularklage	223
2. Verfassungsbeschwerdeverfahren gemäß Art. 120 BV	223
3. Konsequenz für die Anwendung der Subsidiaritätsklausel des Art. 93 I Nr. 4b GG	224
4. Hinweis zu den Bürgerklagen	225
III. Zusammenfassung des zehnten Kapitels	226

11. Kapitel

Plädoyer für die Einführung einer landesrechtlichen Kommunalverfassungsbeschwerde	226
I. Für eine umfassende landesverfassungsgerichtliche Kompetenz in Kommu- nalverfassungsstreitigkeiten sprechende verfassungsrechtliche und verfas- sungspolitische Gründe	226
II. Entsprechende Heranziehung des Instituts der Popularklage?	229
III. Gesetzgebungsvorschlag	230
1. Einführung einer Rechtssatzbeschwerde?	231
2. Einführung einer umfassenden Kommunalverfassungsbeschwerde	232
3. Wortlaut der im Gesetz über den Verfassungsgerichtshof zu treffenden Regelungen	232
a) Änderung des Art. 2 VfGHG	233
b) Änderung des Art. 3 VfGHG	233
c) Einfügung eines achten Abschnitts in das zweite Kapitel des dritten Teils des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof	233

Inhaltsverzeichnis	17
4. Anmerkungen zum Gesetzesvorschlag	234
a) Anmerkung zur Zuständigkeitsregelung des Art. 2 VfGHG	234
b) Anmerkung zur Besetzungsregelung des Art. 3 VfGHG	234
c) Anmerkung zur Ausgestaltung der Kommunalverfassungsbeschwerde	234
IV. Zusammenfassung des elften Kapitels	235
Literaturverzeichnis	236
Anhang: Verzeichnis der zitierten Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes und des Bundesverfassungsgerichtes	250
Sachwortverzeichnis	259

Einleitung

Der Umfang der neueren Literatur zum kommunalen Selbstverwaltungsrecht ist – nicht erst seit der Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹ – kaum noch zu überschauen. Eine weitere diesbezügliche Schrift hinzuzufügen wäre gleichbedeutend mit dem Unterfangen, Eulen nach Athen zu tragen. So scheinen insbesondere alle erdenklichen Gesichtspunkte, unter denen man die Rastede-Entscheidung untersuchen kann, bereits gefunden, auch wenn oder gerade weil sich die Ergebnisse oft deutlich widersprechen. Wurde die Entscheidung zunächst insbesondere von Kommunalpolitikern, aber auch von Teilen der Literatur mitunter euphorisch als Stärkung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts begrüßt, so häuften sich in der folgenden Zeit die Stellungnahmen, die der Entscheidung nicht nur keine Stärkung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts, sondern eine Relativierung der früheren Rechtsposition entnehmen wollten. Wenn die Zeichen nicht trügen, dann mehren sich wieder die Stimmen, die die Rastede-Entscheidung als nicht solchermaßen weitgreifend in ihren Wirkungen ansehen wollen, wie das zum Teil zunächst angenommen wurde.

Vorliegende Monographie will nicht eine erneute Exegese der Rastede-Entscheidung vornehmen. Ziel dieser Arbeit ist es aber gleichwohl, die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit der des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zu vergleichen und auf die Unterschiede in dogmatischer und praktischer Hinsicht einzugehen. Dabei werden die Ansichten des Bundesverfassungsgerichts regelmäßig denen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vorangestellt, weil erstere selbst dem mit den bayerischen Eigentümlichkeiten einigermaßen vertrauten Leser präsenter sein dürften. Primär geht es der Arbeit aber darum, das kommunale Selbstverwaltungsrecht speziell nach bayerischem Verfassungsrecht zu beleuchten, die Eigenständigkeit des bayerischen Verfassungsansatzes hervorzuheben, die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zum Selbstverwaltungsrecht der Gebietskörperschaften zu systematisieren und zu kritisieren, die strukturelle Gleichartigkeit des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts und desjenigen der Gemeindeverbände aufzudecken und die sich hieraus ergebenden verfassungsrechtlichen und verfassungsprozessua-

