

Demokratische Legitimation nicht-kommunaler Selbstverwaltung

Oebbecke, Janbernd

First published in:

Verwaltungs-Archiv, 81. Band, Heft 3, S. 349 – 369, Köln 1990

Münstersches Informations- und Archivsystem multimedialer Inhalte (MIAMI)

URN: urn:nbn:de:hbz:6-38429438235

Demokratische Legitimation nicht-kommunaler Selbstverwaltung

Von Beigeordneter Privatdozent Dr. *Janbernd Oebbecke*, Düsseldorf/Münster

I. Einleitung	349
II. Der Untersuchungsgegenstand	351
1. Nicht-kommunale Selbstverwaltung	351
2. Demokratische Legitimation	355
III. Die Notwendigkeit demokratischer Legitimation nicht-kommunaler Selbstverwaltung	356
IV. Die Abgrenzung des Verbandsvolkes	359
V. Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Wahlverfahren	362
1. Anforderungen an das Vorliegen einer Wahl	362
2. Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl	364
3. Die Zulässigkeit von Vorschlagsrechten	367
VI. Die Zulässigkeit der Organbesetzung mit nicht vom Verbandsvolk legitimierten Amtswaltern	368

I. Einleitung

Dissertation¹ und Habilitationsschrift² *Werner Hoppes* behandeln organisationsrechtliche Themen. Es liegt deshalb nahe, aus Anlaß seines sechzigsten Geburtstages einen Gegenstand aus demselben Rechtsgebiet zur Bearbeitung auszuwählen, mit dem er sich an diesen beiden durch ein formelles Verfahren besonders hervor gehobenen Stationen seines wissenschaftlichen Lebens befaßt hat. Für die Auswahl des hier untersuchten organisationsrechtlichen Problems können neben der Bedeutung, die Fragen der verfassungsrechtlichen Legitimation im demokratischen Staat stets zukommt, die Aktualität, die das Thema wegen zweier laufender verfassungspolitischer und verfassungsrechtlicher Auseinandersetzungen besitzt, und die offenen Fragen als Rechtfertigung angeführt werden, die sich bei diesen beiden Auseinandersetzungen ergeben haben.

In der Diskussion über das kommunale Wahlrecht für Ausländer ist von Befürwortern auf die verfassungsrechtlich unangefochtene Beteiligung von Ausländern an den Wahlen nicht-kommunaler Selbstverwaltungskörperschaften hingewiesen worden³. Aus den Reihen der nach Zahl überlegenen Gegner wird dagegen mit unterschiedlicher Begründung die Nicht-Anwendbarkeit der verfassungsrechtlichen Regeln auf die nicht-kommunale Selbstverwaltung (n.-k. SVw.) eingewandt,

1 Die Begriffe Gebietskörperschaft und Gemeindeverband und der Rechtscharakter der nordrhein-westfälischen Landschaftsverbände, 1958.

2 Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten, 1970.

3 *Dietmar Breer*, Die Mitwirkung von Ausländern an der politischen Willensbildung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gewährung des Wahlrechts, insbesondere des Kommunalwahlrechts, 1982, S. 114 ff.; *Bryde*, JZ 1989, 260; *Manfred Zuleeg*, in: *Ausländerrecht und Ausländerpolitik in Europa*, hrsg. von *Manfred Zuleeg*, 1987, S. 172; *Zuleeg*, KritV 1987, 328 f.

aus denen sie die Unzulässigkeit des kommunalen Ausländerwahlrechts folgern⁴. Der zweite Diskussionsgegenstand, der sich als starker Motor für die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den hier behandelten Fragen der demokratischen Legitimation n.-k. SVw. erwiesen hat, ist die von der nordrhein-westfälischen Landesregierung und der sie tragenden Mehrheit des Landtages unternommene Erfüllung der Forderung nach Mitbestimmung in der öffentlichen Verwaltung für die sondergesetzlichen Wasserverbände des Landes⁵. Der Plan, direkt gewählte Arbeitnehmervertreter in den Exekutivorganen dieser wenig bekannten, aber für die Wasserwirtschaft des Landes wichtigen Körperschaften vorzusehen, löste eine Reihe gutachtlicher Stellungnahmen aus, die unter Hinweis auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die demokratische Legitimation überwiegend zum Ergebnis kamen, das Vorhaben sei unvereinbar mit der Verfassung⁶. Nicht zuletzt unter dem Eindruck dieser verfassungsrechtlichen Äußerungen sind die Pläne zwar nicht aufgegeben, aber doch erheblich modifiziert worden⁷.

Am Beginn der Untersuchung soll eine nähere Beschreibung und Eingrenzung der beiden Elemente stehen, die das Thema ausmachen, nämlich der n.-k. SVw. (II 1) und der demokratischen Legitimation (II 2). Die zentrale Frage der Anwendbarkeit der verfassungsrechtlichen Regeln über die Notwendigkeit einer organisatorisch-personellen demokratischen Legitimation auf die n.-k. SVw. wird im folgenden Abschnitt untersucht und – soviel sei an dieser Stelle vorweggenommen – bejaht (III). Unter IV wird dann auf die Abgrenzung des Verbandsvolkes eingegangen. Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Wahlverfahren (V) und die Zulässigkeit der Organbesetzung mit nicht vom Verbandsvolk legitimierten Amtswaltern (VI) sind Gegenstand der beiden letzten Abschnitte der Untersuchung.

4 *Manfred Birkenbeier*, Wahlrecht für Ausländer, 1976, S. 122 ff.; *Schink*, DVBl. 1988, 425; vorsichtig *Iensee*, KritV 1987, 306; *Papier*, KritV 1987, 313.

5 Vgl. die am 18. 1. 1990 beschlossenen Gesetze über den Wasserverband Eifel-Rur, über die Emscher-Genossenschaft, über die Linksniederrheinische Entwässerungs-Genossenschaft (LINEG) und über den Lippeverband sowie das Gesetz zur Änderung landesgesetzlicher Vorschriften über die Wasserverbände im Einzugsgebiet der Ruhr.

6 In diesem Sinne *Karl-Heinrich Friauf*, Arbeitnehmer-Mitbestimmung in einem öffentlich-rechtlichen Wasserverband, Typoskript, 1989; *Michael Kloepfer*, Rechtsgutachten zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Arbeitnehmermitbestimmung im Ruhrverband und im Ruhrtalsperrenverein, Typoskript, 1989; *Rolf Stober*, Wasserverbandsrecht und Arbeitnehmermitbestimmung, 1989; eher zustimmend *Franz-Joseph Peine*, Die sondergesetzliche Errichtung und Umgestaltung von Wasserverbänden – unter besonderer Berücksichtigung der direktiven Mitbestimmung, Typoskript 1989, und *Jürgen Salzwedel*, Rechtsgutachten zu den Grenzen der Zuständigkeit und der Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers im Wasserverbandsrecht, Typoskript, o. J.; mit anderen rechtlichen bzw. verwaltungswissenschaftlichen Fragen dieses Gesetzgebungskomplexes befassen sich *Werner Hoppe* / *Martin Beckmann*, Rechtsgrundlagen und verfassungsrechtliche Grenzen der Gründung und Auflösung von Wasser- und Bodenverbänden, 1988, und *Eberhard Laux*, Gutachten zur künftigen Organstruktur von Ruhrverband (RV) und Ruhrtalsperrenverein (RTV), Essen, Typoskript, 1989. *Dammann*, *Pittner* und *Redeker* haben ebenfalls Gutachten erstattet, die dem Verfasser nicht vorlagen.

7 Als Beispiel für alle vgl. den § 17 Abs. 2 Satz 2 des Regierungsentwurfs des LippeVG (LT-Drucks. 10/3919) und des beschlossenen Gesetzes.

II. Der Untersuchungsgegenstand

1. Nicht-kommunale Selbstverwaltung

Der Begriff Selbstverwaltung wird hier im »juristischen«, nicht im »politischen« Sinne verstanden, also in Anlehnung an *Hans Julius Wolff*⁸ als selbständige, fachweisungsfreie Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten durch unterstaatliche Träger öffentlicher Verwaltung in eigenem Namen. Dabei soll die Untersuchung auf die n.-k. SVw. beschränkt werden; ausgeschlossen ist demnach nicht nur die Selbstverwaltung der Gemeinden und Kreise mit ihren gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG nach denselben Grundsätzen wie bei Bund und Ländern zu wählenden Vertretungen, sondern auch die anstaltliche Selbstverwaltung der kommunalen Sparkassen oder die verbandliche der höheren Kommunalverbände⁹ oder der Zweckverbände. Dabei ist nicht zu verkennen, daß gerade die Zweckverbände in mancher Hinsicht ähnliche Probleme aufwerfen wie die hier erörterten Selbstverwaltungsträger, wenn man etwa an die nicht-kommunale Beteiligung¹⁰ mit der Folge inhomogen zusammengesetzter Organe denkt¹¹. Die hier vorgenommene thematische Beschränkung auf die n.-k. SVw.¹² erscheint aber gerechtfertigt, weil für die kommunale Selbstverwaltung inzwischen nicht zuletzt unter dem Eindruck der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹³ und des nordrhein-westfälischen Verfassungsgerichtshofs¹⁴ Einvernehmen über die Anwendbarkeit der verfassungsrechtlichen Grundsätze der demokratischen Legitimation und auch über viele Fragen ihrer Anwendung erzielt worden ist¹⁵.

Bei der n.-k. SVw. läßt sich mit *Hendler* die Selbstverwaltung in den Hochschulen, der Sozialversicherung, den Organisationen von Industrie und Handel, Handwerk, Landwirtschaft und freien Berufen, dem Rundfunkwesen, den Wasser- und Bodenverbänden und den weiteren Realgenossenschaften wie etwa den Teilnehmergemeinschaften bei der Flurbereinigung oder den Jagd- und Fischereigenos-

8 *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. 1976, § 84 IV b, zur politischen Selbstverwaltung § 84 IV a.

9 Die immer noch ausführlichste Auseinandersetzung mit den Landschaftsverbänden als den bedeutendsten höheren Kommunalverbänden enthält die Anm. 1 zitierte Dissertation *Werner Hoppes*.

10 Siehe etwa § 4 Abs. 2 GkG NW; dazu *Janbernd Oebbecke*, Gemeindeverbandsrecht, 1984, Rdnr. 413.

11 Dazu unten VI.

12 Das rechtswissenschaftliche Defizit, das *Scheuner* 1967 (in: Gedächtnisschrift Hans Peters, S. 796) für die nicht-kommunale Selbstverwaltung feststellte, ist zwischenzeitlich durch die Monographie von *Reinhard Hendler* (Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984) und Beiträge in der Festgabe für Georg Christoph von Unruh (Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, 1983) noch nicht behoben, aber wesentlich gemildert.

