

Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt

Nr. 2

München, den 30. Januar

1958

Datum	Inhalt	Seite
18. 1. 1958	Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Schulbucheintragungen über Ausgleichsforderungen	9
20. 1. 1958	Verordnung zur Änderung der Ausführungsverordnung zum Schulpflichtgesetz	9
21. 1. 1958	Verordnung über die Durchführung der sozialen Fürsorge und der Arbeits- und Berufsförderung der Kriegsbeschädigten und Kriegshinterbliebenen durch die Hauptfürsorgestelle und die Regierungen — Zweigstellen der Hauptfürsorgestelle —	10
23. 1. 1958	4. Verordnung zu Artikel 7 des Kostengesetzes	10
18. 12. 1957	Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs betreffend Feststellung der Verfassungswidrigkeit der örtlichen Strafvorschrift des Marktes Babenhausen vom 21. 4. 1955.	11
23. 12. 1957	Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs betreffend Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 und 3 sowie Abs. 2 der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern	13
20. 1. 1958	Bekanntmachung über eine Änderung der Satzung der Bayerischen Apothekerversorgung	19

Verordnung

zur Änderung der Gebührenordnung für Schulbucheintragungen über Ausgleichsforderungen

Vom 18. Januar 1958

Auf Grund des Art. 3 Abs. 4 des Gesetzes über das Staatsschuldbuch des Freistaates Bayern (Staatsschuldbuchgesetz) vom 8. November 1954 (BayBS III S. 540) wird verordnet:

§ 1

§ 5 Abs. 1 der Gebührenordnung für Schulbucheintragungen über Ausgleichsforderungen vom 7. Januar 1955 (BayBS III S. 495) erhält folgende Fassung:

- „(1) Von der Zahlung der Gebühren sind befreit:
1. die Deutsche Bundesbank,
 2. die Bayerische Landesanstalt für Aufbaufinanzierung.“

§ 2

Diese Verordnung tritt mit Wirkung vom 1. August 1957 in Kraft.

München, den 18. Januar 1958

Bayerisches Staatsministerium der Finanzen
Rudolf Eberhard, Staatsminister

Verordnung

zur Änderung der Ausführungsverordnung zum Schulpflichtgesetz

Vom 20. Januar 1958

Auf Grund des § 19 des Gesetzes über die Schulpflicht (Schulpflichtgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. August 1957 (GVBl. S. 197) erläßt das Bayer. Staatsministerium für Unterricht und Kultus folgende Verordnung:

§ 1

Die Ausführungsverordnung zum Schulpflichtgesetz vom 7. September 1957 (GVBl. S. 199) wird wie folgt geändert:

1. Nr. 36 Buchst. a erhält folgende Fassung:

„a) mit dem Ende des Schuljahres, in dem das 18. Lebensjahr vollendet wird. Dies gilt nicht für Lehrlinge, die fachliche Berufsschuleinrichtungen besuchen und ihre Lehrzeit vor Vollendung des 18. Lebensjahres begonnen, aber noch nicht vollendet haben. Für sie endet die Berufsschulpflicht erst mit dem Ende der Lehrzeit;“

2. Nr. 38 erhält folgende Fassung:

„38. (I) Die Berufsschulpflicht endet außerdem, wenn die Schulaufsichtsbehörde feststellt, daß die bisherige Ausbildung einen weiteren Besuch der Berufsschule entbehrlich macht.

- (II) Diese Feststellung gilt als getroffen bei Jugendlichen, die mit Erfolg besucht haben
- a) die sechste Klasse einer Höheren Schule,
 - b) die Abschlußklasse einer Mittelschule,
 - c) die Abschlußklasse einer dreiklassigen Handelsschule,
 - d) die Abschlußklasse einer zweiklassigen Handelsschule oder sonstigen Schule, welche berechtigt ist, in das Abschlußzeugnis den Vermerk über die frühere „Mittlere Reife“ aufzunehmen.

(III) In anderen Fällen obliegt die Feststellung den Regierungen.“

§ 2

Diese Verordnung tritt am 1. Februar 1958 in Kraft.

München, den 20. Januar 1958

**Bayerisches Staatsministerium
für Unterricht und Kultus**

Dr. Theodor Maunz, Staatsminister

Verordnung

über die Durchführung der sozialen Fürsorge und der Arbeits- und Berufsförderung der Kriegsbeschädigten und Kriegshinterbliebenen durch die Hauptfürsorgestelle und die Regierungen — Zweigstellen der Haupt- fürsorgestelle —

Vom 21. Januar 1958

Auf Grund der §§ 1, 2 und 3 der Verordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. Februar 1924 (RGBl. I S. 100), der Art. 8, 14 Abs. 3 und des Art. 30 des Fürsorgegesetzes vom 23. Mai 1939 (GVBl. S. 185) in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 19. Januar 1953 (GVBl. S. 9) — BayBS II S. 4 — wird im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen verordnet:

Zuständigkeit und Verfahren

§ 1

Die Hauptfürsorgestelle und die Regierungen — Zweigstellen der Hauptfürsorgestelle — haben unbeschadet sonst zugewiesener Aufgaben folgende Zuständigkeiten:

- a) sie führen die Sonderfürsorge nach § 25 Abs. 2 des Bundesversorgungsgesetzes — BVG — in der Fassung vom 6. Juni 1956 (BGBl. I S. 469) und den hierzu erlassenen Verwaltungsvorschriften der Bundesregierung in der Fassung der Änderung und Ergänzung vom 25. Oktober 1957 (BAnz. Nr. 208) durch und übernehmen auch die Fürsorge für die Personen, die nach Abschnitt I Nr. 3 Abs. 2, 3 und 4 dieser Verwaltungsvorschriften in die Betreuung der Sonderfürsorgeberechtigten einzu-beziehen sind,
- b) sie gewähren Erziehungsbeihilfen nach § 27 Abs. 1 BVG zur Ermöglichung eines Hoch- oder Fachschulstudiums, in den übrigen Fällen nur für Kinder von Beschädigten der Sonderfürsorge und von solchen Beschädigten, die in Berufsausbildung nach § 26 BVG stehen und Leistungen nach § 6 der Verordnung zur Durchführung des § 26 des Bundesversorgungsgesetzes vom 10. Dezember 1951 — DV zu § 26 BVG — (BGBl. I S. 951) erhalten,
- c) sie fördern Maßnahmen der sozialen Fürsorge und der Arbeits- und Berufsförderung, deren Kosten nach den Überleitungsgesetzen nicht auf den Bund verrechnet werden können und die nicht Pflichtleistungen der Bezirksfürsorgeverbände oder Landesfürsorgeverbände nach den Reichsgrundsätzen über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge sind, mit den Mitteln, die der Freistaat Bayern ihnen im Rahmen des Staatshaushalts für diesen Zweck zur Verfügung stellt.

§ 2

(1) Bei der Durchführung der Aufgaben nach § 1 entscheidet im ersten Rechtszug die Regierung — Zweigstelle der Hauptfürsorgestelle —, in deren Bereich der Antragsteller seinen Wohnsitz oder seinen ständigen Aufenthalt hat. Das gilt auch, soweit die Entscheidung über die Gewährung von Berufsförderung nach § 9 Abs. 1 DV zu § 26 BVG der Hauptfürsorgestelle übertragen ist.

(2) Die Beteiligten können gegen die Entscheidung der Regierung — Zweigstelle der Hauptfürsorgestelle — binnen zwei Wochen nach Eröffnung oder Zustellung Beschwerde zur Hauptfürsorgestelle erheben.

(3) Die Regierung — Zweigstelle der Hauptfürsorgestelle — hat nach Beratung in dem bei ihr gebildeten Beirat zu prüfen, ob sie der Beschwerde selbst abhelfen kann. Ist die Abhilfe nicht oder nicht

in vollem Umfang möglich, so hat die Regierung — Zweigstelle der Hauptfürsorgestelle — die Beschwerde unverzüglich der Hauptfürsorgestelle zur Entscheidung vorzulegen. Über die Beratung im Beirat ist eine Niederschrift zu fertigen, die der Beschwerde mit den sonstigen Unterlagen beizufügen ist.

(4) Über die von den Regierungen — Zweigstellen der Hauptfürsorgestelle — vorgelegten Beschwerden entscheidet die Hauptfürsorgestelle nach Beratung in dem bei der Hauptfürsorgestelle gebildeten Beirat; in den Fällen des § 9 DV zu § 26 BVG entscheidet der Beirat der Hauptfürsorgestelle selbst.

(5) Gegen den Beschwerdebescheid der Hauptfürsorgestelle ist Anfechtungsklage zum Verwaltungsgericht zulässig.

§ 3

Bei Maßnahmen nach § 1 Buchst. c, die nach dem Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter (Schwerbeschädigtengesetz) vom 16. Juni 1953 (BGBl. I S. 389) aus Mitteln der Ausgleichsabgabe (§ 9 des Schwerbeschädigtengesetzes) gefördert werden können, sind in erster Linie Ausgleichsabgaben (Ablösungsgelder) zu verwenden.

Aufhebung von Vorschriften

§ 4

Die Verordnung über die Durchführung der sozialen Fürsorge, Arbeits- und Berufsförderung der Kriegsbeschädigten und Kriegshinterbliebenen vom 11. Juli 1952 (BayBS II S. 11) wird aufgehoben; an ihre Stelle tritt diese Verordnung.

Inkrafttreten

§ 5

Die Verordnung tritt am 1. Februar 1958 in Kraft.

München, den 21. Januar 1958

Bayerisches Staatsministerium des Innern
Otto Bezdold, Staatsminister

4. Verordnung

zu Artikel 7 des Kostengesetzes

Vom 23. Januar 1958

Auf Grund des Art. 7 des Kostengesetzes vom 17. Dezember 1956 (BayBS III S. 442) erläßt das Bayer. Staatsministerium der Finanzen folgende Verordnung:

§ 1

Für die Einsichtgewährung in das Liegenschaftskataster oder Grundsteuerkataster und deren Unterlagen, für die Erteilung mündlicher Auskünfte aus diesen Katastern und Unterlagen sowie für die Entnahme kurzer Angaben oder die Anfertigung einfacher Skizzen aus diesen Katastern und Unterlagen durch Einsichtnehmende werden Gebühren nicht erhoben.

§ 2

Die Verordnung tritt am 1. Februar 1958 in Kraft. Gleichzeitig tritt Nr. 34 Abs. 1 des RdErl. des Reichsministers des Innern vom 1. August 1942 Nr. VI a 8505/42 — 6831 III (veröffentlicht in den „Nachrichten aus dem Reichsvermessungsdienst“, Berlin, 18. Jhg., 1942, Nr. 4) außer Kraft.