¹ BVerfGE 79, 127; auf die den zitierten Entscheidungen zu Grunde liegenden Sachverhalte kommt es regelmäßig nicht an. Eine Kurzcharakterisierung zitierter Entscheidungen findet sich im Anhang dieser Darstellung.

len Konsequenzen aufzuzeigen. Eine solche (Rück-)Besinnung auf die Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts nach Landesverfassungsrecht scheint aus dreifacher Hinsicht angezeigt:

Zum ersten hat sich die Literatur in der letzten Zeit fast ausschließlich mit der bundesverfassungsrechtlichen Gewährleistung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts befaßt². Dabei wird aber Art. 28 II GG ein Stellenwert zugesprochen, der wohl oftmals über dessen tatsächliche Bedeutung hinaus geht³. Art. 28 II GG stellt nämlich zunächst vor allem eine Homogenitätsbestimmung für das Bund-Länder-Verhältnis dar⁴, die eine gewisse Rechtseinheit in bezug auf das kommunale Selbstverwaltungsrecht gewährleistet⁵. Art. 28 II GG schreibt (lediglich) eine Mindestgarantie fest⁶. Diese Homogenitätsbestimmung hatte aber bei Inkrafttreten des Grundgesetzes für die Verfassungen der Länder Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz und dann auch Saarland keine praktische Bedeutung, weil diese Länder jeweils über die bundesverfassungsrechtliche Regelung hinausgehende Gewährleistungen in die Länderverfassungen aufgenommen hatten. Für die anderen Bundesländer, vor allem für die Verfassungsgebung in den neuen Bundesländern konnte Art. 28 II GG eine richtungsweisende Norm darstellen, besonders auch deswegen, weil in den neuen Bundesländern wegen Art. 3 des Einigungsvertrags vom Beitritt der ehemaligen DDR bis zum Erlass der Landesverfassungen die gemeindeutsche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in dem Umfang, wie sie durch Art. 28 II GG gewährleistet wird, unmittelbarer Prüfungsmaßstab in landesverfassungsrechtlichen Verfahren war. Über den soeben erwähnten Aspekt der objektiv-verfassungsrechtlichen Bestimmung zur Gewährleistung einer Mindesthomogenität hinaus kommt Art. 28 II GG Bedeutung dann zu, wenn es im Rahmen eines subjektiven Rechtsschutzverfahrens auf die Verfassungsmäßigkeit von Bundesgesetzen ankommt, vor allem wenn im Rahmen einer Kommunalverfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 I Nr. 4b GG Bundesgesetze Streitgegenstand sind oder aber wenn nach Landesverfassungsprozeßrecht eine

² Auch Brohm (DÖV 1989, 429/432) beklagt die Tatsache, daß den landesrechtlichen Ausgestaltungen der kommunalen Selbstverwaltung bislang nur mäßiges Interesse zuteil wurde. Vgl. auch J. Ipsen, Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie, ZG 1994, 194/207 f.: Rastede als „Orakel“.

³ In den Verfassungsentwurf von Herrenchiemsee war noch keine Garantie der Selbstverwaltung aufgenommen worden, weil landesverfassungsrechtliche Sicherungen ausreichend erschienen. Allerdings war eine Aufnahme in den Grundrechtsteil – wie in der Weimarer Reichsverfassung – erwogen worden (vgl. Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, München 1948, S. 21).

⁴ A. A. Stern in: BK, Art. 28 Rn. 1.

⁵ Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 43.

⁶ Vgl. nur v. Mutius, Jura 1982, 28/29; Brohm, DÖV 1989, 429/432.