13 BVerfGE 38, 258 ff. (271); 47, 253 ff. (272 f.).

14 DVBl. 1986, 1196 ff.

15 Vgl. etwa *E. W. Böckenförde*, in: HdbStR I, S. 903 Rdnr. 25; *Eblers*, JZ 1987, 218 ff.; *Hans-Uwe Erichsen*, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 1988, S. 257; *Frotscher*, in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe für G. Chr. v. Unruh, 1983, S. 127 (144); *Edzard Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, 1982, Rdnr. 66; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl. 1987, § 86 Rdnr. 136.

senschaften unterscheiden¹⁶. Die bloße Aufzählung macht schon deutlich, daß es sich keineswegs um einen homogenen Komplex handelt. Nicht-kommunale Selbstverwaltungsträger haben vielmehr die verschiedensten historischen Ursprünge, die unterschiedlichsten Aufgaben und weisen sehr heterogene Organisationsstrukturen auf. Darum müssen generelle Aussagen recht abstrakt formuliert sein, wenn sie die differenzierte Wirklichkeit dieser Selbstverwaltungsformen nicht ungerechtfertigt nivellieren sollen.

Auch die Gründe, die für die Etablierung oder Beibehaltung nicht-kommunaler Selbstverwaltungsträger durch den Staat sprechen, sind vielfältig und häufig intensiv verschränkt; neben der Entlastung von politischem¹⁷, administrativem¹⁸ oder finanziellem¹⁹ Aufwand ist hier die Strukturierung und die Integration vor allem von wirtschaftlichen Subsystemen²⁰, aber auch die organisatorische Absicherung grundrechtlich geschützter Freiheit²¹ oder die Dezentralisierung als organisatorisches Mittel zur Eindämmung staatlicher Macht²² zu nennen²³.

Der Staat ist grundsätzlich frei, aus den genannten oder anderen Gründen Selbstverwaltung zu etablieren²⁴; diese Freiheit ist aber nicht unbegrenzt. Wo die Verfassung für Aufgaben eine anderweitige Zuständigkeit vorschreibt, scheidet die Zuweisung an einen nicht-kommunalen Selbstverwaltungsträger aus. Deshalb ist die Zuweisung der Abwasserbeseitigung an neugebildete sondergesetzliche Wasserverbände²⁵ in Nordrhein-Westfalen wegen Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, 78 Abs. 2

16 *Hendler* (Fußn. 12), S. 208; vgl. auch den Überblick bei *Wolff/Bachhoff/Stober* (Fußn. 15), §§ 93–97.

17 Man vergleiche etwa die Belastung der Politik durch die Diskussion über die Modalitäten der Leistungserbringung im Einzelhandel (Ladenschluß) mit ihrer deutlich geringeren Belastung durch diese Fragen bei den freien Berufen.

18 Besonders deutlich bei der Sozialversicherung.

19 Dieser Aspekt spielt etwa bei dem neuen Entsorgungsverband NW (vgl. Gesetz über die Gründung des Abfallentsorgungs- und Altlastensanierungsverbandes Nordrhein-Westfalen vom 21. 6. 1988 [GVBl. 1988, 268]), aber auch bei den Wasserverbänden eine wichtige Rolle.

20 Hier ist vor allem an die Kammern der Wirtschaft zu denken; im Schrifttum ist in diesem Zusammenhang auch von »Disziplinierung« die Rede (*Hendler* [Fußn. 12], S. 352 ff. m. w. N.).

21 Dieser Gedanke steht bei der Selbstverwaltung des Rundfunks wie der Universitäten im Vordergrund; er dürfte auch bei den Realgenossenschaften des Jagd- und Fischereirechts eine Rolle spielen, da die Privatnützigkeit eigentumsrechtlich geschützter Positionen in diesen Fällen ohne gemeinschaftliche Wahrnehmung schwerlich realisiert werden kann.

22 Nach den historischen Erfahrungen unter dem Nationalsozialismus gilt das etwa für die Wirtschafts- und Berufskammern; wegen der von ihnen bewegten finanziellen Volumina hat dieser Gedanke aber auch für die Sozialversicherungsträger Bedeutung.

23 Zu den unterschiedlichen Funktionen der Selbstverwaltung vgl. *Hendler* (Fußn. 12), S. 339 ff.; *Schuppert*, in: *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, Festgabe für G. Chr. von Unruh, 1983, S. 190 ff.

24 BVerfGE 10, 89 (102 und 104); 15, 235 (242); *Werner Weber*, *Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart*, 2. Aufl. 1967, S. 112; *Breuer*, in: *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, Festgabe für G. Chr. von Unruh, 1983, S. 864 f.

25 §§ 2 Abs. 1 Nr. 6 Eifel-RurVG i. V. mit § 54 LWG NW.

LVerf. NW schwerlich verfassungskonform²⁶. Eine Reihe von Bestimmungen des Grundgesetzes schreiben bundeseigene Verwaltung zwingend vor und schließen damit die Übertragung auf Selbstverwaltungsträger aus²⁷. Ähnlich wirkt Art. 7 Abs. 1 GG, der zugunsten der unmittelbaren Landesverwaltung verbietet, schulaufsichtliche Befugnisse zur selbständigen Wahrnehmung auf Selbstverwaltungsträger zu übertragen²⁸.

Eine weitere Schranke für die Errichtung von Selbstverwaltungsträgern ergibt sich nach im Schrifttum verbreiteter Auffassung für Aufgaben mit so starkem Allgemeinbezug, daß das gegenständlich abgegrenzte Interesse, das der Verband wahrnehmen soll, kein Sonderinteresse, sondern gemeinsames Interesse aller Bürger des Staates ist²⁹. Das gilt vor allem für die »staatlichen Grundanliegen«³⁰ wie Verteidigung, Außenpolitik, Steuererhebung oder Polizei. Weitere Grenzen sind der Errichtung von Selbstverwaltungskörperschaften grundrechtlich gezogen³¹; so darf der Staat nicht durch solche Bildungen ihm gezogene Betätigungsschranken umgehen³². Hier ist nicht nur für Selbstverwaltungsträger mit Zwangsmitgliedschaft noch manches klärungsbedürftig.

Sehr viel knapper ist der verfassungsrechtliche Befund, was die Garantie n.-k. SVw. oder die Pflicht zur Bildung von Trägern n.-k. SVw. betrifft. Bundesverfassungsrechtlich wird von der überwiegenden Auffassung im Schrifttum angenommen, daß die Wissenschaftsfreiheit die Selbstverwaltung der Hochschulen zwingend bedingt³³; andere gehen von verfassungsrechtlicher Billigung aus, sehen aber

26 Die im Bundesvergleich eher großen nordrhein-westfälischen Gemeinden sind im Hinblick auf die Abwasserbeseitigung im Verbandsgebiet nicht weniger leistungsfähig als außerhalb und durchaus zur ordnungsgemäßen Abwasserbeseitigung imstande. Wären sie überfordert, käme wegen Art. 78 Abs. 2 LVerf. NW die Übertragung der Aufgabe auf die Verbände nur in Betracht, wenn auch die Kreise als Träger ausschieden (zur subsidiären Allzuständigkeit der Kreise in NW Oebbecke [Fußn. 10], Rdrn. 42). Auch wasserwirtschaftliche Besonderheiten im Verbandsgebiet machen den Aufgabenentzug nicht notwendig; das Gebiet der Rur, in dem Bergbau nicht umgeht, weist solche Besonderheiten im Vergleich zu anderen Gebieten des Landes nicht auf.

27 Art. 87 Abs. 1, 87 b, 87 d, 89 GG; dazu Krebs, HdbStR III § 69 Rdnr. 54 (S. 600).

28 Die Wahrnehmung schulaufsichtlicher Aufgaben durch die Hauptverwaltungsbeamten der Kreise und kreisfreien Städte in Nordrhein-Westfalen im Wege der Organleihe (dazu Oebbecke [Anm. 10], Rdnr. 249 ff.) trägt dieser Verfassungsrechtslage Rechnung.

29 E. W. Böckenförde, HdbStR I § 22, Rdnr. 34 (S.909); Breuer, Verwaltung 1977, 1 (8); Hendlar (Fußn. 12), S. 317 ff.; Janbernd Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986, S. 90; Schmidt-Aßmann, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 264.

30 Scheuner (Fußn. 12), S. 815.

31 Vgl. dazu Scheuner (Fußn. 12), S. 817; Brohm, in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe für G. Chr. von Unruh, 1983, S. 790 f.; Erichsen, Jura 1987, 390 (391); Hendlar (Fußn. 12), S. 334 ff. jeweils m. w. N.

32 So darf der Staat etwa keine Religionsgemeinschaften schaffen oder die Vereinigungsfreiheit faktisch in Frage stellen (zum letzteren Kluth, DVBl. 1986, 716 [723]).

33 Hendlar (Fußn. 12), S. 330 f.; Oppermann, HdbStR VI, § 145 Rdnrn. 52–54 (S. 838 ff.) m. w. N.; Schmidt-Aßmann (Fußn. 29), S. 252 f.; in diese Richtung auch Kickartz, in: Wolff/Bachof/Stober (Fußn. 15), § 93 Rdnr. 25, und von Münch, in: von Münch, GG-Kommentar, 2. Aufl. 1981, Art. 5 Rdnr. 75.

auch andere Gestaltungen als möglich an³⁴. Mindestens dort, wo die Hochschulen in den Bundesländern über entsprechende Garantien in den Landesverfassungen³⁵ verfügen, ist die praktische Bedeutung der Frage gering³⁶. Für die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung wird man Art. 87 Abs. 2 GG schwerlich eine verfassungsrechtliche Gewährleistung entnehmen können³⁷.

Auch Strukturprinzipien der Verfassung geben für eine Pflicht zur Etablierung n.-k. SVw. im Ergebnis nichts her. Weil eine körperschaftliche Wahrnehmung durch einen Selbstverwaltungsträger auch aus der Sicht seiner Mitglieder kein minus, sondern ein aliud gegenüber der staatlichen Aufgabenwahrnehmung ist, gebietet der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keinen Vorrang der Selbstverwaltung vor der Staatsverwaltung. Sicher müssen bei der Beurteilung der Eingriffsschwere einer Zwangsmitgliedschaft bei einem Selbstverwaltungsträger auch die Vorteile dieser Organisationsform berücksichtigt werden³⁸; ein Vorrang als milderes Mittel gegenüber der unmittelbar staatlichen Verwaltung³⁹ kommt aber schon deshalb nicht in Betracht, weil die Erledigung durch Selbstverwaltung aus der Sicht des organisierenden Gesetzgebers wegen des begriffsnotwendig reduzierten staatlichen Einflusses Eignungsunterschiede aufweist⁴⁰.

Auch aus dem Demokratieprinzip ergibt sich eine Pflicht des Staates, Selbstverwaltung zu ermöglichen, nicht⁴¹. Intensivere oder weniger mittelbare Mitwirkung Betroffener bei der Aufgabenerledigung bedeutet nicht notwendig mehr Demokratie⁴².

2. Demokratische Legitimation

Unter »demokratischer Legitimation« kann man im Anschluß an *Ossenbühl* im weitesten Sinne die Rechtfertigung, Billigung und Sanktion des Handelns der Organe

34 *Roellecke*, JZ 1969, 726 ff.; *Breuer*, Verwaltung 1977, 1 (20); BVerfGE 35, 79 (112 ff.).