München, den 23. Januar 1958

Bayerisches Staatsministerium der Finanzen
I. V. Dr. A. Haas, Staatssekretär

Entscheidung
des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
betreffend Feststellung der Verfassungswidrigkeit der örtlichen Strafvorschrift des Marktes Babenhausen vom 21. 4. 1955

Im Namen des Freistaates Bayern! *)

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof erläßt in der Sache:

Antrag des Schafhalters Andreas K ä s s m a y e r in Babenhausen (Schwaben), Magnusweg 5, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Josef Rauschmayr in Babenhausen (Schwaben), auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit der örtlichen Strafvorschrift des Marktes Babenhausen vom 21. 4. 1955

ohne mündliche Verhandlung in der nichtöffentlichen Sitzung vom 18. Dezember 1957, an der teilgenommen haben:

als Vorsitzender:

der Präsident des Verfassungsgerichtshofs, Oberlandesgerichtspräsident Dr. Holzinger,

als Beisitzer:

1. Oberlandesgerichtspräsident Lechner, Bamberg,
2. Oberlandesgerichtspräsident Dr. Elsässer, München,
3. Senatspräsident Dr. Adam, Bayer. Verwaltungsgerichtshof,
4. Senatspräsident Dr. Eyermann, Bayer. Verwaltungsgerichtshof,
5. Oberstlandesgerichtsrat Dr. Stürmer, Bayer. Oberstes Landesgericht,
6. Senatspräsident Dr. Kolb, Oberlandesgericht München,
7. Oberverwaltungsgerichtsrat Dr. Bohley, Bayer. Verwaltungsgerichtshof,
8. Senatspräsident Dr. Meder, Oberlandesgericht München,

folgende

Entscheidung:

- I. Die örtliche Strafvorschrift des Marktes Babenhausen (Schwaben) vom 21. April 1955 (Schafweideverbot) war verfassungswidrig und nichtig.
- II. Dem Antragsteller sind die Kosten der anwaltschaftlichen Vertretung zu erstatten.

Gründe:

I.

1. Der Marktgemeinderat Babenhausen (Schwaben) erließ am 21. 4. 1955 „auf Grund Art. 23 der Bayer. Gemeindeordnung sowie Art. 115 und 117 PolStGB“ folgende örtliche Strafvorschrift:

„Art. 1

Auf den gemeindlichen Wegen sowie auf sämtlichen anderen Grundstücken der Gemeindeflur Babenhausen einschl. der Waldgrundstücke, ausgenommen eigene Grundstücke, ist das Beweiden mit Schafen verboten.

Art. 2

Zu widerhandlungen werden im Einzelfalle mit einer Geldstrafe bis zu 150 DM geahndet.

Art. 3

Diese Strafvorschrift tritt am 23. April 1955 in Kraft.“

*) Die Entscheidung (Vf. 138 — VII — 56) wird gemäß § 54 Abs. 4 des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof vom 22. 7. 1947 (BayBS. I S. 24) veröffentlicht.

2. Der Schafhalter Andreas Käsmayer in Babenhausen hat beim Bayerischen Verfassungsgerichtshof den Antrag gestellt, die obige Strafvorschrift für verfassungswidrig zu erklären und die Kosten seiner anwaltschaftlichen Vertretung dem Markt Babenhausen aufzuerlegen. Zur Begründung hat er im wesentlichen vorgetragen, er sei darauf angewiesen, fremde Grundstücke zu beweiden, da ihm ausreichender eigener Grundbesitz dafür nicht zur Verfügung stehe. Er habe deshalb in der Gemeindeflur Babenhausen Grundstücke gepachtet, zum Teil seien ihm Grundstücke auch nach der Aberntung unentgeltlich zur Verfügung gestellt worden. Der Markt Babenhausen habe ihm auf Grund der Strafvorschrift vom 21. 4. 1955 das Beweiden solcher Grundstücke in bestimmten Fällen unter Strafandrohung durch den gemeindlichen Flurwächter verboten lassen. Er habe sich daraufhin unter erheblichen finanziellen Aufwendungen auswärts Ersatz beschaffen müssen.

Die örtliche Strafvorschrift verletze die Bayerische Verfassung, da sie einen unzulässigen Eingriff in die Freiheit des Privateigentums und der Erwerbstätigkeit (Art. 98, 101, 103, 109 BV) darstelle. Das Recht des Antragstellers, die Schafweide auf allen Grundstücken auszuüben, auf denen ihm dies auf Grund privatrechtlicher Vereinbarung gestattet worden sei, könne durch eine örtliche Strafvorschrift nicht eingeschränkt werden. Ebenso müsse es dem einzelnen Grundstückseigentümer überlassen bleiben, ob er seine Grundstücke zur Schafweide zur Verfügung stelle oder nicht. Die angefochtene Vorschrift enthalte deshalb mittelbar auch eine unzulässige Einschränkung der freien Verfügung der Grundstückseigentümer über ihre in der Gemeindeflur Babenhausen gelegenen Grundstücke. Da er den Markt Babenhausen auf Schadensersatz in Anspruch nehmen wolle, habe er ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit der Strafvorschrift vom 21. 4. 1955.

3. Dem Bayerischen Landtag, dem Bayerischen Senat, der Bayerischen Staatsregierung und dem Markt Babenhausen wurde gemäß § 54 Abs. 3 VfGHG Gelegenheit zur Äußerung gegeben.

a) Landtag und Senat haben beschlossen, sich an dem Verfahren nicht zu beteiligen.

b) Als Stellungnahme der Staatsregierung übermittelte der Ministerpräsident eine Äußerung des Staatsministeriums des Innern vom 26. 11. 1956. Dieses vertritt die Auffassung, daß der Antrag zulässig und begründet sei. Die angefochtene Strafvorschrift könne sich nicht auf eine gesetzliche Ermächtigung stützen und verstoße daher gegen Art. 3 BV. Sie würde im übrigen unabhängig von der Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit am 1. 1. 1957 gemäß Art. 77 Abs. 2 LStVG jegliche Rechtswirksamkeit verlieren.

c) Der Markt Babenhausen hat im wesentlichen ausgeführt, daß der Erlaß der Strafvorschrift nach den örtlichen Verhältnissen geboten gewesen sei und auch keinen unzulässigen Eingriff in das Privateigentum darstelle. Sie sei im Gegenteil gerade zum Schutz des Privateigentums erlassen worden. Als „eigene Grundstücke“ im Sinne der Vorschrift seien auch solche anzusehen, über die jemand in Folge einer Pacht oder ausdrücklicher Erlaubnis des Eigentümers verfügen dürfe. Auch ein Verstoß gegen Art. 101 und Art. 109 BV sei nicht gegeben. Der Antrag sei unbegründet.

4. Die Beteiligten haben auf mündliche Verhandlung verzichtet.

II.

1. Der Antragsteller greift die örtliche Strafvorschrift des Marktes Babenhausen vom 21. 4. 1955 mit der Begründung an, daß sie mit den Artikeln 101, 103 und 109 BV, die Grundrechte verbürgen, unvereinbar sei. Er macht also geltend, daß durch die Strafvorschrift Grundrechte in unzulässiger Weise

eingeschränkt würden. Den Anforderungen des Art. 98 Satz 4 BV und des § 54 VfGHG ist damit insoweit genügt.

2. Die örtliche Strafvorschrift vom 21. 4. 1955 stellt selbständiges Ortsrecht (Art. 23 GO) dar und enthält nicht etwa nur einen (mit der Popularklage nicht anfechtbaren) Hinweis auf eine bereits bestehende anderweitige Strafbestimmung. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Vorschrift (insbesondere Art. 3), im übrigen aber auch aus dem eigenen Vorbringen des Marktes, er sei zum Erlaß der Vorschrift gezwungen gewesen, weil der das Weiden auf fremden Grundstücken regelnde Art. 115 PStGB „allein keinen genügenden Schutz mehr geboten“ habe. Die örtliche Strafvorschrift kann also selbständig zum Gegenstand einer Popularklage nach Art. 98 Satz 4 gemacht werden. Daß unter den Begriff „Gesetze und Verordnungen“ im Sinne dieser Verfassungsvorschrift auch ortsrechtliche Normen fallen, hat der Verfassungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen (vgl. insbes. VGH n. F. 4 II 181/189 und 9 II 131/135).

3. Der Zulässigkeit des Antrags steht auch nicht der Umstand entgegen, daß die örtliche Strafvorschrift, deren Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit festgestellt werden soll, auf jeden Fall am 1. 1. 1957 nach Art. 77 Abs. 2, 79 des Bayer. Landesstraf- und Verordnungsgesetzes vom 17. 11. 1956 [GVBl. S. 261*] — LStVG — außer Kraft getreten ist. Zwar hat der Verfassungsgerichtshof bei der Prüfung der Frage, ob eine Vorschrift verfassungswidrig ist, grundsätzlich seiner Beurteilung die Fassung und den Rechtszustand zugrunde zu legen, die im Zeitpunkt seiner Entscheidung gegeben sind; ein Anlaß zur Überprüfung einer inzwischen aufgehobenen Norm besteht für ihn nur dann, wenn dafür ein objektives Interesse anzuerkennen ist (vgl. VGH n. F. 6 II 107 Leitsatz 5 und 9 II 47/50). Ein solches Interesse läßt sich im vorliegenden Fall aber nicht verneinen; denn die Frage, ob im Bereich des Marktes Babenhausen das in der örtlichen Strafvorschrift vom 21. 4. 1955 ausgesprochene Weideverbot bis zum 1. 1. 1957 verfassungsrechtlich zulässig oder von Anfang an nichtig war, kann bei Rechtsstreitigkeiten, insbesondere in Schadensersatzprozessen, noch von entscheidender Bedeutung sein. Eine Klärung dieser Frage durch den Verfassungsgerichtshof erscheint deshalb geboten.

Auch sonst bestehen gegen die Zulässigkeit des Antrags und die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofs keine Bedenken.

III.

Im Popularklageverfahren nach Art. 98 Satz 4 BV, § 54 VfGHG hat der Verfassungsgerichtshof in erster Linie zu prüfen, ob die angefochtene Vorschrift Grundrechte verfassungswidrig einschränkt. Dies schließt aber nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs nicht aus, daß er in einem nach den angeführten Bestimmungen bei ihm anhängigen Verfahren auch sonstige Verfassungsverletzungen berücksichtigt. Der Prüfung unterliegt im Popularklageverfahren insbesondere auch die Frage, ob für die angegriffene Vorschrift, wenn es sich um eine abgeleitete Norm handelt, im Zeitpunkt ihres Erlasses eine ausreichende Rechtsgrundlage (Ermächtigung) vorhanden war, da im Fall des Fehlens einer solchen Grundlage ein Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit (Art. 3 BV) vorliegt (VGH n. F. 9 II 131/140) und die Vorschrift schon aus diesem Grunde verfassungswidrig und nichtig ist.