Rechtssatzbeschwerde gegen Landesnormen, die das Selbstverwaltungsrecht der kommunalen Gebietskörperschaft einschränken, nicht zur Verfügung steht⁷. Da aber den Ländern die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für das Kommunalverfassungsrecht und im Prinzip auch für das gesamte Kommunalrecht zukommt, ist damit jedoch zugleich gesagt, daß der Großteil der kommunalrechtlichen Streitigkeiten, der die Verfassungsgerichte beschäftigt, vor den Landesverfassungsgerichten entschieden wird. Somit spricht bereits die Quantität der von den Landesverfassungsgerichten zu entscheidenden Streitigkeiten dafür, sich eingehender als bisher mit Auslegung und Anwendung der landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen zu beschäftigen.

Zum zweiten fehlt eine monographische Gesamtbehandlung des Selbstverwaltungsrechts der bayerischen Kommunen – soweit ersichtlich – vollkommen. Dies verwundert einerseits, als die Bayerische Verfassung in den Art. 10, 11, 12, 83 und nunmehr auch Art. 7 II⁸ und Art. 83 VII⁹ sehr viel ausführlicher und detaillierter das kommunale Selbstverwaltungsrecht regelt, als es die „Rahmengewährleistung“ im Grundgesetz tut¹⁰. Andererseits ist Landesverfassungsgerichtsbarkeit „ein wesentliches Attribut der Eigenstaatlichkeit der Länder und damit ein Konstitutivemement des bundesdeutschen Föderalismus“¹¹, so daß auch unter diesem Gesichtspunkt eine

⁷ Davon zu unterscheiden sind die eben angedeuteten Fälle, in denen ein Landesverfassungsgericht (der neuen Länder) über vorlandeskonstitutionelle Streitigkeiten zu entscheiden hatte, vgl. ThürVerfGH 2/95 und 6/95, S. 19f.

⁸ Die Änderung der Verfassung durch Volksentscheid vom 1. Oktober 1995 (Gesetz zur Einführung des kommunalen Bürgerentscheids vom 27. Oktober, GVBl. 1995, 730), mit der die Einführung von Bürgerbegehren und -entscheid auf kommunaler Ebene verknüpft war und zu einer Änderung des Art. 7 II BV sowie Ergänzung des Art. 12 BV führte, wurde diesbezüglich vom Verfassungsgerichtshof gebilligt, BayVerfGH 50, 181/195 ff.

⁹ Art. 83 BV wurde ein neuer Absatz VII durch Volksentscheid (Gesetz zur Änderung der Verfassung des Freistaates Bayern – Verfassungsreformgesetz – Reform von Landtag und Staatsregierung vom 20. Februar 1998; GVBl. 1998, 39/40) hinzugefügt, wonach die kommunalen Spitzenverbände durch die Staatsregierung rechtzeitig gehört werden sollen, bevor durch Gesetz oder Verordnung Angelegenheiten geregelt werden, welche die Gemeinden oder Gemeindeverbände betreffen.

¹⁰ Verglichen mit anderen Länderverfassungen fällt allerdings auf, daß die Bayerische Verfassung keine Bestimmungen enthält, die Rechtsform, Zweck und Voraussetzungen von Gemeindegebietsänderungen oder Bestandsänderungen regeln. Auch wird in Bayern nur einfachgesetzlich (Art. 6 I BayGO) bestimmt, daß die Gemeinden in ihrem Gebiet die ausschließlichen Träger der öffentlichen Verwaltung sind (sog. Totalitätsprinzip, vgl. auch BVerfGE 79, 127/147), wenn nicht durch Gesetz die Aufgabe einer anderen Stelle im öffentlichen Interesse zugewiesen ist, vgl. zum Beispiel Art. 49 I Verf. Rheinland-Pfalz. Ebenfalls enthält die Bayerische Verfassung keine Bestimmung über den kommunalen Finanzausgleich.

¹¹ Leisner, Landesverfassungsgerichtsbarkeit als Wesenselement des Föderalismus in: FS 25 Jahre BayVerfGH, S. 183.