35 Vgl. etwa Art. 16 I LVerf. NW; weitere Nachweise bei *Breuer*, Verwaltung 1977, 20 Fußn. 94.

36 Ähnlich kontrovers ist die Frage für den Rundfunk beantwortet worden. Vgl. einerseits *Hendler* (Fußn. 12), S. 330 f.; andererseits *Breuer*, Verwaltung 1977, 1 (17); mit dem Aufkommen privaten Rundfunks haben sich wohl auch die Grundlagen für die Beantwortung dieser Frage in möglicherweise auch verfassungsrechtlich relevanter Weise verschoben (vgl. *Bullinger*, HdbStR VI, § 142 Rdnrn. 118 ff. [S. 711 ff.]).

37 BVerfGE 21, 362 (371); 39, 302 (314); *Hendler* (Fußn. 12), S. 227 m. w. N. auch zu landesverfassungsrechtlichen Garantien; für eine inhaltlich sehr begrenzte Gewährleistung *Schnapp*, in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe für G. Chr. von Unruh, 1983, S. 891 f. m. w. N., und *Schmidt-Aßmann* (Fußn. 29), S. 253; weitergehend *Diemer*, SGB 1982, 432 (433).

38 So BVerfGE 10, 89 (104).

39 *Erichsen*, Jura 1987, 391; *Kluth*, DVBl. 1986, 716 (720).

40 Gegen die These vom milderen Mittel *Meßerschmidt*, VerwArch. 1989, 55 (65); *Oebbecke*, NVwZ 1988, 393 (395 Fußn. 35).

41 BVerfGE 11, 310 (321); *Breuer*, Verwaltung 1977, 1 (10); *Werner Weber* (Fußn. 24), S. 113.

42 *Breuer* (Fußn. 24), S. 870; *Frotscher* (Fußn. 15), S. 137 f.; *Schmidt-Aßmann* (Fußn. 29), S. 264; *Schnapp* (Fußn. 37), S. 890; *Klaus Stern*, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, § 18 II 7 (S. 627).

des Staates durch das Volk verstehen⁴³. Dabei lassen sich die organisatorische und die inhaltliche Legitimation unterscheiden⁴⁴. Die organisatorische Legitimation betrifft als institutionelle die Existenz und Verfassung eines Organs, als funktionelle die Abgrenzung und Zuweisung von Aufgaben und als personelle Legitimation die Besetzung des Organs mit einer oder mehreren natürlichen Personen⁴⁵. Die inhaltliche Legitimation betrifft die Rückbindung des Handelns der mit natürlichen Personen besetzten Organe an den Willen des Volkes, für die die organisatorische Legitimation notwendig, aber nicht ausreichend ist. Sie vollzieht sich über materielle gesetzliche Vorgaben, über Verantwortlichkeit und die unterschiedlichen Formen der sie realisierenden Kontrolle, vor allem aber auch über Öffentlichkeit. Durch organisationsrechtliche Bestimmungen kann die organisatorische Legitimation sichergestellt, die inhaltliche aber lediglich ermöglicht werden; jene wird den staatlichen Organen durch die Wahl mitgegeben, diese ist ihnen aufgegeben.

Der demokratischen Legitimation bedürftig ist nach Art. 20 Abs. 2 GG die Ausübung von »Staatsgewalt«⁴⁶. Was darunter zu verstehen ist, ist nicht ganz leicht zu bestimmen. Die Bestimmung wird dadurch erschwert, daß der Begriff für das Grundgesetz kein Thema ausdrücklicher Regelung ist, sondern vorausgesetzt wird⁴⁷. Der naheliegende Rückgriff auf die Staatsgewalt im Sinne der Drei-Elemente-Lehre der Allgemeinen Staatslehre ist deshalb wenig erfolgversprechend, weil diese als notwendig einheitliche und ungeteilte den Zusatz »alle« nicht trägt; der Begriff der Staatsgewalt in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG ist stärker ausübungsbezogen⁴⁸. Auch die Verwendung der ähnlichen Formulierungen »staatliche Gewalt« (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG) und »öffentliche Gewalt« (Art. 19 IV, 93 I Nr. 4 a GG) im Grundgesetz erlaubt wegen der unterschiedlichen Funktion, die diesen Begriffen im jeweiligen Zusammenhang zukommt, schwerlich weitergehende Schlüsse⁴⁹. Erfolgversprechend ist allein ein teleologisches Vorgehen:

Weil Art. 20 Abs. 2 GG die Rückbindung allen staatlichen Handelns an den Willen des Volkes sicherstellen soll, wird man den Begriff nicht auf hoheitliches Handeln beschränken dürfen, sondern jede staatliche Aufgabenwahrnehmung einbeziehen müssen⁵⁰. Jede Entscheidung⁵¹ eines Organs oder Amtswalters ist Ausübung von Staatsgewalt. Bloß entscheidungsvorbereitende Tätigkeit oder tech-

43 Fritz Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 196.

44 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, S. 73; ähnlich Herzog, in: Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz, 1989, Art. 20 Rdnrn. 47 ff.

45 Ossenbühl (Fußn. 43), S. 197.

46 Vgl. dazu Oebbecke (Fußn. 29), S. 78 ff. m. w. N.

47 Isensee, HdbStR I, § 13 Rdnr. 13 (S. 596 f.).

48 Dazu Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982, S. 82.

49 Oebbecke (Fußn. 29), S. 78 f.

50 VerfGH NW, DVBl. 1986, 1196 (1197); E. W. Böckenförde, HdbStR I, § 22 Rdnrn. 12 f. (S. 895); Ehlers, JZ 1987, 219; Stober (Fußn. 6), S. 35; Herzog (Fußn. 44), Art. 20 Rdnr. 54, will nur »einseitig verbindliche Hoheitsakte« erfassen.

51 E. W. Böckenförde, HdbStR I, § 22 Rdnr. 13 (S. 895); Oebbecke (Fußn. 29), S. 79 m. w. N.

nisch-instrumentelle Hilfen für die entscheidenden Stellen sind auszunehmen⁵², ein allgemeiner Bagatellvorbehalt⁵³ ist dagegen abzulehnen⁵⁴. Die Entscheidungen etwa der Jagdgenossenschaft zur gemeinschaftlichen Verpachtung oder Nutzung der Jagd oder zur Verteilung des Pachtzinses auf die Mitglieder⁵⁵ stellen also Ausübung von Staatsgewalt dar.

Die institutionelle und funktionelle Legitimation sanktionieren demokratisch, in welchem organisatorischen Rahmen in welchen Angelegenheiten Entscheidungen getroffen werden sollen. Wie dann entschieden wird, muß personell legitimiert werden.

Diese Untersuchung befaßt sich mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die organisatorische Legitimation n.-k. SVw. Am Beispiel der kommunalen Selbstverwaltung haben Literatur und Rechtsprechung vor allem die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die personell-organisatorische Legitimation – die institutionelle und die funktionelle Seite sind vor allem wegen der in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 GG bereits durch die Verfassung getroffenen Entscheidungen wenig problematisch – näher herausgearbeitet; vom Volk zu den handelnden Organen muß eine ununterbrochene Legitimationskette reichen⁵⁶. Die Legitimationskette muß linear sein; sie darf sich nicht in der Weise schließen, daß eine gegenseitige Legitimation stattfindet⁵⁷.

III. Die Notwendigkeit demokratischer Legitimation nicht-kommunaler Selbstverwaltung

In einem Umfang, der angesichts der praktischen Bedeutung der n.-k. SVw. erstaunt, gehen die Meinungen darüber auseinander, ob die Anforderungen an die demokratische Legitimation, die vor allem am Beispiel der kommunalen Selbstverwaltung entwickelt worden sind, auch hier gelten. Besonders kontrovers ist die Anwendung der Grundsätze der personell-organisatorischen Legitimation auf nicht-kommunale Selbstverwaltungskörperschaften.

Die Gegner einer Anwendung der auf Art. 20 Abs. 2 GG gestützten organisatorischen Anforderungen auf die demokratische Legitimation dieser Organisationen wenden die genannte Bestimmung nur auf Bund und Länder und wegen der Strukturähnlichkeit dann auch auf die Kommunen an. Das Demokratieprinzip finde auf sonstige Selbstverwaltungsträger keine Anwendung⁵⁸; diese legitimierten sich

52 E. W. Böckenförde, HdbStR I, § 22 Rdnr. 13 (S. 895); Oebbecke (Fußn. 29), S. 82 f. m. w. N.; skeptisch Ehlers, JZ 1987, 219.

53 In diesem Sinne BVerfGE 47, 274.

54 Oebbecke (Fußn. 29), S. 83 m. w. N.; Ehlers, JZ 1987, 219.

55 Siehe §§ 9 f. BJagdG.

56 Herzog (Fußn. 44), Art. 20 Rdnr. 53; E. W. Böckenförde, HdbStR II, § 30 Rdnr. 15 (S. 36); BVerfGE 38, 258 (271); 47, 253 (272, 274); 52, 95 (130); VerfGH NW, DVBl. 1986, 1196; HessStGH, DVBl. 1986, 936 (937).

57 VerfGH NW, DVBl. 1986, 1196 (1198); Ehlers, JZ 1987, 222.

58 Breuer (Fußn. 24), S. 878; Salzwedel (Fußn. 6), S. 17.

grundrechtlich⁵⁹. Die demokratische Legitimation erfolge in diesen Fällen allein über das staatliche Gesetz und die staatliche Aufsicht⁶⁰; weil so ein Legitimationsdefizit verbleibe, bedürfe die Errichtung solcher Selbstverwaltungsträger einer besonderen Rechtfertigung und sie dürften nicht mit Aufgaben betraut werden, die in relevantem Umfang die Allgemeinheit betreffen. Durch »relativ weitgehende« gesetzliche Vorgaben, deren Beachtung durch Rechtsaufsicht sichergestellt werde, seien Aufgaben, Organisation und Befugnisse festzulegen⁶¹.

Gegen diese ablehnende Auffassung und für die Einbeziehung auch der n.-k. SVw. in den Geltungsbereich des Art. 20 Abs. 2 GG spricht an erster Stelle der Wortlaut des Grundgesetzes. Soweit die Träger n.-k. SVw. »Staatsgewalt« ausüben, müssen sie den Anforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG genügen. Gegen die umfassende Geltung des Art. 20 Abs. 2 GG läßt sich auch nicht auf Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG verweisen⁶², der nur für die dort genannten Körperschaften die Geltung des demokratischen Prinzips anordne. Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG legt für die Länder, Kreise und Gemeinden das fest, was für den Bund in Art. 38 Abs. 1 GG geregelt ist. Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG hat nicht denselben Inhalt wie Art. 20 Abs. 2 GG, sondern konkretisiert die Demokratievorgabe für die dort genannten Gebietskörperschaften in dem Sinne, daß sie eine »Vertretung« haben müssen und an deren Wahl bestimmte Anforderungen zu stellen sind. Diese speziellen Anforderungen des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG gelten als solche nicht für die n.-k. SVw., die allgemeinen des Art. 20 Abs. 2 GG sind dagegen auch von der nicht-gebietskörperschaftlichen Selbstverwaltung zu beachten.