Die Prüfung dieser Frage ergibt für den vorliegenden Fall:

1. Art. 115 PStGB, auf den die örtliche Strafvorschrift sich ausdrücklich beruft, stellte unbefugtes Weiden von Vieh auf fremden Grundstücken unter Strafe. Er regelte Tatbestand und Rechtsfolgen

abschließend. Eine Ermächtigung zum Erlaß irgendwelcher ortsrechtlicher Vorschriften war in dieser (seit 1. 1. 1957 durch Art. 75 Nr. 1 in Verbindung mit Art. 76 LStVG aufgehobenen) Bestimmung des Polizeistrafbuchgesetzes nicht enthalten.

2. Das gleiche gilt für den (nunmehr ebenfalls aufgehobenen) Art. 117 PStGB, den die örtliche Strafvorschrift weiter als ermächtigende Norm bezeichnet. Er traf in Abs. 1 und 2 eine Regelung für die Nachtweide und ließ in Abs. 3 lediglich Ausnahmestellen zu, deren Erlaß der „Kreisverwaltungsstelle“ (Regierung) oblag. Ortsrecht war in Art. 117 PStGB nicht vorgesehen.

3. Art. 23 GO 1952, den die örtliche Strafvorschrift schließlich noch anführt, bietet für sie ebenfalls keine Rechtsgrundlage; in Satz 2 dieser Vorschrift wird vielmehr sogar ausdrücklich festgestellt, daß örtliche Strafvorschriften „nur in den gesetzlich bestimmten Fällen“ zulässig sind, also einer besonderen Ermächtigung durch den Gesetzgeber bedürfen (insoweit inhaltlich übereinstimmend auch die Neufassung durch Art. 66 LStVG).

4. Weitere gesetzliche Bestimmungen, die die angefochtene Vorschrift decken könnten, sind in dem Beschluß des Marktgemeinderats vom 21. 4. 1955 nicht angeführt. Es kann dahinstehen, ob eine ortsrechtliche Vorschrift aus der Zeit vor Inkrafttreten des Landesstraf- und Verordnungsgesetzes ihre Rechtsgrundlage auch in einer von ihr nicht angeführten Ermächtigungsnorm haben kann (vgl. dazu Ziegler-Ulrich Anm. 4b, bb zu Art. 1 PStGB und nunmehr Bengl-Berner-Emmerig Anm. 3 zu Art. 51 LStVG). Denn eine solche Deckungsnorm ist hier nicht ersichtlich.

a) Daß die das Weiden und die Beaufsichtigung von Vieh regelnden sonstigen im Jahre 1955 noch gültigen Bestimmungen des Polizeistrafbuchgesetzes nicht einschlägig sind, liegt auf der Hand: Art. 116 und 118 betrafen andere Tatbestände, die letztgenannte Bestimmung enthielt überdies eine abgeschlossene Regelung und keine Ermächtigung; Art. 119 ließ zwar örtliche Strafvorschriften zu, in denen Art und Weise der Einzelhut von Vieh geregelt wurde, nicht aber ein völliges Verbot, wie es die angefochtene Vorschrift aussprach.

Einer näheren Prüfung bedarf allerdings die Frage, ob die örtliche Strafvorschrift, soweit sie die Schafweide auf „sämtlichen Grundstücken der Gemeindeflur...“, ausgenommen eigene Grundstücke“, verbietet, sich nicht auf die allgemeine Bestimmung in Art. 121 Abs. 1 PStGB stützen konnte, nach der die „Ortspolizeibehörde“ zum Erlaß von feldpolizeilichen Vorschriften „zum Schutze des landwirtschaftlichen Eigentums“ — also auch der landwirtschaftlichen Grundstücke — ermächtigt war. Auch das muß aber verneint werden. Durch Art. 121 PStGB sollte den Gemeinden die Möglichkeit gegeben werden, über die im Polizeistrafbuch oder in sonstigen Gesetzen bereits getroffenen Regelungen hinaus noch besondere Vorschriften zum Schutze des landwirtschaftlichen Eigentums zu schaffen, die sich nach den örtlichen Verhältnissen als notwendig erweisen würden (vgl. die in BayObLGSt. 7,157 wiedergegebene Entstehungsgeschichte). Gedeckt wurden durch Art. 121 PStGB solche ortsrechtliche Vorschriften, die ein Gebot oder Verbot an einen Dritten richteten und ihm Handlungen untersagten, durch die das landwirtschaftliche Eigentum gefährdet wurde. Dagegen sollte die Bestimmung keine Rechtsgrundlage für abgeleitete Vorschriften bieten, die den Eigentümer eines Grundstücks selbst zu Handlungen oder Unterlassungen zum Schutze seines Eigentums verpflichteten (Ziegler-Ulrich Anm. 2 zu Art. 121 PStGB mit Nachweisen), sie wollte insbesondere auch nicht Eingriffe in die bürgerlichen Rechtsbeziehungen des Grundstückseigentümers zu Dritten zulassen (vgl. BayObLGSt. 16,8/11).

Hieraus ergibt sich, daß das angefochtene Weideverbot in Art. 121 PStGB keine Rechtsgrundlage

* Nun BayBS. I S. 327.

finden konnte. Dabei ist es ohne entscheidende Bedeutung, ob man der Auslegung des Marktgemeinderates folgt, der unter „eigenen“ Grundstücken im Sinne des Art. 1 der örtlichen Strafvorschrift auch solche Grundstücke verstehen will, die ein Nicht-eigentümer auf Grund Pachtvertrages oder sonstiger Erlaubnis beweidet, oder ob man nur Grundstücke, die im Eigentum des Schafhalters stehen, als „eigene“ ansehen will (vgl. dazu Ziegler-Ulrich Anm. 4 zu Art. 115 PStGB). Denn bei der ersten Auslegung würde die örtliche Strafvorschrift inhaltlich dem Art. 115 PStGB entsprechen, der „unbefugtes“ Weiden auf „fremden Grundstücken“ unter Strafe stellte. Sie würde also insoweit keine ergänzende Regelung auf Grund der örtlichen Erfordernisse getroffen, sondern lediglich bereits eine im Gesetz selbst stehende Strafvorschrift wiederholt haben. Dazu gab aber Art. 121 PStGB keine Ermächtigung. Bei der zweiten Auslegung (eigene = im Eigentum stehende) hätte die örtliche Strafvorschrift dazu geführt, daß dem Grundstückseigentümer die Verpachtung oder sonstige Überlassung seiner Grundstücke an Schafhalter unmöglich gemacht wurde; zu einem solchen Eingriff in die private Rechtssphäre wollte aber Art. 121 PStGB nach seinem oben dargelegten Zweck ebenfalls keine Ermächtigung bieten.

b) Die angefochtene Vorschrift findet auch insoweit im Polizeistrafbuch keine ausreichende Rechtsgrundlage, als sie das Beweiden „auf den gemeindlichen Wegen“ verbietet und unter Strafe stellt. Der (durch Art. 76 Abs. 1 Nr. 6 LStVG vorerst noch aufrechterhaltene) Art. 90 PStGB ermächtigt zwar die Gemeinden, „ortspolizeiliche Vorschriften“ zu erlassen, die Anordnungen zur „Sicherstellung“ von öffentlichen Wegen „gegen Beschädigungen“ enthalten. Zulässig sind hiernach Vorschriften, die unmittelbar dem Schutz des Straßenkörpers dienen und dadurch die ungestörte Benutzung der Wege ermöglichen sollen. Diesen Zweck verfolgte die angefochtene örtliche Strafvorschrift aber nicht. Sie wollte ausschließlich das landwirtschaftliche Privateigentum gegen Weideschäden schützen und deshalb den Schafhaltern das Weiden innerhalb des gesamten Gemeindebezirks — einschließlich der gemeindlichen Wege — verbieten. Das ergibt sich sowohl aus dem Inhalt des Beschlusses des Marktgemeinderats vom 21. 4. 1955 als auch aus der Stellungnahme des Marktgemeinderats im vorliegenden Verfahren und dem anlässlich des Erlasses der örtlichen Vorschrift geführten Schriftwechsel zwischen dem Marktgemeinderat und dem Landratsamt Illertissen. Eine ortrechtliche Vorschrift kann aber keine Rechtsgrundlage in einer Ermächtigungsnorm finden, deren Zwecke sie nicht verfolgt; sie ist durch das Blankettgesetz nur dann gedeckt, wenn sie ihrem sachlichen Inhalt nach erkennbar den im Blankettgesetz vorgesehenen Zweck anstrebt (vgl. Entscheidung des Bayer. Obersten Landesgerichts vom 5. 11. 1928 — BayVBl. 1929, 397). Es kann deshalb Art. 90 PStGB schon aus diesem Grunde nicht nachträglich zur Rechtfertigung der örtlichen Strafvorschrift vom 21. 4. 1955 herangezogen werden. Aus den gleichen Erwägungen bot auch der (inzwischen aufgehobene) Art. 121 PStGB keine Deckung, der neben den bereits oben behandelten feldpolizeilichen Vorschriften auch solche „zum Schutze der Feldwege“ zuließ; denn die örtliche Strafvorschrift bezweckte nicht die Erhaltung solcher Wege, die den Landwirten den freien Zugang zu ihren Grundstücken ermöglichen sollen, sondern verfolgte — wie dargelegt — andere Zwecke. Art. 121 PStGB betraf im übrigen auch nur Feldwege, nicht aber sonstige Gemeindewege. Der (z. Z. noch aufrechterhaltene) Art. 89 Abs. 1 Nr. 2 PStGB endlich verbietet zwar in bestimmtem Umfang die Viehweide auf kunstmäßig gebauten Gemeindefeldern, enthält aber keine Ermächtigung zum Erlaß von Ortsrecht und scheidet schon deshalb aus.

c) Auch außerhalb des Polizeistrafbuchs findet sich keine Norm, die den Markt Babenhausen zum Erlaß der örtlichen Strafvorschrift vom 21. 4. 1955 ermächtigt hätte. § 366 Nr. 10 StGB ist nicht einschlägig, weil die angefochtene Vorschrift nicht der „Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen...“, sondern — wie dargelegt — einem anderen Zweck dienen sollte. Das bayer. Weidengesetz, das Feldschadengesetz und das Forstgesetz enthalten keine Ermächtigungsvorschriften. Auch aus den das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gewährleistenden Bestimmungen der Bayer. Verfassung (Art. 83 i. V. m. Art. 11 Abs. 2) und der Gemeindeordnung (Art. 1) kann eine Befugnis der Marktgemeinde zum Erlaß der angefochtenen Vorschrift nicht hergeleitet werden, da den Gemeinden eine Rechtsetzung nur „im Rahmen der Gesetze“ (Art. 11 Abs. 2 BV) zusteht und örtliche Strafvorschriften nach Art. 23 Satz 2 GO stets noch einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedürfen (vgl. a. VGH n. F. 9 II 131/140 unter Nr. 4).

5. Es gehört, wie der Verfassungsgerichtshof bereits in seiner mehrfach angeführten Entscheidung vom 29. 6. 1956 (VGH n. F. 9 II 131/140 unter III) ausgesprochen hat, zu den tragenden Grundsätzen des Rechtsstaates, daß allgemeinverbindliche Gebote und Verbote nur durch die gesetzgebende Körperschaft oder eine vom Gesetzgeber ermächtigte Stelle erlassen werden dürfen (vgl. a. BVerwGE 4, 6/12 sowie Krüger in DÖV 1957, 687). Dieser allgemeine Grundsatz hat auch in Art. 70 und in Art. 55 Nr. 2 Satz 3 BV seinen Niederschlag gefunden. Eine ortrechtliche Vorschrift, die ohne eine ausreichende gesetzliche Ermächtigung erlassen worden ist, ist nicht nur gesetzwidrig (Art. 23 Satz 2 GO), sondern verstößt zugleich gegen den in Art. 3 BV verankerten Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit. Der örtlichen Strafvorschrift des Marktes Babenhausen vom 21. 4. 1955 fehlt, wie dargelegt, die erforderliche Rechtsgrundlage. Sie verstieß somit bereits im Zeitpunkt ihres Erlasses gegen Art. 3 BV. Es war daher — in Übereinstimmung mit der von der Staatsregierung vertretenen Auffassung — festzustellen, daß die örtliche Strafvorschrift vom 21. 4. 1955 verfassungswidrig und nichtig war.

Es erschien angebracht, Kostenersatzung im beantragten Umfang anzuordnen (§ 23 Abs. 3 Satz 2 VfGHG, § 25 Abs. 3 Gescho des VfGH).

gez. Dr. Holzinger Lechner Dr. Elsässer
gez. Dr. Adam Dr. Eyer mann Dr. Kolb
gez. Dr. Bohley Dr. Stürmer Dr. Meder.

Entscheidung

**des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
betreffend Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 und 3 sowie Abs. 2 der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 25. 1. 1952 (GVBl. S. 19)**)**

Im Namen des Freistaates Bayern! *)

Der Bayer. Verfassungsgerichtshof erläßt in der Sache:

Anträge der Städte München, Kulmbach und Bayreuth auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 und 3 sowie Abs. 2 der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 25. 1. 1952 (GVBl. S. 19)**)

ohne mündliche Verhandlung in der nichtöffentlichen Sitzung vom 23. Dezember 1957, an der teilgenommen haben:

*) Die Entscheidung (Vf. 107, 114, 117 — VII — 56) wird gem. § 18 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Verfassungsgerichtshofs für den Freistaat Bayern vom 24. 5. 1948 (BayBS. I S. 29) veröffentlicht.

**) Nun BayBS. I S. 461.

als Vorsitzender:

der Präsident des Verfassungsgerichtshofs, Oberlandesgerichtspräsident Dr. Holzinger,

als Beisitzer:

1. Senatspräsident Brandl, Bayer. Verwaltungsgerichtshof,
2. Senatspräsident Dr. Eyermann, Bayer. Verwaltungsgerichtshof,
3. Landgerichtspräsident Hauth, Landgericht Nürnberg-Fürth,
4. Oberverwaltungsgerichtsrat Dr. Eichhorn, Bayer. Verwaltungsgerichtshof,
5. Landgerichtspräsident Dr. Herrmann, Landgericht Deggendorf,
6. Senatspräsident Dr. Kolb, Oberlandesgericht München,
7. Senatspräsident Dr. Meder, Oberlandesgericht München,
8. Landgerichtsdirektor Dr. Preissler, Landgericht München II,

folgende

Entscheidung:

1. Der Bayerischen Verfassung entspricht nur die Auslegung, daß unter wirtschaftlichen Unternehmen im Sinne des Art. 75 Abs. 1 und 2 der Gemeindeordnung Versorgungsbetriebe und örtliche Verkehrsunternehmen der Gemeinden nicht zu verstehen sind.
2. Die Anträge, Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 und 3 sowie Abs. 2 für verfassungswidrig und nichtig zu erklären, werden abgewiesen.

Gründe:

I.

1. Die Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (GO) vom 25. 1. 1952 [GVBl. S. 19*] bestimmt in Art. 75 Abs. 1 und 2:

„(1) Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder erweitern, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen erfordert,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,
3. der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

(2) Gemeindliche Wirtschaftsunternehmen dürfen keine wesentliche Schädigung und keine Aufsaugung selbständiger Betriebe in Landwirtschaft, Handel, Gewerbe und Industrie bewirken.“

2. Mit Schriftsatz vom 19. 6. 1956 hat die Landeshauptstadt München beim Bayerischen Verfassungsgerichtshof beantragt, Abs. 1 Nr. 1 und 3 sowie den Abs. 2 des Art. 75 GO für verfassungswidrig und nichtig zu erklären, soweit sie die Gemeinden bei der Versorgung der Bevölkerung mit Gas, Wasser und elektrischer Kraft sowie auf dem Gebiete des örtlichen Personenverkehrs beschränken. Die Verfassungswidrigkeit derselben Vorschriften festzustellen, soweit sie die Gemeinden bei der Versorgung ihrer Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft beschränken, hat die Stadt Kulmbach in ihrem Schriftsatz vom 2. 7. 1956 beantragt. Die Stadt Bayreuth schließlich hat mit Schriftsatz vom 16. 7. 1956 den Antrag gestellt, den Abs. 1 Nr. 3 und den Abs. 2 des Art. 75 GO für verfassungswidrig und nichtig zu erklären, soweit in ihnen die Gemeinden bei der Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft sowie auf

dem Gebiete des örtlichen Personenverkehrs beschränkt werden.

Zur Begründung haben die Antragsteller im wesentlichen vorgebracht:

Die Verfassung habe in Art. 83 die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden auf dem Gebiete der Daseinsvorsorge — also der Versorgung der Bevölkerung mit Gas, Wasser, Licht, elektrischer Kraft und örtlichen Verkehrsgelegenheiten — dem eigenen Wirkungskreis der Gemeinden und damit dem Kreis der Selbstverwaltungsaufgaben zugewiesen. In dieser geschichtlich gewachsenen, dem Bewußtsein der Bevölkerung längst vertrauten Betätigung, die eine „wesentliche und grundsätzliche Komponente des Selbstverwaltungsrechts“ sei, würden die Gemeinden durch die angefochtenen Vorschriften aufs schwerste behindert, sie werde ihnen teilweise sogar verschlossen. Die Regelung habe zur Folge, daß die Gemeinden besser und wirtschaftlicher als ein Privatunternehmen wirtschaften müßten und daß schon im Falle gleicher Qualität und Wirtschaftlichkeit ihr Betätigungsrecht ruhe. Die Errichtung, die Übernahme und insbesondere die Erweiterung gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen sei, wenn ein Konkurrenzverhältnis zu einem privaten Unternehmen bestehe, fast unmöglich. Dabei falle besonders ins Gewicht, daß eine Erweiterung sowohl in der Ausdehnung des äußeren Bestandes — etwa bei einer Eingemeindung — wie in einer Steigerung der Leistungsfähigkeit liegen könne. Damit sei die wirtschaftliche Entwicklung abgeschnitten und die Wettbewerbsfähigkeit der gemeindlichen Werke gehemmt, auf lange Sicht überhaupt unterbunden. Eine solche Regelung lasse es nicht mehr zu, von echter Selbstverwaltung der Gemeinden zu sprechen; sie verletze fundamentale Gesichtspunkte des demokratischen Staatsaufbaues, wie sie sich aus Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 Abs. 2 und 4 BV und Art. 1 und 7 GO ergäben.

Besonderen Bedenken verfassungsrechtlicher Art begegne Art. 75 Abs. 2 GO. Er gehe weiter als Art. 153 BV, indem er schon die „wesentliche Schädigung“ verbiete und obendrein noch jede nichtgemeindliche wirtschaftliche Betätigung und nicht nur Kleinbetriebe und Mittelstandsbetriebe schütze. Hier erweise sich erneut die Einseitigkeit der Regelung zu Lasten der Gemeinden, wie sie rechtsstaatlichem Denken fremd sein müßte.

Die angefochtenen Vorschriften verletzten also das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde (Art. 11 Abs. 2, 83 Abs. 1 BV) — und damit ein Grundrecht — in seinem Wesensgehalt. Dies erhelle auch aus der Entwicklung der bayerischen Kommunalgesetzgebung und aus der Gesetzgebungspraxis der übrigen deutschen Länder. Die Bayerische rechtsrheinische Gemeindeordnung von 1869 habe den Gemeinden in ihrer wirtschaftlichen Betätigung freie Hand gelassen; die Gemeindeordnung von 1927 habe in Art. 61 Abs. 4 „Wasserleitungen, Straßenbahnen und sonstige Verkehrseinrichtungen, Einrichtungen zur Erzeugung, Verteilung und Verwendung von Gas und Elektrizität“ von der staatsaufsichtlichen Genehmigungspflicht ausgenommen. Damit sei das „vorrechtliche Gesamtbild“ umrissen, von dem der Verfassungsgeber 1946 ausgegangen sei. Die Deutsche Gemeindeordnung von 1935 habe einen mittleren Weg zwischen völliger Freiheit und Genehmigungspflicht gewählt. Ähnlich seien nach 1945 fast alle Bundesländer verfahren und hätten so wenigstens den Wesenskern des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts auf wirtschaftlichem Gebiet respektiert. Nur Bayern habe dieses Selbstverwaltungsrecht unzulässig beschränkt, obwohl die Voraussetzungen des Art. 98 Satz 2 BV hier nicht gegeben seien. Übrigens ergäbe sich die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Vorschriften auch dann, wenn man das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde nicht als Grundrecht, sondern nur als durch die Verfassung „institutionell garantiert“ ansehen wollte; Art. 98 Satz 2 BV sei auf diesen Fall entsprechend anzuwenden.

*) Nun BayBS I S. 461.