Organisatorischer Legitimation durch den Staat bedarf die nicht-kommunale Selbstverwaltung für die Ausübung von Staatsgewalt in institutioneller und funktioneller Hinsicht und besitzt sie in aller Regel auch. Durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch Rechtsakt eines seinerseits personell dazu demokratisch legitimierten staatlichen Organs werden Aufgaben, Befugnisse und Organisation festgelegt. Nur in diesem so festgelegten Rahmen wird Selbstverwaltung ausgeübt und bedarf sie, soweit es sich zugleich um die Ausübung von Staatsgewalt handelt, der personellen demokratischen Legitimation, die insoweit durch die staatliche Errichtung nicht vermittelt werden kann. Organisatorische oder inhaltliche gesetzliche Vorgaben können zwar, soweit sie reichen, den Legitimationsbedarf verringern; überflüssig würde die personelle demokratische Legitimation nur bei gesetzlicher Totalprogrammierung des Verwaltungshandelns, wie sie weder praktisch möglich noch verfassungsrechtlich zulässig wäre. Vielleicht mit Ausnahme der Rundfunkanstalten ist nicht zweifelhaft, daß die Träger nicht-kommunaler Selbstverwaltung

59 *Isensee*, VVDStRL 32, 96 f.; ihm folgend *Birkenheier* (Fußn. 4), S. 122 f.; *Schink*, DVBl. 1988, 425; vorsichtiger jetzt *Isensee*, KritV 1987, 299 (306).

60 *Birkenheier* (Fußn. 4), S. 114; *Breer* (Fußn. 3), S. 110.

61 *E.-W. Böckenförde*, in: HdbStR I, § 22 Rdnr. 34 (S. 909).

62 *Kluth*, DVBl. 1986, 722.

Staatsgewalt ausüben⁶³. Die dazu erforderliche organisatorisch-personelle Legitimation kann nur vom Verbandsvolk ausgehen⁶⁴. Die Anerkennung auch der n.-k. SVw. als Verwaltungstypus, die dem Grundgesetz allgemein entnommen wird⁶⁵, impliziert die Zulassung dieser Legitimationsbasis und damit insoweit die Zurückdrängung des Staatsvolks auf die institutionelle und funktionelle Legitimation. Der Gesetzgeber ist zur Abgrenzung eines zur demokratische Legitimation berufenen Verbandsvolkes und damit zur begrenzten Dezentralisierung des Legitimationsprozesses ermächtigt, nicht aber zur Schaffung von diesen Anforderungen entzogenen Enklaven. Der umfassende Geltungsanspruch des Art. 20 Abs. 2 GG steht einem Verzicht auf die Anwendung der Regeln demokratischer Legitimation entgegen. In der früher auch für die kommunale Selbstverwaltung vertretenen Nicht-Anwendbarkeit der Grundsätze personell-organisatorischer Legitimation begegnet uns die insoweit inzwischen überwundene These von der Antinomie von Demokratie und Selbstverwaltung und vom nicht staatlichen, sondern gesellschaftlichen Charakter der Selbstverwaltung in einer dogmatisch spezialisierten Form wieder⁶⁶. Zu überzeugen vermag sie auch hier nicht.

Die Bestimmung und Zuweisung der Aufgaben und Befugnisse wie die Festlegung der Organisation n.-k. SVw. muß diese definitionsgemäß abweichende Legitimationsbasis beachten, weil sich daraus die wohl wichtigsten Grenzen für die Zulässigkeit der Bildung und Errichtung solcher Verbände ergeben; die Aufgaben und die Organisation des Verbandes, die Abgrenzung des Verbandsvolkes, und die Reichweite seines Sonderinteresses, der »isolierbaren Gruppenrelevanz«⁶⁷ müssen korrespondieren⁶⁸. Eine Tätigkeit des Verbandes gegenüber Dritten kann deshalb nur in engen Grenzen in Betracht kommen⁶⁹. Das oben erwähnte Verbot der Wahrnehmung »staatlicher Grundanliegen« durch Selbstverwaltung etwa hat seinen Grund im Fehlen dieser Korrespondenz zwischen umfassender Betroffenheit und notwendig beschränkter Legitimation der Selbstverwaltung. Die Zulässigkeit der Bildung von Selbstverwaltungskörperschaften endet dort, wo der in gewissem Umfang unvermeidliche overspill an Betroffenheit nicht mehr durch gesetzliche Vorgaben oder auf andere Weise aufgefangen werden kann.

63 *Friauf* (Fußn. 6), S. 65; *Kloepfer* (Fußn. 6), S. 38 ff.; *Peine* (Fußn. 6), S. 25; *Schmidt-Aßmann* (Fußn. 29), S. 258 f.; *Stober* (Fußn. 6), S. 35.

64 Siehe etwa *Brohm*, VDDStRL 30, 270 f.; *Ehlers*, JZ 1987, 221; *Friauf* (Fußn. 6), S. 80; *Frotscher* (Fußn. 15), S. 144 f.; *Herzog* (Fußn. 44), Art. 20 Rdnr. 56; *Schmidt-Aßmann* (Fußn. 29), S. 257 und 263; *Stober*, GewA 1988, 148; *Peter J. Tettinger*, Mitbestimmung in der Sparkasse und verfassungsrechtliches Demokratiegebot, 1986, S. 39 f.

65 BVerfGE 33, 125 (157); *Tettinger* (Fußn. 64), S. 37; *Hendler*, DÖV 1986, 679.

66 Vgl. etwa *Birkenbeier* (Fußn. 4), S. 118 f.; *Karl A. Lamers*, Repräsentation und Integration der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts, 1977, S. 69 f., 83 ff.; *Isensee*, VVDStRL 32, 96; *Kloepfer* (Fußn. 6), S. 55 ff.; zum Problem s. *Frotscher* (Fußn. 15), S. 134 ff.; *Hendler* (Fußn. 12), S. 302 ff.; *Stober* (Fußn. 6), S. 35 ff.

67 *Breuer*, Verwaltung 1977, 1 (27).

68 Dazu etwa *Herzog* (Fußn. 44), Art. 20 Rdnr. 59; *Kluth*, DVBl. 1986, 721 Fußn. 86; *Oebbecke* (Fußn. 29), S. 90; *Obermayer*, RiA 1973, 83.

69 Zu weitgehend wohl BVerwGE 7, 17 (28).

Der abweichenden Basis für die demokratische Legitimation muß auch bei der Bestimmung der Reichweite Rechnung getragen werden, die der Vorbehalt des parlamentarischen Gesetzes oder der ebenfalls staatlich und damit umfassend legitimierten Rechtsverordnung gegenüber der bandlich legitimierten Rechtssetzung einzuräumen ist. Staatlicher Regelung bedarf alles, was sich über das Verbandsvolk hinaus in relevanter Weise auf Dritte oder die Allgemeinheit, den Staat auswirkt⁷⁰. Die angesichts der letztlich totalen Interdependenz aller Lebensbereiche in der hochverflochtenen Industriegesellschaft entscheidende Frage, was in diesem Sinne relevant ist, muß als »wesentlich« der parlamentarische Gesetzgeber beantworten; die Selbstverwaltung darf ihren Handlungsraum nicht autonom abgrenzen.

Die Zwangsmitgliedschaft ist für die Anwendbarkeit der Grundsätze demokratischer Legitimation nicht entscheidend⁷¹. Abgesehen davon, daß Zwangsmitgliedschaft alles andere als ein überzeugend zu handhabendes Kriterium ist⁷², kommt es nach Art. 20 Abs. 2 GG allein auf die Ausübung von Staatsgewalt an. Zwar muß der Gesetzgeber bei der Abgrenzung des Verbandsvolkes zur Erfassung des von der Selbstverwaltungskörperschaft wahrzunehmenden Sonderinteresses regelmäßig an objektive Sachverhalte anknüpfen und kann deshalb nicht auf eine Beitrittserklärung o. ä. abstellen. Die Universitäten⁷³ zeigen indessen, daß diese Regel Ausnahmen kennt; auch die Industrie- und Handelskammern oder die Rentenversicherung kennen freiwillige Mitglieder, auf deren Mitwirkung an der Legitimation schon aus Gleichbehandlungsgründen nicht verzichtet werden kann⁷⁴.

IV. Die Abgrenzung des Verbandsvolkes

Die Abgrenzung des Verbandsvolkes muß – darauf wurde schon hingewiesen – der Aufgabe des Selbstverwaltungsverbandes korrespondieren. In dem gezogenen Rahmen genießt der Gesetzgeber weitgehende, in der Regel nur durch die Grundrechte, vor allem den Gleichheitssatz, begrenzte Freiheit⁷⁵. Diese gestattet es ihm, beispielsweise für die Mitgliedschaft in den Wasserverbänden Mindestbeiträge vorzusehen⁷⁶. Das Interesse, die Mitgliedschaft überschaubar und den Aufwand für die Willensbildung des Verbandes in verhältnismäßigen Grenzen zu halten, rechtfertigt diese Grenzziehung. Ebenso wenig ist die alleinige Mitgliedschaft der

70 Vgl. BVerfGE 33, 125 (158 ff.); *Brohm*, VVDStRL 30, 271; *Kluth*, DVBl. 1986, 722 f.; *Meyn*, DVBl. 1977, 597 ff.; *Ossenbühl*, HdbStR III, § 66 Rdnrn. 24–34 (S. 474 ff.).

71 *Brohm*, VVDStRL 30, 270; a. A. *Herzog* (Fußn. 44), Art. 20 Rdnr. 58; *Bethge*, VSSR 1980, 242 f.

72 *Oebbecke*, NVwZ 1988, 393 (397).

73 Sie werden von der Rechtsprechung nicht als Zwangskörperschaften angesehen (VG Freiburg, NJW 1976, 534).

74 *Tettinger* ([Fußn. 64] S. 40) macht darauf aufmerksam, daß etwa bei den Architektenkammern der Kreis der Zwangsmitglieder in den Bundesländern sehr unterschiedlich abgegrenzt wird.

75 Ebenso *Hendler*, DÖV 1986, 684 f., für die Frage der Arbeitnehmerbeteiligung bei den berufsständischen Kammern.

76 Etwa § 6 Abs. 2 LippeVG.

Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung unter Ausschluß der mitversicherten Familienangehörigen verfassungsrechtlich zu beanstanden⁷⁷, die ihre Begründung in der Wahrung des Zusammenhangs von Lastentragung und Mitentscheidung findet⁷⁸.

Vor allem wegen der erwähnten Querverbindungen zur Auseinandersetzung über das Ausländerwahlrecht verdient die Frage, ob Ausländer von Verfassungen wegen von der Legitimation der n.-k. SVw. ausgeschlossen bleiben müssen, besondere Aufmerksamkeit. Sie ist für Universitäten, die Kammern der Wirtschaft und der Berufsstände, die Sozialversicherungsträger und die Realkörperschaften gleichermaßen von großer praktischer Bedeutung. § 5 Abs. 1 LandwirtschaftskammerG NW etwa, der die Zugehörigkeit zum Verbandsvolk auf Betriebsinhaber beschränkt, die Deutsche oder Angehöriger eines Vertragsstaates des Europäischen Niederlassungsabkommens sind⁷⁹, ist vergleichsweise restriktiv. Andere gesetzliche Regelungen differenzieren beim Vorliegen der sachlichen Voraussetzungen ganz selbstverständlich nicht nach der Staatsangehörigkeit⁸⁰. Im folgenden geht es um die Zulässigkeit dieser Regelungen, also darum, ob Ausländer aus verfassungsrechtlichen Gründen bei der gesetzlichen Bestimmung des Legitimationssubjekts durch den Gesetzgeber oder auf der von ihm geschaffenen Grundlage außer Betracht bleiben müssen, ob sie in das Verbandsvolk, von dem die durch den Selbstverwaltungsträger auszuübende Staatsgewalt ausgeht, nicht einbezogen werden dürfen.