Weiter sei das Grundrecht der Gleichheit vor dem Gesetz verletzt. Dies werde deutlich, wenn man betrachte, wie der Gesetzgeber die wirtschaftliche Betätigung der Bezirke und Landkreise und des Staates geregelt habe. Für Bezirke und Landkreise gälten weit mildere Vorschriften (Art. 61 BezO, Art. 63 LKrO), der Staat selbst habe sich überhaupt keine Schranken auferlegt. In der Praxis sei aber der Staat mit zahlreichen Unternehmen auch der Daseinsvorsorge, wie etwa mit Elektrizitätswerken, wirtschaftlich tätig. Es sei kein stichhaltiger Grund dafür vorhanden, die wirtschaftliche Betätigung von Staat, Bezirken und Landkreisen einerseits und der Gemeinden andererseits so unterschiedlich und in einer für die Gemeinden einseitig ungünstigen Weise zu regeln. Auch im Verhältnis gegenüber allen anderen juristischen und gegenüber natürlichen Personen sei, wie die Stadt Kulmbach vorbringt, der Gleichheitssatz verletzt.

Durch Art. 75 GO werde auch das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und das Recht auf Gewerbefreiheit (Art. 2, 12 GG) sowie das Grundrecht des Art. 101 BV verletzt.

Schließlich sei auch gegen Art. 103 BV verstoßen, der das in Art. 11, 83 BV garantierte Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde mitumfasse. Das Recht der Gemeinde, Versorgungsbetriebe zu unterhalten, sei gewohnheitsrechtlich begründet. Dem tatsächlichen Entwicklungsvorgang komme normative Kraft zu. Das Recht der Gemeinde sei also eigentumsähnlich und Eingriffe, die es beeinträchtigen, ständen einer Enteignung gleich.

3. Dem Bayerischen Landtag, dem Bayerischen Senat und der Bayerischen Staatsregierung wurde gemäß § 54 Abs. 3 VfGHG Gelegenheit zur Äußerung gegeben.

a) Der vom Landtag bestellte Vertreter bezweifelt die Zulässigkeit der Popularklage; es gehe nicht an, den Art. 75 GO lediglich in seiner Anwendung auf die Versorgungswirtschaft anzugreifen.

In der Sache selbst vertritt er die Auffassung, daß die angefochtene Regelung mit der Verfassung vereinbar sei. Zur Begründung wird u. a. ausgeführt:

Von den Antragstellern werde sowohl der Inhalt der Lehre von der Daseinsvorsorge als auch Begriff und Umfang der gemeindlichen Pfichtaufgaben verkannt. Daseinsvorsorge sei immer dann gegeben, wenn den Staatsbürgern unmittelbar Leistungen und Vorteile gewährt würden. Dabei mache es keinen Unterschied, ob zur Bereitstellung eine Verpflichtung bestehe oder nicht, ob der Träger der Daseinsvorsorge sich auf dem Boden des bürgerlichen oder öffentlichen Rechts bewege und ob er sich zur Gewährung der Vorsorge eines Dritten bediene. Aus der Lehre von der Daseinsvorsorge ergebe sich nicht, daß die Durchführung der Versorgungsaufgaben durch die Gemeinden in eigener Regie müsse erfolgen können. Selbst wenn man die Durchführung der Daseinsvorsorge zu dem Selbstverwaltungsbereich der Gemeinden zählen wollte, wäre hieraus nicht zwingend abzuleiten, daß damit auch eine eigene Betätigung der Gemeinden gewährleistet sein müsse; auch der Abschluß eines Konzessionsvertrags müßte als echte Ausübung des Selbstverwaltungsrechts anerkannt werden. Solange eine solche Möglichkeit bestehe, könne nicht davon die Rede sein, daß der Wesenskern des Selbstverwaltungsrechts berührt sei. Aus der Tatsache, daß die Betätigung eines Leistungsträgers Daseinsvorsorge sei, könne nicht gefolgert werden, daß diese Tätigkeit zu den notwendigen Selbstverwaltungsaufgaben oder zu den natürlichen Aufgaben eines Leistungsträgers gehöre, wie schon Art. 152 BV zeige, der den Staat verpflichte, für die Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie zu sorgen.

Es gebe keine allgemeine Verpflichtung der Gemeinden zur Daseinsvorsorge. Aber selbst wenn man eine solche anerkennen wollte, trete sie erst dann

ein, wenn die Bereitstellung der Leistungen durch Dritte nicht möglich sei.

Die Selbstverwaltung im Sinne des Art. 11 BV sei nur in Gegenüberstellung zur Staatsverwaltung zu verstehen; sie erstrecke sich nur auf die hoheitliche, nicht auch auf die wirtschaftliche Betätigung der Selbstverwaltungskörper. Daran ändere auch der Umstand nichts, daß Art. 83 BV einige Sachgebiete, die außerhalb des hoheitlichen Bereichs lägen, zum eigenen Wirkungskreis der Gemeinden zähle; er grenze nur zwischen dem staatlichen und dem eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden ab, gewähre diesen jedoch kein unabdingbares Recht, sich auf allen erwähnten Gebieten selbst zu betätigen.

Aber auch wenn die Selbstverwaltungsgarantie die fiskalisch-wirtschaftliche Betätigung mitumfasse, sei das Selbstverwaltungsrecht nicht verletzt. Den Gemeinden verbliebe noch eine ausreichende Betätigungsmöglichkeit fiskalisch-wirtschaftlicher Art, selbst wenn ihnen die Ausübung der Versorgungstätigkeit überhaupt verboten wäre. In Art. 75 GO sei aber, auch bei strengster Auslegung, die versorgungswirtschaftliche Betätigung nicht einmal schlechthin verboten, sondern nur unter der Voraussetzung, daß Dritte diese Aufgaben ebenso gut wie die Gemeinden erfüllten. Der Wesensinhalt des Selbstverwaltungsrechts werde durch die angefochtene Regelung nicht angetastet.

Im übrigen handle es sich bei dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde doch wohl nicht um ein Grundrecht, sondern um eine institutionelle Garantie, die Art. 11 Abs. 2 BV unter ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt gestellt habe. Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde dürfe also bis zu der Grenze eingeschränkt werden, jenseits deren man hinsichtlich des den Gemeinden verbliebenen Restes überhaupt nicht mehr von einem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde sprechen könnte. Für eine Einschränkung durch Gesetz seien demnach die Voraussetzungen des Art. 98 Satz 2 BV nicht erforderlich. Aber selbst wenn man sie für erforderlich halten wollte, müßte man die durch Art. 75 GO vorgenommene Einschränkung als durch Gründe der öffentlichen Wohlfahrt gedeckt anerkennen.

Der Gleichheitssatz und die allgemeinen Freiheitsrechte seien, jedenfalls im Verhältnis der Gemeinden zu anderen juristischen und zu natürlichen Personen, ihrem Wesen nach auf die Gemeinden nicht anwendbar.

Eine Enteignung liege schon deshalb nicht vor, weil enteignungsfähige Rechte der Gemeinden hier noch gar nicht existierten. Es handle sich vielmehr immer nur um Chancen, die sich noch nicht zu vermögenswerten Rechten verdichtet hätten. Dazu fehle es auch an dem Erfordernis des Einzeleingriffs, das die Enteignung verlange.

b) Der Senat äußert sich im wesentlichen wie folgt:

Die Anträge seien zulässig, jedoch unbegründet.

Die Bayer. Verfassung gewähre den Gemeinden ein subjektives öffentliches Recht auf Selbstverwaltung; ob es sich dabei um ein Grundrecht handle, sei umstritten; jedenfalls enthalte die Verfassung insoweit eine institutionelle Garantie. Wenn Art. 83 Abs. 1 BV die Versorgung der Bevölkerung mit Gas, Wasser, Elektrizität und den erforderlichen Verkehrsmitteln dem eigenen Wirkungskreis der Gemeinde zurechne und Art. 11 Abs. 2 BV den Gemeinden innerhalb ihres eigenen Wirkungskreises das Selbstverwaltungsrecht zuerkenne, so stehe fest, daß die genannten Versorgungszweige zu den Gegenständen des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts zu zählen seien. Insoweit verleihe Art. 83 Abs. 1 BV den Gemeinden Rechte, aber nur gegenüber dem Staat; gegenüber der Bevölkerung jedoch statuiere er nur Pflichten. Die Frage, auf welchem Wege die Bevölkerung mit den lebensnotwendigen Gütern versorgt werde, lasse die Verfassung offen. Die Not-

wendigkeit gemeindlicher Tätigkeit entfallende, wenn die Versorgung auf andere Weise ausreichend gewährleistet sei. Das verfassungsmäßige Selbstverwaltungsrecht gebe demnach den Gemeinden keinen Anspruch auf Versorgung der Bevölkerung mittels gemeindlicher Unternehmungen. Daher könnten auch die den Gemeinden in Art. 75 GO für wirtschaftliche Unternehmen auferlegten Beschränkungen nicht gegen das Selbstverwaltungsrecht verstoßen. Selbst wenn den Gemeinden nach der Verfassung ein Recht zur Versorgung der Gemeindebewohner als Ausfluß ihres Selbstverwaltungsrechts zustünde, so wäre zu beachten, daß dieses Recht durch Gesetze eingeengt werden könnte, da es nur „im Rahmen der Gesetze“ gewährt sei.

Auch von einer Verletzung des Gleichheitssatzes könne nicht gesprochen werden. Die einzelnen Gemeindebürger könnten nicht mit den Gemeinden auf eine Stufe gestellt werden. Es gehe auch nicht an, die Gemeinden dem Staat, den Bezirken und Landkreisen gleichzustellen. Die Aufgaben dieser Körperschaften seien so verschieden, daß von einer Gleichheit im Sinne des Art. 118 BV unmöglich die Rede sein könne.

Inwiefern Art. 75 GO gegen den Grundsatz des Rechtsstaates nach Art. 3 BV verstoßen solle, sei nicht einzusehen.

Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 101 BV sei ein Menschenrecht, also begrifflich auf natürliche Personen beschränkt. Gleiches gelte für Art. 166 BV, sofern die Stadt München bei ihren Ausführungen über die Gewerbefreiheit diese Vorschrift im Auge habe.

Ein Verstoß gegen das Grundrecht des Eigentums nach Art. 103 BV könne gleichfalls nicht anerkannt werden. Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden sei unmöglich als ein Vermögensrecht im Sinne des Art. 103 anzusehen.

Endlich könne auch von einer Verletzung des Art. 153 BV nicht die Rede sein. Diese Verfassungsvorschrift enthalte nur Mindestforderungen, die unter allen Umständen zu erfüllen seien, schließe also auch den Schutz größerer Betriebe gegen übermächtige Konkurrenz nicht aus. Weiter habe sie offenbar nicht den Gegensatz zwischen privaten und öffentlichen Betrieben, sondern zwischen privaten Klein- und Mittelbetrieben einerseits und privaten Großbetrieben andererseits im Auge, liege folglich auf einer ganz anderen Ebene als die Bestimmung des Art. 75 GO.

c) Die Staatsregierung hat auf Grund eines Beschlusses des Ministerrats von einer Äußerung abgesehen.

d) Die Beteiligten haben auf mündliche Verhandlung verzichtet.

II.

1. Die Popularklage nach Art. 98 Satz 4 BV, §§ 2 Nr. 7, 54 Abs. 1 VfGHG kann von „jedermann“ erhoben werden. Dieser Ausdruck umfaßt sowohl physische wie juristische Personen (vgl. VGH n. F. 2 II 143/161), damit auch Gemeinden als Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts.

2. Die Antragsteller greifen Art. 75 GO u. a. deshalb an, weil sein Abs. 1 Nr. 1 und 3 sowie Abs. 2 mit Art. 118, 101 und 103 BV nicht vereinbar seien. Da somit geltend gemacht wird, daß diese Regelung Grundrechte verfassungswidrig einschränke, ist den Anforderungen des Art. 98 Satz 4 BV, § 54 Abs. 1 VfGHG auch insoweit genügt. Kommt der Verfassungsgerichtshof in einem nach diesen Vorschriften bei ihm anhängigen Verfahren zu der Überzeugung, daß die angegriffene Regelung aus anderen Gründen gegen die Bayerische Verfassung verstößt, so hat er dies nach seiner ständigen Rechtsprechung bei der Entscheidung zu berücksichtigen (vgl. VGH n. F. 2 II 115/121, 9 II 158/167).

3. Der Zulässigkeit der Popularklage steht nicht entgegen, daß die Antragsteller die Nichtigkeit der bezeichneten Bestimmungen vornehmlich geltend machen, „soweit“ sie die Gemeinden bei der Versorgung der Bevölkerung mit Gas, Wasser, Licht und elektrischer Kraft sowie auf dem Gebiet des örtlichen Personenverkehrs beschränken. Denn das Vorbringen der Antragsteller läßt klar erkennen, daß sie den Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 und 3 sowie Abs. 2 hilfsweise ohne die erwähnte Einschränkung anfechten wollen (vgl. BVerfGE 1, 299).

III.

1. a) Der Regierungsentwurf einer Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (Verh. des Bayer. Landtags, II. Tagung 1951/52, Beil. Bd. II Nr. 1140) sah in seinem — dem Art. 75 des Gesetzes entsprechenden — Art. 74 vor:

„(1) Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,

2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht.

(2) Gemeindliche Wirtschaftsunternehmen dürfen nicht die Aufsaugung selbständiger Klein- und Mittelbetriebe in Landwirtschaft, Handwerk, Handel, Gewerbe und Industrie bewirken.

(3) Unter Abs. 1 und 2 fallen nicht Unternehmen, zu deren Errichtung und Betrieb die Gemeinde nach Art. 83 Abs. 1 der Verfassung berechtigt ist. Auch diese Unternehmen sind nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten.

(4) . . .

(5) . . .“

In der Begründung ist hierzu ausgeführt:

„Der Entwurf hält . . . in Abs. 1 an der bewährten Regelung des § 67 DGO fest, wobei allerdings die Beschränkung des Wettbewerbs mit gleichartigen Privatunternehmen (§ 67 Abs. 1 Nr. 3) im Interesse einer größeren wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Gemeinden gestrichen wird.

Der Vermeidung von Auswüchsen, die diese Regelung vielleicht auslösen könnte, soll die Vorschrift des Abs. 2 dienen, die in Übereinstimmung mit Art. 153 Bayer. Verf. den Schutz selbständiger Klein- und Mittelbetriebe gegen Aufsaugung durch kommunale Betriebe gewährleistet.

Andererseits soll Abs. 3 die unter Art. 83 Abs. 1 der Verfassung fallenden, vorwiegend der Erfüllung öffentlicher Pflichtaufgaben dienenden und daher unbedenklichen Unternehmen von der Anwendung der für kommunale Wirtschaftsbetriebe geltenden strengen Vorschriften des 2. Abschnittes befreien.“

b) Der Landtagsausschuß für Rechts- und Verfassungsfragen (Beil. Bd. II Nr. 1965) hat für Art. 74 Abs. 1 und 2 des Entwurfs die Fassung vorgeschlagen, die dem nunmehrigen Gesetzeswortlaut entspricht. Abs. 3 sollte lauten:

„Unter Abs. 1 und 2 fallen nicht Unternehmen, zu deren Errichtung und Betrieb die Gemeinde nach Art. 58 Abs. 2 dieses Gesetzes verpflichtet ist. Auch diese Unternehmen sind nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten.“

Bei der folgenden Beratung im Landtag (Sten. Ber. über die 61. Sitzung vom 20.12.1951, S. 1137 ff.) beantragte ein Sprecher der FDP, den Abs. 3 (des

Regierungsentwurfs) zu streichen; zur Begründung führte er aus, die Fassung dieses Absatzes sei zu unbestimmt, weil Art. 83 BV, auf den abgestellt sei, nur einen „Teil der Aufgaben“ nenne und überdies nur ein Programmsatz sei. Der Landtag beschloß darauf — trotz Hinweises der Staatsregierung auf die bereits vom Rechts- und Verfassungsausschuß vorgeschlagene Änderung — den Abs. 3 des Art. 74 ersatzlos wegfällen zu lassen. Ein in der letzten Lesung gestellter Antrag (Sten. Ber. über die 62. Sitzung vom 21. 12. 1951, S. 1190), Abs. 3 der Ausschußvorlage wieder aufzunehmen, blieb, ohne daß es zu einer Abstimmung kam, erfolglos. Der Staatsminister des Innern hatte hiezu erklärt, Abs. 3 in der Fassung des Ausschußbeschlusses sei ein Widersinn; wenn eine Gemeinde zu etwas verpflichtet werde, könnten ihr nicht im gleichen Augenblick Beschränkungen auferlegt werden.

c) Der „Sonderausschuß des Bayer. Senats zur Beratung der Gemeindeordnung“ schlug daraufhin dem Senat vor, Einwendungen zu erheben, u. a. mit dem Ziel, den Abs. 3 Satz 1 der Regierungsvorlage wiederherzustellen. Zur Begründung wurde dargelegt, für Unternehmen, zu deren Errichtung und Betrieb die Gemeinde nach Art. 83 Abs. 1 BV berechtigt sei, sei eine gesetzliche Beschränkung unzulässig (Verh. des Bayer. Senats, Bd. 5, Anl. 5). Demgegenüber wurde in der Vollversammlung des Senats geltend gemacht, der Landtag habe den im Regierungsentwurf enthaltenen Abs. 3 gestrichen, weil er sich mutmaßlich auf den Standpunkt gestellt habe, was in der Verfassung stehe, brauche im Gesetz als selbstverständlich nicht wiederholt zu werden (Sten. Ber. über die 2. Sitzung vom 11. 1. 1952, S. 48). Der Senat beschloß dann auch, insoweit keine Einwendungen zu erheben (a. a. O. S. 51).

2. Aus dieser Entstehungsgeschichte ergibt sich, daß bei den gesetzgeberischen Verhandlungen keine Klarheit darüber bestand, welche Rechtsfolgen die Streichung des Abs. 3 nach sich zöge. Es mag sein, daß ein Teil der am Gesetzgebungswerk Beteiligten damit das Ziel verfolgt hat, gemeindliche Unternehmen ausnahmslos in Art. 75 GO einzubeziehen, wenn dies auch von keiner Seite ausdrücklich erklärt worden ist. Teilweise war jedoch wohl die Auffassung maßgebend, die unter Art. 83 BV fallenden gemeindlichen Unternehmen würden von Art. 75 GO wegen des Vorrangs der Verfassung ohnehin nicht erfaßt; es erübrige sich daher, sie in der Gemeindeordnung ausdrücklich freizustellen, und der im Regierungsentwurf vorgesehene Abs. 3 könne deshalb als überflüssig wegfallen.

Auch das Schrifttum legt den Art. 75 GO verschieden aus. Fröhler führt in BayVBl. 1956, 135/140 aus, Art. 75 lege den gemeindlichen Wirkungsbereichen der Hoheitsverwaltung und der Daseinsvorsorge keine Beschränkungen auf. Heigl in Mang, Verwaltungsrecht in Bayern, I S. 252, vertritt die Ansicht, als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne des Art. 75 dürften, obwohl dies im Gesetz nicht ausdrücklich festgelegt sei, alle diejenigen Unternehmen nicht anzusehen sein, zu deren Errichtung und Betrieb die Gemeinden nach Art. 83 Abs. 1 BV berechtigt und verpflichtet seien; er meint allerdings, daß Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke sowie Verkehrsunternehmen unter Art. 75 GO fallen dürften. Auch Heuser-Semmler, welche die Versorgungsbetriebe zu den wirtschaftlichen Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift rechnen, weisen in Anm. 3 c zu Art. 75 GO darauf hin, daß Art. 83 BV bestimmte Unternehmen „den Gemeinden grundsätzlich überläßt“. Ohne solche Einschränkungen zählt dagegen die herrschende Meinung, mag sie auch in einzelnen hier nicht einschlägigen Punkten auseinandergehen, die Versorgungsbetriebe (Wasser-, Gas- und Elektrizitätswerke sowie Verkehrsunternehmen) zu den von Art. 75 erfaßten wirtschaftlichen Unternehmen (Hözl-Rollwagen, Helmreich und früher auch Masson, je zu Art. 75 GO).

3. Legt man die angegriffene Vorschrift im Sinne der herrschenden Meinung aus, so ist sie mit der Bayer. Verfassung nicht zu vereinbaren.

a) Nach Art. 11 Abs. 2 Satz 2 BV haben die Gemeinden das Recht, ihre eigenen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze selbst zu ordnen und zu verwalten. Es handelt sich dabei um den „eigenen Wirkungskreis“ der Gemeinden, den Art. 83 Abs. 1 BV durch Aufzählung der wichtigsten Aufgaben näher umreißt. Danach gehören zum eigenen Wirkungskreis insbesondere „die Verwaltung ... der Gemeindebetriebe; der örtliche Verkehr ...; die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft“.