In der Diskussion über die demokratische Legitimation und das Verständnis der einschlägigen Verfassungsbestimmungen müssen verschiedene Begriffe des Volks unterschieden werden: das Staatsvolk als die Summe der Staatsangehörigen, das Verbandsvolk, das durch die gewählten Repräsentanten vertreten wird, das Aktivvolk, das an der Auswahl der Repräsentanten und unmittelbar an Entscheidungen des Verbandes beteiligt ist, und das deutsche Volk i. S. des Art. 116 GG⁸¹. Das Grundgesetz definiert den Inhalt keines dieser Volksbegriffe abschließend, sondern enthält mehr oder weniger konkrete materielle Vorgaben und organisatorische Regelungen für die Festlegung. So enthält Art. 33 Abs. 1 GG ebenso wie der

77 A. A. Diemer, SGB 1982, 432 (436).

78 Kritisch zum Ausschluß der Arbeitnehmer aus den Handwerkskammern, die nicht Gesellen sind, Wolfgang Hoffmann-Riem, Interessenzuordnung im Handwerk, 1980, S. 29; Detlef Perner, Mitbestimmung im Handwerk, 1983, S. 210 ff.

79 Das Recht der Landwirtschaftskammern weicht terminologisch von vergleichbaren Regelungen insoweit ab, da als Mitglied der Landwirtschaftskammer nur die gewählten Vertreter bezeichnet werden; der einzelne Landwirt ist nach diesem Sprachgebrauch nur wahlberechtigt, nicht Mitglied des Verbandes. Konsequenterweise wird er an der Finanzierung der Kammer auch nicht durch einen »Beitrag«, sondern durch eine »Umlage« beteiligt (vgl. das Umlagegesetz NW). In der Sache handelt es sich bei der Wahlberechtigung um eine Mitgliedschaft und bei der Umlage um einen Verbandsbeitrag.

80 Vgl. § 90 Abs. 2 HandwO (die deutsche Staatsangehörigkeit ist nach § 97 Abs. 1 Nr. 1 d HandwO allerdings Voraussetzung für die Wählbarkeit); § 2 Abs. 1 IHKG; § 11 WissHG NW; § 2 Abs. 1 HeilBerG NW.

81 Dazu Breer (Fußn. 3), S. 61 f.; Huber (DÖV 1989, 531 ff.) läßt diese Differenzierung außer acht.

Wahlrechtsgrundsatz der Allgemeinheit (Art. 38 Abs. 1 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 2 GG) Vorgaben für die Abgrenzung des Aktivvolkes in Bund, Ländern und Gemeinden. Art. 29 Abs. 2 oder Art. 38 Abs. 3 GG enthalten Verfahrensbestimmungen für die Abgrenzung der Verbandsvölker der Länder bzw. des Aktivvolkes im Bund.

Schon sehr früh ist darauf hingewiesen worden, daß Art. 20 Abs. 1 Satz 1 und Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG nicht derselbe Volksbegriff zugrunde liegt⁸²; Satz 1 meint das Verbandsvolk und Satz 2 das Aktivvolk⁸³, und zwar das jeweilige Verbandsvolk und das jeweilige Aktivvolk⁸⁴. Im Zusammenhang mit der Frage der Mitwirkung von Ausländern an dem Prozeß der demokratischen Legitimation ist vor allem von Bedeutung, daß zwischen dem Verbandsvolk und dem Aktivvolk ein Zusammenhang in dem Sinne besteht, daß das Verbandsvolk für die Bestimmung des Aktivvolkes die äußerste Grenze markiert. Wer nicht zum Verbandsvolk gehört, kann nicht zum Aktivvolk gehören⁸⁵. Die Legitimation der Demokratie würde entfallen, wenn das Wahlrecht Verbandsfremden zugestanden würde⁸⁶.

Entscheidend ist demnach, ob Ausländer zum Verbandsvolk gehören können⁸⁷. Diese Frage ist aus unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Gründen für Bund, Länder und Gemeinden von Verfassungen wegen zu verneinen: Für den Bund ergibt sich die fehlende Zugehörigkeit zum Verbandsvolk gerade aus der Ausländereigenschaft, für die Länder, Kreise und Gemeinden de constitutione lata aus dem Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG⁸⁸, aber auch aus der Allzustän-

82 *Von Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1958, Art. 20 Anm. V 4 c und 5 a; *Lamers* (Fußn. 66), S. 33; *Josef Isensee*, VVDStRL 32 (1973), 92 Fußn. 109; *von Löbneysen*, DÖV 1980, 330 (333); *Schink*, DVBl. 1988, 420 m. w. N.

83 *Breer* (Fußn. 3), S. 63; *Schink*, DVBl. 1988, 420; im Schrifttum ist im Hinblick auf Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG auch von der »Aktivbürgerschaft« die Rede, vgl. *Klaus Stern*, Staatsrecht II, 1980, § 25 II 3 (S. 24 f.) m. w. N.

84 Das wird durchaus auch von denen gesehen, die als »Volk« im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG nur das deutsche Volk ansehen; vgl. etwa *Birkenheier* (Fußn. 4), S. 30 f., wo darauf hingewiesen wird, daß die Hinzufügung »deutsches« in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG schon deshalb nicht möglich war, weil ja auch das jeweilige Volk in den Bundesländern gemeint ist. Ganz ähnlich *Lamers* (Fußn. 66), S. 54.

85 *Birkenheier* (Fußn. 4), S. 22 f. m. w. N.; das Volk im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ist immer nur ein »Ausschnitt« aus dem Volk im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG.

86 *Isensee*, VVDStRL 32 (1973), 93; *Birkenheier* (Fußn. 4), S. 211.

87 Hinweise auf Spielräume des Gesetzgebers, z. B. hinsichtlich des Wahlalters, des Aufenthaltes im Bundesgebiet und seiner Dauer, wie sie im Zusammenhang der Diskussion über das Ausländerwahlrecht gelegentlich gegeben werden, beziehen sich demgegenüber auf die Abgrenzung des Aktivvolkes.

88 *Isensee*, VVDStRL 32 (1973), 96 mit Fußn. 117; *Isensee*, KritV 1987, 300 und 306; *Stern* (Fußn. 42), § 8 III 3; *Birkenheier* (Fußn. 4), S. 118; a. A. für die Kommunen *Schwerdtfeger*, Gutachten 53. DJT (1980), S. A 110; *von Löbneysen*, DÖV 1980, 330 (332); *Zuleeg* (Fußn. 3), S. 172 f.; diese Auffassung verkennt, daß die Kommunen integraler Bestandteil der Staatlichkeit der Länder sind, ja diese von Verfassungen wegen im Gebiet der Kommunen auf kommunale Wahrnehmung angewiesen ist (vgl. Art. 78 II LVerf. NW).

digkeit dieser Gebietskörperschaften, der die umfassende Betroffenheit der Bürger entsprechen muß⁸⁹.

Für die Unzulässigkeit der Einbeziehung von Ausländern in das Verbandsvolk nicht-kommunaler Selbstverwaltungskörperschaften kann Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG nichts entnommen werden; der Verfassungsgeber hat bei dieser Grundnorm für die demokratische Ordnung⁹⁰ und ihre Organisation zu Recht darauf verzichtet, das jeweilige Legitimationssubjekt in derselben Weise näher zu bestimmen wie den *pouvoir constituant* des Grundgesetzes in der Präambel und Art. 1 Abs. 2 GG oder den einer möglichen gesamtdeutschen Verfassung in Art. 146 GG⁹¹. Die Rede vom »Teil«volk spiegelt die für den Sonderfall der in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG genannten Gebietskörperschaften richtige Auffassung wider, daß »der zum Volk gehörige Kreis . . . in stets gleicher, wenngleich territorial radizierter Weise zu bestimmen« ist⁹²; sie birgt, wo »Teilvolk« synonym mit »Verbandsvolk« verandt wird, die Gefahr, daß der Rechtsanwender ihrer semantischen Suggestion folgend annimmt, auch in anderen Fällen dürfe bei der Bestimmung des Legitimationssubjektes nur durch Teilung vorgegangen werden⁹³. Das wird für die hier erörterte n.-k. SVw. zu Recht nicht angenommen. Die Einräumung des Wahlrechts an Ausländer ist in nicht-kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften also grundsätzlich zulässig⁹⁴.

V. Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Wahlverfahren

1. Anforderungen an das Vorliegen einer Wahl

Die Wahl ist die zentrale Form der Vermittlung organisatorisch-personeller demokratischer Legitimation. Während bei den Wahlen in Bund und Land oder zu den Vertretungen der Kommunen das Vorliegen einer Wahl als solches regelmäßig unproblematisch ist, werfen die sog. Friedenswahlen zu den Selbstverwaltungsorganen der Sozialversicherung die Frage nach den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen an »Wahlen« auf. Nach § 46 Abs. 3 SGB IV gelten die Vorschlagslisten ohne Stimmabgabe durch die Versicherten als gewählt, wenn nur eine Vorschlagsliste zugelassen oder auf mehreren Vorschlagslisten nicht mehr Bewerber benannt werden, als zu wählen sind. Durch diese Regelung soll der Aufwand, der

89 Vgl. *Papier*, *KritV* 1987, 309 (313).

90 Vgl. *Grawert*, *HdbStR* I, § 14 Rdnr. 22 (S. 673); *Peine* (Fußn. 6), S. 26, spricht vom »allgemeinen Demokratiegebot«.

91 Mit diesem Argument gegen die Heranziehung des auf Deutsche beschränkten Volksbegriffs der genannten Bestimmungen in der Diskussion über das Ausländerwahlrecht bereits *Breer* (Fußn. 3), S. 67. *Birkenbeier* (Fußn. 4), S. 32, verkennt insoweit, daß der *pouvoir constitué* in den hier nicht berührten Grenzen des Völkerrechts nicht gehindert ist, bei der Abgrenzung von Verbandsvölkern über seine eigene Legitimationsbasis hinauszugehen oder eine solche Möglichkeit für Teilbereiche zuzulassen.

92 *Stern* (Fußn. 83), § 25 II 3 Fußn. 108 a.

93 Dasselbe gilt für den Terminus »Volksteil« (*Kluth*, *DVBl.* 1986, 719); für »Verbandsvolk« statt »Teilvolk« schon *Brohm*, *VVDStRL* 30, 269 f. in Fußn. 68.