Auch das Recht der Gemeinde, auf diesen Gebieten tätig zu werden, steht unter dem Gesetzesvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 BV, auf den Art. 83 Abs. 1 BV zur Erläuterung des Begriffes „eigener Wirkungskreis“ ausdrücklich verweist. Der Gesetzgeber ist also befugt, den Aufgabenkreis näher zu umschreiben und ihn im einzelnen festzulegen. Dagegen ist es ihm verwehrt, auch nur eines der in Art. 83 Abs. 1 erwähnten Aufgabengebiete der Gemeinde völlig zu entziehen und sie auf die restlichen Aufgaben zu verweisen; denn das Selbstverwaltungsrecht besteht für jeden einzelnen Tätigkeitsbereich (vgl. Henrichs, DVBl. 1954, 728/735). Dieses Recht darf der Gesetzgeber auch nicht so stark einschränken, daß es innerlich ausgehöhlt wird und nur noch ein Schein-dasein führen kann; der Gemeinde darf die Gelegenheit zu „kraftvoller Betätigung“ nicht genommen werden (RGZ 126 Anh. S. 14/22 f, BVerfGE 1, 167/174 f). Der Wesensgehalt des Selbstverwaltungsrechts muß also unangetastet bleiben. Darauf räumt Art. 11 Abs. 2 Satz 2 BV der Gemeinde ein subjektives öffentliches Recht ein (Kollmann DÖV 1951, 145; vgl. in diesem Zusammenhang auch Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 252). Die Frage, ob es sich dabei um ein Grundrecht im Sinne des Art. 98 BV handelt, ist vom Bayer. Verfassungsgerichtshof bisher offen gelassen worden (VGH n. F. 2 II 143/164); sie braucht auch hier nicht entschieden zu werden. Denn wenn sie zu verneinen wäre, so würde jedenfalls — neben dem subjektiven Recht — eine institutionelle Garantie bestehen; daß aber der Wesensgehalt nicht angetastet werden darf, gilt in gleicher Weise für ein Grundrecht wie bei der institutionellen Garantie (vgl. von Mangoldt-Klein, Anm. V 2 d zu Art. 19 GG und Anm. IV 1 zu Art. 28 GG).

b) Wo die Grenze liegt, die eine institutionelle Garantie gegen Eingriffe des Gesetzgebers zieht, läßt sich durch eine allgemein gültige Formel nicht bestimmen. Es muß jeweils im Einzelfall untersucht werden, welche Bedeutung der Garantie in verfassungsrechtlicher sowie in wirtschafts- und sozialpolitischer Hinsicht unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung zukommt und welche Funktion sie nach der getroffenen Einschränkung noch entfalten kann (vgl. dazu Wintrich, BayVBl. 1957, 137/140).

aa) Der bayerische Verfassungsgeber hat besonderes Gewicht darauf gelegt, das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden verfassungsrechtlich zu verankern und sicherzustellen. In den Beratungen des Verfassungsausschusses der Bayer. Verfassungsgebenden Landesversammlung (Sten. Ber. Bd. II S. 392) kam zum Ausdruck, daß die Gemeinden „ursprüngliche“ Gebietskörperschaften seien, weil sie älter seien als der Staat; die Eigenschaft als Gebietskörperschaft werde ihnen daher vom Staat nicht verliehen, sondern sie werde nur anerkannt; sie hätten einen „durch die Natur zugewachsenen Aufgabenkreis“ (vgl. hierzu und zur geschichtlichen Entwicklung des Selbstverwaltungsrechts VGH n. F. 2 II 143/162 ff). Die Verfassung spricht daher auch in Art. 11 Abs. 1 Satz 1 von den Gemeinden als „ursprünglichen Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts“. Ob damit nur eine soziologische Tatsache

festgestellt werden oder ob gesagt sein soll, daß die Rechte der Gemeinden aus eigener, ursprünglicher Wurzel gewachsen und nicht vom Staat herzuleiten sind, kann hier unerörtert bleiben. Auf jeden Fall geht die Verfassung davon aus, daß die Gemeinden im Staatsleben einen besonderen Platz einnehmen. Darauf weist auch Art. 11 Abs. 4 hin, nach dem die Selbstverwaltung der Gemeinden dem Aufbau der Demokratie von unten nach oben dient. Endlich hat es der Verfassungsgeber 1946 — anders als die Verfassungsurkunde 1919 — für notwendig gehalten, in der Verfassung selbst ausdrücklich auf den eigenen Wirkungskreis der Gemeinden einzugehen (Art. 83 Abs. 1).

bb) Auf dem Gebiete der Selbstverwaltung kommt den gemeindlichen Versorgungsbetrieben und örtlichen Verkehrsunternehmen eine ganz besondere Bedeutung zu. Die Versorgung mit Wasser, Gas, Licht und elektrischer Kraft sowie die Bereitstellung von Verkehrsmitteln dienen der Befriedigung lebensnotwendiger Bedürfnisse der Bevölkerung. Sie stehen überdies in unlösbarem Zusammenhang mit der Erfüllung anderer öffentlicher Aufgaben, insbesondere der Gesundheitspflege, der Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie der örtlichen Planung. Es ist deshalb unerlässlich, daß die Versorgungsbetriebe krisenfest sind und daß sie ihre Leistungen stetig darbieten; die dauernde und ungestörte Versorgung der Bevölkerung muß unbedingt gesichert sein. Weiter muß auch gewährleistet sein, daß die Leistungen zu sozial gerechtfertigten Bedingungen erbracht werden. Die Führung der Versorgungsbetriebe ist daher eine Aufgabe, die nicht an bloßen Erwerbchancen orientiert sein darf; sie ist vielmehr nach wesentlich politischen (vor allem wirtschafts- und sozialpolitischen) Grundsätzen zu erfüllen; darum zählt die Unterhaltung der Versorgungsbetriebe „zu den Verwaltungsaufgaben im engeren Sinne, die durch das Moment der Notwendigkeit ausgezeichnet sind“ (Forsthoff, Verwaltungsrecht, 6. Aufl., S. 340).

Diese besondere Bedeutung der Versorgungsbetriebe hatte das frühere bayerische Gemeinderecht berücksichtigt. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde war bis zum Inkrafttreten der GO 1927 besonderen gemeinderechtlichen Beschränkungen überhaupt nicht unterworfen. In der Folgezeit verblieb es hinsichtlich der Versorgungs- und Verkehrsbetriebe bei diesem Rechtszustand; sie waren von der durch Art. 61 Abs. 1 GO 1927 eingeführten Genehmigungspflicht ausdrücklich freigestellt (Abs. 4). Sogar die wenig selbstverwaltungsfreundliche DGO 1935 trug wenigstens teilweise der Sonderstellung der gemeindlichen Versorgungsbetriebe Rechnung (§ 67 Abs. 1 Nr. 1 und 3, Abs. 2).

cc) Wenn sonach die Daseinsvorsorge zum „Funktionskern der Gemeindeverwaltung“ gehört (Köttgen, Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber — 1957 — S. 48), so muß hier der Gesetzgeber bei einer Beschränkung des Selbstverwaltungsrechts früher auf eine verfassungsrechtliche Grenze stoßen als beim Erlaß von Vorschriften, die die rein wirtschaftlichen Betriebe der Gemeinde behandeln. Diese Grenze wäre überschritten, wenn die angefochtene Regelung, wie es die herrschende Meinung annimmt, auch auf Versorgungs- und Verkehrsunternehmen anzuwenden wäre. Denn dann hätte die Gemeinde bei der Errichtung, Übernahme oder Erweiterung solcher Betriebe hinter jeden privaten Unternehmer zurückzutreten, der den Betrieb „ebenso gut und wirtschaftlich“ führen könnte. Dies würde besonders deutlich hervortreten, wenn in einer Gemeinde auf einem bestimmten Gebiet — etwa der Gasversorgung — weder ein öffentliches noch ein privates Unternehmen vorhanden ist und die Gemeinde nunmehr die Versorgungslücke schließen will. Das gleiche gälte in dem — allerdings seltenen — Fall der Neubildung einer Gemeinde (vgl. Art. 11 GO). Es

kann sich ferner ergeben, daß in einer Gemeinde zur rationalen Versorgung der Bevölkerung im Zuge des technischen Fortschritts oder zur Deckung vermehrten Bedarfs (Bevölkerungszunahme, Eingemeindungen) neue Werke zusätzlich errichtet werden müssen. Auch dann würden die angegriffenen Vorschriften ihre Sperrwirkung entfalten; die vereinzelt vertretene Meinung (Helmreich, Kommentar zur Bayer. GO, Anm. 4 zu Art. 75), daß es sich in solchen Fällen nicht um eine „Erweiterung“ handle, findet im Gesetz keine Stütze.

Die Gemeinde hätte also, wollte man Art. 75 Abs. 1 und 2 GO auch auf Versorgungs- und Verkehrsunternehmen anwenden, ein uneingeschränktes Recht nur darauf, bestehende Betriebe unverändert fortzuführen oder höchstens noch innerhalb bestehender Betriebe gewisse Rationalisierungsmaßnahmen vorzunehmen (vgl. Masson, Anm. 4 zu Art. 75 GO). Es würde ihr sicherlich auch die Aufgabe bleiben, solche Unternehmen zu errichten, die keinen Gewinn abwerfen. Rentierliche Betriebe müßten dagegen interessierten Privatunternehmen überlassen werden. Damit wäre die Gemeinde — selbst wenn man ihren Einfluß bei der Erteilung von „Konzessionen“ in Rechnung stellt — auf ein zu enges Tätigkeitsfeld beschränkt. Überdies würde ihr dann auch die Möglichkeit genommen, innerhalb ihrer Versorgungswirtschaft Gewinn und Verlust auszugleichen. Schließlich wären der Gemeinde auch eine sachgerechte Gesamtplanung sowie die Bewältigung eines Teils der Aufgaben erschwert, deren Erfüllung ihr Art. 57 Abs. 2 GO zur Pflicht macht.

Aus allem ergibt sich, daß die Gemeinde dann, wenn ihre Versorgungs- und Verkehrsbetriebe den Einschränkungen nach Art. 75 Abs. 1 und 2 GO unterlägen, sich auf dem Gebiete der Daseinsvorsorge nicht mehr ausreichend betätigen könnte. Ihr verfassungsrechtlich garantiertes Selbstverwaltungsrecht wäre damit in seinem Wesenskern beeinträchtigt.

Diese Substanzgarantie ist auch Bestandteil der Bayer. Verfassung, wenn diese auch — im Gegensatz zu Art. 19 Abs. 2 GG — einen solchen Rechtsatz nicht ausdrücklich enthält (vgl. VGH n. F. 9 II 158/174); sie gilt sowohl für Grundrechte wie für institutionelle Garantien. Art. 75 Abs. 1 und 2 GO wäre also in der von der herrschenden Meinung vertretenen Auslegung mit der Verfassung nicht vereinbar. Diesem Ergebnis kann auch nicht mit dem Hinweis auf Art. 98 Satz 2 BV entgegengetreten werden. Es kann dabei dahingestellt bleiben, in welchem Verhältnis diese generelle Vorbehaltsnorm zu dem speziellen Gesetzesvorbehalt in Art. 11 Abs. 2 Satz 2 BV steht und ob sie einen Eingriff in den Wesenskern eines Grundrechts oder einer institutionellen Garantie überhaupt zulassen kann. Denn die besonderen Voraussetzungen des eng auszulegenden Art. 98 Satz 2 BV sind hier jedenfalls nicht gegeben.