94 *Isensee*, *VVDStRL* 32, 97; *Stern* (Fußn. 42), § 8 III 3 (S. 274); *Schwerdtfeger* (Fußn. 88), S. 116; *OVG Lüneburg*, *DÖV* 1985, 1067 (1069).

mit der Durchführung der Wahl verbunden ist, gespart werden. Der einzelne Wähler hat, wenn er mit diesem Verfahren nicht einverstanden ist, die Möglichkeit, durch Einreichen einer Vorschlagsliste die Durchführung der Wahl mit Stimmabgabe zu erreichen, wozu je nach Größe des Versicherungsträgers bis zu 2000 Unterschriften erforderlich sind (§ 48 Abs. 2 SGB IV)⁹⁵.

Aus dem Kommunalwahlrecht ist die Frage bekannt, ob eine Verhältniswahl mit nur einer Liste zulässig ist; sie wird unter Hinweis auf den Grundsatz der Freiheit der Wahl negativ beantwortet⁹⁶. Im Unterschied zur Friedenswahl fand in diesen Fällen eine Wahlhandlung statt, bei der allerdings die Entscheidungsfreiheit des Wählers auf die Alternative »ungültige Wahl oder Zustimmung« mit der Folge reduziert war, daß der einzige Vorschlag in jedem Fall gewählt war. Ein solches Verfahren mag anhand des Grundsatzes der Wahlfreiheit zu beurteilen sein und der für die Verfassungsmäßigkeit der Friedenswahlen vom Bundessozialgericht herangezogene Hinweis auf die mangelnde Anwendbarkeit der Wahlrechtsgrundsätze der Art. 28 Abs. 1 Satz 2 und 38 Abs. 1 GG⁹⁷ bei den Sozialversicherungsträgern wäre einschlägig, wenn auch schwerlich überzeugend; bei den Friedenswahlen fehlt es dagegen an einem Wahlakt und es geht um die vorgreifliche Frage, ob eine Wahl, auf die die Wahlrechtsgrundsätze anzuwenden sein könnten, überhaupt vorliegt⁹⁸.

Daß die Zustimmung zu einem Wahlvorschlag stillschweigend zum Ausdruck gebracht werden kann, wird man in geeigneten Fällen nicht für unzulässig halten müssen. Jeder einzelne Wähler muß aber die Möglichkeit haben, allein eine abweichende Wahläußerung abzugeben; eine Kollektivierung der Wahlentscheidung ist dem Grundgesetz fremd. § 46 Abs. 3 SGB IV ist demnach verfassungswidrig⁹⁹.

1

95 Vgl. BT-Drucks. 7/4244, S. 34.

96 HessStGH, ESvGH 21, 113 ff.; in diesem Sinne auch *H. Meyer*, HdbStR II, § 38 Rdnr. 19 (S. 280); der Freiheitsverstoß liegt nicht in der unserem Verfassungsrecht nicht fremden (s. Fußn. 98) Beschränkung auf nur einen Vorschlag, sondern in der Unmöglichkeit, diesen Vorschlag abzulehnen.

97 BSGE 36, 242 (243 f.); zustimmend *Tannen*, DRV 1974, 108 (110); *Krause*, in: GK-SGB IV, 1978, § 46 Rdnrn. 25 f.; im Ergebnis auch *Bethge*, VSSR 1980, 237 (242 f.).

98 A. A. BVerfGE 13, 1 (17 f.), wo der Grundsatz der Wahlfreiheit angewandt wird. Der Begriff der Wahl ist in der Rechtsprechung des BVerfG bisher kaum behandelt. Eine Bestimmung versucht BVerfGE 47, 276: »Abstimmungen . . ., durch die eine oder mehrere Personen aus einem größeren Personenkreis ausgelesen werden.« Diese Definition ist eindeutig zu eng; vgl. nur Art. 63 Abs. 1 GG.

99 *Haverkate*, VVDStRL 46, 238; *Diemer*, SGB 1982, 432 (435 f.); *Stober*, GewA 1988, 148; Zweifel läßt auch BVerfG, NJW 1986, 1094 f., durchblicken; a. A. BT-Drucks. 7/4244, S. 15. Für die Industrie- und Handelskammern hat das BVerwG (GewA 1980, 296 f.) die Friedenswahl wegen § 5 IHKG für unzulässig gehalten; dagegen *Frentzel/Jäkel/Junge*, Industrie- und Handelskammergesetz, 4. Aufl., 1982, § 5 Anm. 4 kk. Soweit es um entscheidungsbefugte Ausschüsse geht, dürften dieselben Bedenken für § 42 VI GO NW gelten, wo eine Wahlhandlung zur Besetzung der Ausschüsse bei Einigkeit der Fraktionen nur stattfindet, wenn ein Fünftel der Ausschußmitglieder widerspricht; die vom BVerfG (DVBl. 1988, 200 [202]) für einen vergleichbaren Fall herangezogene Überlegung, es handele sich nicht um eine Frage der Legitimation, sondern der personellen Zuständigkeit, ist wenig überzeugend.

Eine vernünftige Beschränkung des Aufwandes für die Wahlen in den von dieser Vorschrift erfaßten Fällen läßt sich verfassungskonform etwa auch dadurch erreichen, daß man die Briefwahlunterlagen nur auf Anforderung der entsprechend unterrichteten Wahlberechtigten übersendet. Ob eine anstaltliche Organisation, bei der die Organe aus Vorschlägen der interessierten Gruppen durch Bund und Land oder auch durch die Kommunen berufen würden, nicht die dem geringen Spielraum der Selbstverwaltung¹⁰⁰ und den Öffentlichkeitsproblemen einer körperchaftlichen Selbstverwaltung in der Sozialversicherung rechtspolitisch angemessene Lösung wäre, steht auf einem anderen Blatt.

2. Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl

Die Wahlrechtsgrundsätze gelten nicht qua Art. 28 Abs. 1 Satz 2 oder 38 Abs. 1 GG für die Wahlen in nicht-kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften¹⁰¹. Unmittelbarkeit der Wahl kann schon bei den Kommunen nur für die Wahl zur Vertretung als obligatorisch angesehen und über die verfassungsrechtlich vorgegebenen Fälle hinaus nicht verlangt werden¹⁰². Hinsichtlich der Geheimheit und Freiheit der Wahl kann auf gewisse Mindestanforderungen nicht verzichtet werden, wenn die Wahl zur demokratischen Legitimation tauglich sein soll. So sind Zwang zu einer Ausübung des Wahlrechts in bestimmtem Sinne oder Wiederwahlpropaganda der Organe¹⁰³ unzulässig, und die geheime Stimmabgabe muß wenigstens auf entsprechenden Wunsch einzelner Wahlberechtigter statthaben.

Größere praktische Bedeutung für das Recht der n.-k. SVw. kommt den Grundsätzen der Allgemeinheit und Gleichheit zu, die als Ausformungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auch außerhalb der verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgrundsätze¹⁰⁴ Geltung verlangen. Während die berufsständischen Kammern ihr Wahlrecht an diesen Grundsätzen ausrichten¹⁰⁵, kennen die weniger homogenen Verbände andere Regelungen: Die Allgemeinheit der Wahl wird durch solche Regelungen berührt, wenn bestimmte Gruppen des Verbandsvolkes vom Wahlrecht und damit vom Aktivvolk ausgeschlossen sind, wie dies etwa bei den Lehrlingen in den

100 Dazu s. etwa BT-Drucks. 7/4244, S. 5 f.; *Wertenbruch*, in: Soziale Sicherung durch soziales Recht, Festschrift für Hans Peters, 1975, S. 214; *Schnapp* (Fußn. 37), S. 892 ff.; BVerfGE 39, 302 (313).

101 BSGE 36, 242 (243 f.); *Bethge*, VSSR 1980, 237 (242); zu Recht stützt BVerfG, NJW 1986, 1093, seine Argumentation deshalb auf Art. 3 GG; a. A. *Diemer*, SGB 1980, 432 (435).

102 BVerfGE 47, 253 (275).

103 *Roters*, in: von Münch, GG-Kommentar, 2. Aufl. 1983, Rdnr. 26.

104 BVerfG, NJW 1986, 1093; der VerfGH NW (EiLD LKT NW 1988, 91) billigt dem Gesetzgeber wohl einen weiteren Gestaltungsspielraum als das BVerfG (etwa E 60, 162 [168]) zu; beim Wahlrecht für »politische Körperschaften« will BVerfGE 51, 222 (234 f.) die Wahlrechtsgrundsätze über Art. 28 Abs. 1 Satz 2 und 38 Abs. 1 GG strikt anwenden. So richtig dieses Ergebnis für den entschiedenen Fall der Europawahlen ist, so wenig überzeugt die Abgrenzung »politische« Körperschaft.

105 Ausdrücklich § 8 Abs. 1 Satz 1 HeilBerG NW; § 11 Abs. 1 ArchG NW. Vgl. auch § 64 BRAO.

Handwerkskammern der Fall ist¹⁰⁶. Die Gleichheit der Wahl ist tangiert, wenn Mindest-¹⁰⁷ und Höchststimmzahlen¹⁰⁸ festgelegt sind oder der Erfolgswert der Stimmen durch Gruppenquoten beeinflusst wird¹⁰⁹, wie sie vor allem von den Universitäten bekannt sind¹¹⁰. Auch die primär als eine der Wahlkreisbildung entsprechende Verfahrensregelung anzusehende Bildung von Wahlgruppen bei den Handwerkskammern¹¹¹ und den Industrie- und Handelskammern¹¹² wirkt sich auf die Gleichheit des Wahlrechts aus.

Der erwähnte Ausschluß der Lehrlinge vom Wahlrecht in den Handwerkskammern überschneidet sich teilweise mit dem Ausschluß nicht Volljähriger (§ 96 Abs. 1 Satz 2 HandwO). Auch soweit er Volljährige erfaßt, läßt sich ein »anerkannter wichtiger Grund«¹¹³ für die Regelung vorbringen, weil die Lehre nicht allein dem Erwerb praktischer Fertigkeiten und Kenntnisse dient, sondern auch der Sozialisation als Handwerker¹¹⁴. Die Nicht-Abgeschlossenheit dieses Prozesses legt eine Regelung nahe, wie sie aus ähnlichen Gründen für Jugendliche beim allgemeinen Wahlrecht akzeptiert wird.

Der Grundsatz der Wahlgleichheit kann bei nicht-kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften von anderen Maßstäben ausgehen als im allgemeinen Wahlrecht. Wo die Mitgliedschaft nicht allein die Person als solche aufgrund persönlicher Eigenschaften wie der ausgeübten Tätigkeit erfaßt – das ist bei den freien Berufen der Fall – sondern an die Eigenschaft einer Person etwa als Arbeitgeber oder als Fischereiberechtigter anknüpft, kann sich das Wahlrecht an entsprechenden Kriterien – der Anzahl der Arbeitnehmer oder dem Wert des Fischereirechts¹¹⁵ – orientieren¹¹⁶. Als Abweichungen bedürfen dann aber die erwähnten Regelungen über Mindest- und Höchststimmzahlen oder die degressive Stimmzuteilung nach § 49 Abs. 2 Satz 2 SGB IV der Rechtfertigung, die sich bei den genannten Regelun-

106 Siehe dazu einerseits § 90 Abs. 2, andererseits § 93 Abs. 1, 96, 98 HandwO.; Ausländer werden durch § 97 Abs. 1 Satz 1 d HandwO und § 51 Abs. 1 Nr. 3 SGB IV vom passiven Wahlrecht ausgeschlossen, was *Schwerdtfeger* (Fußn. 88), S. 116, für verfassungswidrig hält. Vgl. auch *Breer* (Fußn. 3), S. 117.

107 Nach § 7 Abs. 3 Satz 1 LwKammerG NW muß jeder Wahlbezirk unabhängig von seiner »Bedeutung« mit drei Mitgliedern in der Kammer vertreten sein. Bei den sondergesetzlichen Wasserverbänden in NW sind die Delegiertengruppen nach Mindestquoten im Verbandsrat vertreten (etwa § 16 Abs. 1 Satz 3 LippeVG).

108 Die sondergesetzlichen Wasserverbände in NW kennen eine Begrenzung auf zwei Fünftel der Delegierten (z. B. § 12 Abs. 2 Satz 3 LINEGG).

109 Nach § 93 Abs. 1 Satz 2 HandwO besteht die Kammerversammlung unabhängig vom Mitgliederanteil zu einem Drittel aus Vertretern der Gesellen (dazu *Stober* [Fußn. 6], S. 42); die Mitgliedergruppen sind in der Delegiertenversammlung des Entsorgungverbandes NW zu je einem Viertel vertreten (vgl. § 8 des Gesetzes über den Abfallentsorgungs- und Altlastensanierungsverband NW).

110 Etwa § 23 Abs. 2 WissHG NW.

111 § 93 Abs. 2 HandwO.

112 § 5 Abs. 3 Satz 2 IHKG.

113 *Klaus Stern* (Fußn. 42), § 10 II 3 (S. 304).

114 Ähnlich argumentiert BVerfGE 11, 310 (321 ff.).

115 Siehe § 49 Abs. 2 Satz 1 SGB IV oder § 27 Abs. 2 LFischG NW.

116 A. A. *Diemer*, SGB 1982, 432 (434 f.).

gen aus dem Gedanken des Minderheitenschutzes ergibt. Maßgebliches Kriterium muß letztlich im Sinne der oben¹¹⁷ erhobenen Forderung nach Korrespondenz stets der Verbandszweck sein¹¹⁸. Für die Teilnehmergeinschaft nach dem Flurbereinigungsgesetz konnte der Gesetzgeber deshalb unabhängig von der eingebrachten Fläche jedem Teilnehmer eine Stimme zubilligen (§ 21 Abs. 3 Satz 1 FlurbG). Die Aufgaben der Teilnehmergeinschaft erfordern das Vertrauen der Betroffenen als Person, unabhängig vom Umfang ihrer Betroffenheit.

Die Vorgabe von Gruppenquoten setzt auf einer anderen Regelungsebene an; nicht der Einfluß auf die Besetzung von Wahlämtern wird geregelt, sondern die Anzahl der zu besetzenden Ämter. Solche Gruppenquoten sind unvermeidlich, wo das Wahlrecht an inkommensurable Kriterien anknüpft, wie dies etwa im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer bei den Sozialversicherungsträgern der Fall ist¹¹⁹. Durch abstrakte, wertende Vorgabe müssen die für die Mitgliedergruppen unterschiedlichen Kriterien in ein Verhältnis gebracht werden. Die Gruppenquoten können aber auch zweckmäßig¹²⁰ oder sogar wie bei den Universitäten verfassungsrechtlich geboten sein¹²¹, um die Berücksichtigung der verschiedenen, im Rahmen der Verbandsaufgabe zu berücksichtigenden und in der Mitgliedschaft vertretenen Interessen in einem vorgegebenen Umfang sicherzustellen. Der mit Gruppenquoten in diesen Fällen verbundene ungleiche Erfolgswert der Stimmen ist zulässig, wenn die Quote in verhältnismäßiger Weise durch die Verbandsaufgabe gerechtfertigt werden kann¹²².

Als milderer Mittel ist die vor jeder Wahl nach festen Kriterien erfolgende Bildung von Wahlgruppen anzusehen, weil sie die Vertretung einzelner Mitgliedergruppen ohne die bei festen Quoten unvermeidbaren Verzerrungen sicherstellt. Die in der Handwerksordnung¹²³ und im Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handwerkskammern¹²⁴ anzutreffende Klausel, wonach bei der Aufteilung der Sitze auf die Gruppen »die wirtschaftlichen Besonderheiten des Kammerbezirks und die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Gruppen zu berücksichtigen sind«, genügt allerdings keinesfalls als normative Basis für die Aufteilung. Einiges spricht dafür, die Festlegung der Maßstäbe für die Berücksichtigung dieser Kriterien dem Parlamentsvorbehalt zu unterwerfen¹²⁵; minde-

117 Teil III.

118 Für einen weiten Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers BVerfGE 10, 89 (105 ff.).

119 Siehe § 44 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV; vgl. auch die Zusammensetzung der Delegiertenversammlung des Entsorgungsverbandes NW (Fußn. 19).

120 Vgl. § 93 Abs. 1 Satz 2 HandwO, § 46 Abs. 2 Satz 3 SGB IV, § 192 Abs. 1 AFG oder etwa die Bestimmungen über die Zusammensetzung der Verbandsräte der n.-w. Wasserverbände (etwa § 16 Abs. 1 Nrn. 1–5 LippeVG).

121 BVerfGE 35, 79 (126 ff.); *Schmidt-Aßmann* (Fußn. 29), S. 263; *Hendler* (Fußn. 12), S. 310.

122 Ähnlich VerfGH NW, Eild LKT NW 1988, 91.

123 § 93 Abs. 2 Satz 2 HandwO.

124 § 5 Abs. 3 Satz 2.

125 Rechtspolitisch dagegen *Frentzel/Jäkel/Junge* (Fußn. 99), § 5 Anm. 4 kk.

stens ist aber eine Niederlegung dieser Maßstäbe in Satzungsform erforderlich, damit die Aufteilung rechtlich nachvollziehbar ist.

3. Die Zulässigkeit von Vorschlagsrechten

Mit der Verwendung von Vorschlagsrechten als rechtstechnischem Mittel zur Erfüllung von Mitbestimmungsforderungen¹²⁶ wird eine Regelung aufgegriffen, die bei den kommunalen Sparkassen in Nordrhein-Westfalen seit Jahren praktiziert wird und rechtlich zwar nicht unumstritten, gerichtlich aber bisher nicht angefochten und vom Verfassungsgerichtshof des Landes aus prozessualen Gründen in seiner Mitbestimmungsentscheidung nicht auf ihre Übereinstimmung mit dem Verfassungsrecht überprüft worden ist.

Daß Vorschlagsrechte ein grundsätzlich rechtlich zulässiges Gestaltungsmittel sind, ist anerkannt; die institutionelle Gestaltung besitzt darin ein Mittel der Sicherstellung bestimmter Interessen, das normativen inhaltlichen Vorgaben für die Arbeit des Selbstverwaltungsträgers jedenfalls dann überlegen ist, wenn diese nur sehr abstrakt formuliert werden können. Unklarheit besteht darüber, welche Bindungskraft die Vorschläge haben dürfen. Die Bindungskraft wird dabei einerseits durch die Zulässigkeit der Zurückweisung von Vorschlägen, andererseits durch das Zahlenverhältnis zwischen Vorgeschlagenen und zu besetzenden Ämtern bestimmt. Bei Unzulässigkeit der Zurückweisung und einem Zahlenverhältnis von 1 : 1 wird aus dem Vorschlagsrecht ein Besetzungsrecht, bei unbegrenztem Zurückweisungsrecht und großer Überzahl der Vorgeschlagenen kann das Vorschlagsrecht praktisch leerlaufen. In diesem Spannungsverhältnis kann eine Bindungskraft des Vorschlages, die durch fehlendes Zurückweisungsrecht und ein Zahlenverhältnis von 2 : 1 gekennzeichnet ist, als verfassungsrechtlich zulässiges Maximum eine gewisse Plausibilität beanspruchen¹²⁷. Erheblichen Bedenken ist deshalb die Regelung für die Besetzung der Organe der Bundesanstalt für Arbeit (§ 195 AFG) ausgesetzt¹²⁸, die ein Zahlenverhältnis von 1 : 1 ohne Zurückweisungsrecht genügen läßt¹²⁹.

Auch für die Etablierung von Vorschlagsrechten gilt jedoch das Korrespondenzgebot. Die Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen, so sehr sie (auch rechtlich) unabdingbar für jede Verwaltung ist, dürfte bei der Ausübung von Staatsgewalt durch Selbstverwaltungsträger weder zu deren Aufgaben gehören

126 Vgl. die Regelungen in den o. Fußn. 5 genannten Wasserverbänden, etwa § 16 Abs. 2 LippeVG.

127 Herzog (Fußn. 44), Art. 20 Rdnr. 55; Ehlers, JZ 1987, 223; Peine (Fußn. 6), S. 33; OVG Münster, Eild. LKT NW 1988, 242 (244 f.); restriktiver Friauf (Fußn. 6), S. 90 ff.; Kloepfer (Fußn. 6), S. 42 ff.; Stober (Fußn. 6), S. 52. Das BVerfG (E 26, 186 [196]; 27, 312 [320 f.]) hat bei einem Verhältnis von 1,5 : 1 ein Zurückweisungsrecht für notwendig gehalten.

128 Unbehagen an der Binnenorganisation der Bundesanstalt für Arbeit äußern auch Diemer, SGB 1982, 435; Wertenbruch (Fußn. 100), S. 211 f.

129 Wie §§ 197 Abs. 2, 198 Nr. 3 AFG zeigen, ist der Ausweg der interpretativen Einfügung eines Zurückweisungsrechts hier durch das Gesetz versperrt.

noch organisatorisch als Nebenzweck oder Sekundärziel des Verbandes etabliert werden können¹³⁰. Die Einbeziehung des Sachverständigen der Arbeitnehmer in die Arbeit des Verbandes kann dagegen in Betracht kommen¹³¹; als unüberwindlich bei der Heranziehung von »internen« Arbeitnehmervertretern erweist sich aber in jedem Fall das Gebot der Linearität der Legitimationskette¹³².

VI. Die Zulässigkeit der Organbesetzung mit nicht vom Verbandsvolk legitimierten Amtswaltern

Das Recht der n.-k. SVw. kennt verschiedene Formen der Ergänzung der vom Verbandsvolk gewählten Mitglieder der Vertretungsorgane durch weitere Personen. An erster Stelle ist die Zuwahl zu nennen, bei der die vom Verbandsvolk gewählten Mitglieder weitere kooptieren¹³³; das Vertretungsorgan setzt sich also aus zwei Gruppen zusammen, die eine unterschiedlich lange Legitimationskette zum Verbandsvolk aufweisen. Häufiger finden sich in Organen Mitglieder, die zwar über eine demokratische Legitimation verfügen, diese jedoch nicht vom Verbandsvolk, sondern entweder aus Wahlen einer Gebietskörperschaft¹³⁴ oder eines anderen nicht-kommunalen Selbstverwaltungsträgers¹³⁵ beziehen¹³⁶.