4. Der Verfassungsgerichtshof hat jedoch eine Norm nicht als verfassungswidrig und nichtig zu erklären, solange sie noch eine Auslegung zuläßt, in der sie mit der Verfassung vereinbar erscheint (VGH n. F. 4 II 30/31, 44; 5 II 19/20, 29; BVerfGE 2, 266/282 sowie 336/341). Diese Möglichkeit besteht hier. Die Gemeindeordnung gibt nicht an, was sie unter dem Begriff „wirtschaftliche Unternehmen“ versteht. Auch aus der Entstehungsgeschichte läßt sich keine völlige Klarheit gewinnen (vgl. oben 1, b und c). Im Schrifttum hat sich keine einhellige Meinung gebildet (vgl. oben 2). An sich läge es zwar nahe, die Worte „wirtschaftliche Unternehmen“ in einem umfassenden Sinn auszulegen. Es ist aber auch möglich, hierunter nur solche Unternehmen zu verstehen, deren Zweck in erster Linie darauf gerichtet ist, an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilzunehmen und dabei Gewinn zu erzielen. Bei dieser engeren Begriffsbestimmung scheidet die gemeindlichen Ver-

sorgungs- und Verkehrsunternehmen aus. Denn sie haben — wie oben dargelegt (3, b, bb) — vornehmlich wirtschafts- und sozialpolitische Aufgaben zu erfüllen und zwar auch dann, wenn sich dabei kein Gewinn oder sogar ein Verlust ergäbe. Für diese Auslegung spricht im übrigen auch der Zusammenhang mit Art. 57 GO (vgl. Masson, BayVBl. 1956, 327); es wäre wenig sinnvoll, auf der einen Seite der Gemeinde gewisse Gebiete der Daseinsvorsorge als Pflichtaufgabe zuzuweisen und andererseits zu bestimmen, daß auch auf diesen Gebieten der Privatwirtschaft der Vorrang gebührt. Dem hier gewonnenen Ergebnis steht auch nicht etwa Art. 153 BV entgegen; dieser Programmsatz bezweckt den Schutz der Kleinbetriebe und Mittelstandsbetriebe in ihrer Selbstständigkeit insbesondere gegenüber den Großunternehmen der Privatwirtschaft und besagt jedenfalls nichts über das Verhältnis jener Betriebe zu den von den Gemeinden auf Grund ihres Selbstverwaltungsrechts betriebenen Versorgungseinrichtungen.

5. Bei der obigen Auslegung steht die angefochtene Regelung mit der Verfassung im Einklang (ebenso Masson a. a. O.). Denn die einengenden Bestimmungen des Art. 75 Art. 1 und 2 GO erfassen hiernach nur die rein wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde. Das aber ist — wie auch die Antragsteller selbst nicht bezweifeln — verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Hier greift keiner der oben (3, b, bb) hervorgehobenen Gesichtspunkte durch. Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht wird dadurch, daß Art. 75 den rein wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde Schranken setzt, in seinem Wesensgehalt nicht angetastet. Auch sonst ist ein Verfassungsverstoß nicht erkennbar.

6. Der Verfassungsgerichtshof hatte sich darauf zu beschränken, die verfassungskonforme Auslegung, die Art. 75 Abs. 1 und 2 BV zuläßt, mit bindender Wirkung festzustellen (vgl. Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs vom 13. 2. 1952, GVBl. S. 135, und vom 23. 6. 1954, GVBl. S. 138 = VGH n. F. 7 II 40). Er hatte im vorliegenden Verfahren dagegen nicht zu erörtern, inwieweit den Gemeinden, ohne daß der Wesensgehalt ihres Selbstverwaltungsrechts angetastet wird, auch hinsichtlich der Versorgungsbetriebe und Verkehrsunternehmen begrenzte, hinter Art. 75 Abs. 1 und 2 zurückbleibende gesetzliche Einschränkungen auferlegt werden können.

Da Art. 75 Abs. 1 und 2 GO — wie dargelegt — eine der Bayer. Verfassung entsprechende Auslegung zuläßt, waren die auf Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit zielenden Anträge abzuweisen.

Das Verfahren ist kostenfrei (§ 23 Abs. 1 Satz 1 VGHG).

gez. Dr. Holzinger	Brandl	Dr. Eyermann
gez. Hauth	Dr. Eichhorn	Dr. Herrmann
gez. Dr. Kolb	Dr. Meder	Dr. Preissler.

Bekanntmachung

über eine Änderung der Satzung der Bayerischen Apothekerversorgung

Vom 20. Januar 1958

Auf Grund des Art. 9 Abs. II des Gesetzes über das öffentliche Versicherungswesen vom 7. Dezember 1933 (BayBS I S. 242) in der Fassung des Gesetzes vom 29. Mai 1957 (GVBl. S. 105) wird die Satzung der Bayer. Apothekerversorgung in der Fassung der Bekanntmachung der Bayer. Versicherungskammer vom 15. Dezember 1956 (BayBS I

S. 294) mit Zustimmung des Landesausschusses und mit Genehmigung des Bayer. Staatsministeriums des Innern (Entschließung vom 28. Dezember 1957 Nr. I A 4 — 538—41/14) sowie mit fachaufsichtlicher Genehmigung des Bayer. Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr (Entschließung vom 18. Dezember 1957 Nr. VA 7910 h — II 25 a — 86 035) mit Wirkung vom 1. Januar 1957 wie folgt geändert:

1. § 2 Abs. III Satz 1 erhält folgende Fassung:

„Die Satzung und ihre Änderungen sind im Bayer. Gesetz- und Verordnungsblatt zu veröffentlichen.“

2. § 4 Abs. I Ziff. 3 erhält folgende Fassung:

„3. die als Beamte im Dienst des Bundes, der Länder, der Gemeindeverbände, der Gemeinden oder der Träger der Sozialversicherung stehen, wenn ihnen Anwartschaft auf lebenslängliche Versorgung und Hinterbliebenenversorgung nach beamtenrechtlichen Vorschriften oder Grundsätzen gewährleistet ist, vom Zeitpunkt der tatsächlichen Verleihung der Anwartschaft an;“

3. Dem § 5 Abs. I wird folgende Ziff. 4 angefügt:

„4. Apothekerinnen, die wegen Verheiratung die Ausübung ihres Berufes aufgegeben haben.“

4. § 6 erhält folgende Fassung:

„§ 6

Beginn der Mitgliedschaft

Die Mitgliedschaft beginnt mit dem Eintritt der Voraussetzungen der Mitgliedschaft kraft Gesetzes (§ 3) oder der Zulassung zur freiwilligen Mitgliedschaft (§ 5).“

5. § 7 Abs. I Ziff. 3 erhält folgende Fassung:

„3. mit der Aufgabe der Berufstätigkeit vor Vollendung des 65. Lebensjahres, sofern nicht § 5 Abs. I Ziff. 4 in Frage kommt;“

6. § 7 Abs. I Ziff. 5 erhält folgende Fassung:

„5. a) beim Übertritt als Beamter in den Dienst des Bundes, der Länder, der Gemeindeverbände, der Gemeinden oder der Träger der Sozialversicherung, wenn eine Anwartschaft auf lebenslängliche Versorgung und Hinterbliebenenversorgung nach beamtenrechtlichen Vorschriften oder Grundsätzen gewährleistet ist, mit dem Zeitpunkt der tatsächlichen Verleihung der Anwartschaft;

b) mit dem Übertritt in die pharmazeutische Großindustrie oder in den Arzneimittelgroßhandel.

Die Mitgliedschaft endet nicht, wenn § 5 Abs. I Ziff. 2 in Frage kommt;“

7. § 7 Abs. II erhält folgende Fassung:

„II. Die Beendigung der Mitgliedschaft wird wirksam:

1. mit dem Eintritt der Voraussetzungen;
2. in den Fällen des Abs. I Ziff. 6 mit dem ersten Tag des dem Zugehen der Austrittserklärung bei der Anstaltsverwaltung folgenden Kalendermonats;
3. im Falle des Abs. I Ziff. 7 mit dem ersten Tag des dem Zugehen der Kündigung folgenden Kalendermonats.“

8. § 10 Abs. I Satz 1 erhält folgende Fassung:

„I. Die Beitragspflicht beginnt mit dem ersten Tage des dem Eintritt der Voraussetzungen der Mitgliedschaft kraft Gesetzes oder der Zulassung zur freiwilligen Mitgliedschaft (§ 6) folgenden Kalendermonats.“

9. Dem § 14 wird folgender Absatz V angefügt:
„V. Das Ruhegeld beträgt mindestens 1500 DM jährlich.“
10. § 18 Satz 2 erhält folgende Fassung:
„Das Witwengeld beträgt mindestens 1200 DM jährlich; das Waisengeld beträgt bei Halbwaisen mindestens 252 DM, bei Doppelwaisen mindestens 480 DM jährlich.“
11. § 30 Abs. II Ziff. 1 Satz 4 erhält folgende Fassung:
„Das Witwengeld beträgt mindestens 1200 DM jährlich; das Waisengeld beträgt bei Halbwaisen mindestens 252 DM, bei Doppelwaisen mindestens 480 DM jährlich.“
12. § 30 Abs. II Ziff. 2 Satz 3 erhält folgende Fassung:
„Das Witwengeld beträgt mindestens 1200 DM jährlich; das Waisengeld beträgt bei Halbwaisen mindestens 252 DM, bei Doppelwaisen mindestens 480 DM jährlich.“

München, den 20. Januar 1958

Der Präsident der Bayer. Versicherungskammer
Rudolf Herrgen

Berichtigung

der Anlage zur Verordnung über die Landwirtschaftsämter vom 6. Dezember 1956 (BayBS IV S. 305) i. d. F. der Verordnung vom 26. September 1957 (GVBl. S. 301)

Beim Landwirtschaftsamt Kulmbach, Regierungsbezirk Oberfranken, werden in der 3. Spalte Buchstabe b) die Worte „Lkr. Kulmbach und Stadtsteinach, Stadt Kulmbach“ ersetzt durch das Wort „Zweckverband“.

Bayerisches Staatsministerium
für Ernährung, Landwirtschaft
und Forsten

Druckfehlerberichtigung

In der Veröffentlichung der **Entscheidung des Bayer. Verfassungsgerichtshofs betreffend Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Art. 5 Abs. 3 des Gemeindewahlgesetzes** vom 21. November 1957 (GVBl. S. 325) muß es auf Seite 329 in der achten Zeile statt „Gesetzbuches“ richtig heißen „Gesetzgebers“.