Gegen die Zuwahl¹³⁷ als Mittel, die Berücksichtigung bestimmter Interessen und die Einbeziehung bestimmter Qualifikationen sicherzustellen, dürften Bedenken

130 Dazu *Schmidt-Aßmann* (Fußn. 29), S. 263; *Haverkate*, VVDStRL 46, 235; *Stober* (Fußn. 6), S. 55; anders wohl *Peine* (Fußn. 6), S. 38; die Frage zielt nicht, wie von *Walter Leisner* in etwas anderem Zusammenhang (Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 1970, S. 42 ff.) untersucht, allgemein auf das »öffentliche Interesse«, sondern auf ganz bestimmte Verbandsaufgaben.

131 Siehe *Ehlers*, JZ 1987, 223; a. A. *Stober* (Fußn. 6), S. 60.

132 A. A. *Püttner*, DVBl. 1986, 1198.

133 Vgl. § 93 Abs. 4 HandwO oder § 13 Abs. 2 LwKammerG NW (verfassungsrechtlich nicht unbedenklich die Frauenmindestquote).

134 Der Delegiertenversammlung des Erftverbandes gehören vier sachverständige Mitglieder an, von denen zwei von den zum Verbandsgebiet gehörenden Kreisen, eines von der Landesregierung und eines von den Kreisstellen der Landwirtschaftskammer zu berufen ist (§ 15 Abs. 2 ErftVG). Hinsichtlich der Kreise hat diese Regelung die ausdrückliche Billigung des VerfGH NW gefunden (Eild. LKT NW 1988, 89 [91]; ähnlich bereits BVerfGE 10, 89 [106]).

135 Den Verbandsversammlungen der sondergesetzlichen Wasserverbände gehört ein von der Landwirtschaftskammer entsandter Delegierter an (vgl. etwa § 12 Abs. 4 LippeVG); s. auch Fußn. 79.

136 Daß die Legitimation durch das Verbandsvolk vollständig durch solche Legitimationsformen verdrängt wird, wie dies § 21 Abs. 4 FlurbG oder § 46 Abs. 4 Satz 2 SGB IV vorsehen, wird man als aufsichtliche Notmaßnahme zulassen müssen; ob diese Vorschriften den Anforderungen des Übermaßverbotes an aufsichtliches Handeln gerecht werden, erscheint wegen der nicht sehr hohen Eingriffsschwelle und der Endgültigkeit der Verdrängung der Mitglieder aus der Legitimation allerdings zweifelhaft. Kritischer dazu *Diemer*, SGB 1982, 432 (436).

137 Zur Zuwahl bei den Industrie- und Handelskammern s. BVerwG, DVBl. 1963, 920; *Krause*, GewA 1964, 220; *Frentzel/Jäckel/Junge* (Fußn. 99), § 5 Anm. 2.

noch organisatorisch als Nebenzweck oder Sekundärziel des Verbandes etabliert werden können¹³⁰. Die Einbeziehung des Sachverständigen der Arbeitnehmer in die Arbeit des Verbandes kann dagegen in Betracht kommen¹³¹; als unüberwindlich bei der Heranziehung von »internen« Arbeitnehmervertretern erweist sich aber in jedem Fall das Gebot der Linearität der Legitimationskette¹³².

VI. Die Zulässigkeit der Organbesetzung mit nicht vom Verbandsvolk legitimierten Amtswaltern

Das Recht der n.-k. SVw. kennt verschiedene Formen der Ergänzung der vom Verbandsvolk gewählten Mitglieder der Vertretungsorgane durch weitere Personen. An erster Stelle ist die Zuwahl zu nennen, bei der die vom Verbandsvolk gewählten Mitglieder weitere kooptieren¹³³; das Vertretungsorgan setzt sich also aus zwei Gruppen zusammen, die eine unterschiedlich lange Legitimationskette zum Verbandsvolk aufweisen. Häufiger finden sich in Organen Mitglieder, die zwar über eine demokratischen Legitimation verfügen, diese jedoch nicht vom Verbandsvolk, sondern entweder aus Wahlen einer Gebietskörperschaft¹³⁴ oder eines anderen nicht-kommunalen Selbstverwaltungsträgers¹³⁵ beziehen¹³⁶.

Gegen die Zuwahl¹³⁷ als Mittel, die Berücksichtigung bestimmter Interessen und die Einbeziehung bestimmter Qualifikationen sicherzustellen, dürften Bedenken

130 Dazu *Schmidt-Aßmann* (Fußn. 29), S. 263; *Haverkate*, VVDStRL 46, 235; *Stober* (Fußn. 6), S. 55; anders wohl *Peine* (Fußn. 6), S. 38; die Frage zielt nicht, wie von *Walter Leisner* in etwas anderem Zusammenhang (Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 1970, S. 42 ff.) untersucht, allgemein auf das »öffentliche Interesse«, sondern auf ganz bestimmte Verbandsaufgaben.

131 Siehe *Ehlers*, JZ 1987, 223; a. A. *Stober* (Fußn. 6), S. 60.

132 A. A. *Püttner*, DVBl. 1986, 1198.

133 Vgl. § 93 Abs. 4 HandwO oder § 13 Abs. 2 LwKammerG NW (verfassungsrechtlich nicht unbedenklich die Frauenmindestquote).

134 Der Delegiertenversammlung des Erftverbandes gehören vier sachverständige Mitglieder an, von denen zwei von den zum Verbandsgebiet gehörenden Kreisen, eines von der Landesregierung und eines von den Kreisstellen der Landwirtschaftskammer zu berufen ist (§ 15 Abs. 2 ErftVG). Hinsichtlich der Kreise hat diese Regelung die ausdrückliche Billigung des VerFGH NW gefunden (Eild. LKT NW 1988, 89 [91]; ähnlich bereits BVerfGE 10, 89 [106]).

135 Den Verbandsversammlungen der sondergesetzlichen Wasserverbände gehört ein von der Landwirtschaftskammer entsandter Delegierter an (vgl. etwa § 12 Abs. 4 LippeVG); s. auch Fußn. 79.

136 Daß die Legitimation durch das Verbandsvolk vollständig durch solche Legitimationsformen verdrängt wird, wie dies § 21 Abs. 4 FlurbG oder § 46 Abs. 4 Satz 2 SGB IV vorsehen, wird man als aufsichtliche Notmaßnahme zulassen müssen; ob diese Vorschriften den Anforderungen des Übermaßverbotes an aufsichtliches Handeln gerecht werden, erscheint wegen der nicht sehr hohen Eingriffsschwelle und der Endgültigkeit der Verdrängung der Mitglieder aus der Legitimation allerdings zweifelhaft. Kritischer dazu *Diemer*, SGB 1982, 432 (436).

137 Zur Zuwahl bei den Industrie- und Handelskammern s. BVerwG, DVBl. 1963, 920; *Krause*, GewA 1964, 220; *Frentzel/Jäkel/Junge* (Fußn. 99), § 5 Anm. 2.

solange nicht vorzubringen sein, wie die Zahl der zugewählten deutlich hinter der Zahl der zuwählenden Mitglieder des Organs zurückbleibt¹³⁸ und wie die zugewählten für die Wahlzeit von ihren Wählern, mit denen sie in dem Organ zusammensitzen, unabhängig sind. Auch die Regelungen über die Zuwahl müssen an der sachgerechten Erfüllung der Verbandsaufgabe orientiert sein. Die Zuwahl darf kein Mittel sein, die Bindung der Arbeit des Organs an das Verbandsvolk zu lockern oder aufzuheben.

Die Mischung von Legitimationssträngen durch die Organbesetzung mit unterschiedlich legitimierten Mitgliedern ist als Mittel zur organisatorischen Aufnahme verschiedener Teilaspekte des öffentlichen Wohls zulässig¹³⁹ und dem Grundgesetz selbst nicht fremd¹⁴⁰. Der organisierende Gesetzgeber ist jedoch auch insoweit an das Korrespondenzgebot gebunden und hat den Gleichheitssatz zu beachten. Die Hinzuziehung von Vertretern der Rentenversicherungsträger in einem Wasserverband etwa wäre ebenso unzulässig wie Differenzierungen anhand durch Art. 3 Abs. 3 GG ausgeschlossener Kriterien.

Unzulässig ist die Beteiligung demokratisch nicht legitimierter Organmitglieder an der Ausübung von Staatsgewalt¹⁴¹. Jeder Entscheider muß demokratisch legitimiert sein¹⁴². Hier liegt die maßgebliche Grenze für die Einbeziehung gesellschaftlicher Gruppen und Interessenverbände. Die gesellschaftliche Willensbildung vermag keine demokratische Legitimation für die Ausübung von staatlicher Gewalt zu verleihen. Ihre Exponenten können beratend an der Willensbildung der öffentlichen Verwaltung beteiligt werden¹⁴³; wo sie mitentscheiden sollen und eine solche Mitwirkung mit dem Korrespondenzgebot vereinbar ist, muß der Weg über Zuwahl oder staatliche Ernennung aufgrund entsprechender Vorschläge gegangen werden. Mangels institutioneller und funktioneller Legitimation zur Beteiligung an der Ausübung von Staatsgewalt kommt die Vermittlung organisatorisch-personeller Legitimation durch gesellschaftliche Verbände nicht in Betracht.

138 Das nach § 93 Abs. 4 HandwO mögliche Fünftel ist verfassungsrechtlich nicht unbedenklich.

139 BVerfGE 10, 89 (106); VerfGH NW, Eild. LKT NW 1988, 89 (91); Heyen, DÖV 1988, 185 (191 f.); Oebbecke (Fußn. 29), S. 94.

140 Art. 54 Abs. 3, 94 Abs. 1, 95 Abs. 2 GG.

141 Ein Beispiel findet sich in § 60 Abs. 1 und 3 SGB IV; die Bestimmung weist große Ähnlichkeit mit der Regelung über die Ergänzung der nordrhein-westfälischen Bezirksvertretungen auf, die BVerfGE 47, 253 ff. als verfassungswidrig angesehen hat.

142 Friauf (Fußn. 6), S. 83 ff.; Ehlers, JZ 1987, 221; Kloepfer (Fußn. 6), S. 52; Leisner (Fußn. 130), S. 40 f.; Oebbecke (Fußn. 29), S. 92 ff.; Peine (Fußn. 6), S. 27; Pittner, DVBl. 1984, 167; Stober (Fußn. 6), S. 49; a. A. Karl-Jürgen Bieback, Die Mitwirkung der Beschäftigten in der öffentlichen Verwaltung, 1983, S. 46 f.; in diese Richtung auch E. W. Böckenförde, HdbStR I, § 22 Rdnr. 19 (S. 898 f.).

143 An den öffentlichen Sitzungen der Verbandsversammlungen der gr. Wasserverbände in Nordrhein-Westfalen nimmt etwa ein Vertreter der anerkannten Naturschutzverbände beratend teil (vgl. etwa § 15 Abs. 8 Satz 2 LippeVG).