

Verlust an demokratischer Legitimation und unzulässige Interessenkollision

Mitbestimmung im Sparkassenverwaltungsrat

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Bernhard Stür, Münster

Die Forderung nach direkter (unternehmerischer) Mitbestimmung hat von der Privatwirtschaft¹⁾ auf die öffentlich-rechtlichen Unternehmen²⁾

übergreifen. Der Gesetzgeber stößt jedoch bei der Übertragung der in

der Privatwirtschaft verwirklichten Mitbestimmungsmodelle auf den Bereich der öffentlichen Verwaltung auf verfassungsrechtliche Grenzen, die

1) Vgl. das Mitbestimmungsurteil des BVerfG, Urt. v. 1. 3. 1979 – BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, sowie Mitbestimmungsbericht, BT-Drs. VI/334, 56; Blume, in: Zwischenbilanz der Mitbestimmung (Hrsg. Potthoff/Blume/Duvernell), 1962, 55, 156; Däubler, Grundrecht auf Mitbestimmung, 1973, 129; Friedhelm Farthmann, Die Einführung der qualifizierten Mitbestimmung in gewerkschaftseigenen Unternehmen, in: Die Aktiengesellschaft 1969, 205; Ernst Rudolf Huber, Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung, Stuttgart 1970; Jürgen Mura, Historische Dokumentation. Zur Geschichte des deutschen Sparkassenrechts von den Anfängen bis 1945, Sparkasse 1983, 69–73; ders., Zur Geschichte des Deutschen Sparkassenrechts seit 1945, Die Sparkasse 1983, 260–266; Peter Pernthaler, Qualifizierte Mitbestimmung und Verfassungsrecht, Frankfurt 1974, 73; Kliemt, Die Praxis des Betriebsverfassungsgesetzes im Dienstleistungsbereich, 1971 140; Herbert Krüger, Paritätische Mitbestimmung – Unternehmensverfassung – Mitbestimmung der Allgemeinheit, Düsseldorf 1973, 76; Gunther Schwerdtfeger, Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz, Frankfurt 1972; Voigt, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmungen, in: Zur Theorie und Praxis der Mitbestimmung (Hrsg. Weddingen), 1962, Bd. 1, 87.

2) Faber, Personalvertretung und Mitbestimmung im öffentlichen Dienst in der Bundesrepublik Deutschland und in Frankreich 1979; Schmit Glaeser, Partizipation im öffentlichen Dienst, DöV 1974, 152; Söllner, Die Personalvertretungen im Spannungsfeld zwischen sozialem Schutzauftrag und demokratischer Regierungsverantwortung, RdA 1976, 64. Zur Mitbestimmung in kommunalen Sparkassen, Wirtschaftsunternehmen und Eigenbetrieben der öffentlichen Hand vgl. Kurt Biedenkopf, Mitbestimmung im Unternehmen, Kommissionsgutachten v. 4. 2. 1970, BT-Drs. Nr. 334, VI. Wahlp. 66; Biedenkopf/Säcker, Grenzen der Mitbestimmung in kommunalen Versorgungsunternehmen, ZfA 1971, 211; Karl-Jürgen Biebach, Die Mitwirkung in der öffentlichen Verwaltung – untersucht am Beispiel der öffentlichen Verwaltung durch personale Dienstleistungen, Berlin 1983, SzöR 451, 9; Damkowski, Mitbestimmung im öffentlichen

Dienst als Forderung des Grundgesetzes, RiA 1975, 1 ff.; Dietz/Richardi, Bundespersonalvertretungsgesetz, 2. Aufl. 1978, Bd. I Vorbem. zu § 1; Thomas Ellwein, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst – eine Gefahr für den Staat?, in: Ellwein/Zehnder/Minde/Betzmeier, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 1969, 11, 24; Hans-Uwe Erichsen, Mitbestimmung bei Sparkassen, Eildienst LKT 1985, 242; Feindt, Aspekte der Demokratisierung, Mitbestimmung und Partizipation, ZBR 1973, 353; Gesetzgebungs- und Beratungsdienst beim Niedersächsischen Landtag, Gutachten zu § 104 a Nds. PersVG (Drs. 559) v. 19. 11. 1971 (Vorlage Nr. 26); Hubert Görg, Die Mitbestimmung im Sparkassendienst und weitere Fragen des Sparkassenrechts, in: Festschrift für R. Reinhardt, 1972, 411; Klaus Heinevetter, Sparkassengesetz-Kommentar (Loseblatt), Vorbemerkung zu § 1 SpkG; Karl Heger, Halbierte Bürgerrechte. Zur paritätischen Mitbestimmung im Kommunalunternehmen, in: Gesellschaftspolitische Kommentare 1970, 205; Gunther Kisker, Gruppenmitbestimmung in der öffentlichen Verwaltung, DöV 1972, 520; Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Bonn 1970; Detlef Merten, Sparkassenrechtliches Regionalprinzip und kommunale Selbstverwaltung, DVBl. 1983, 1140; Minde, Mitbestimmung und Mitverantworten, in: Ellwein u. a. (Hrsg.), 43; Michael Nierhaus, Sparkasse zwischen öffentlichem Auftrag und Wettbewerbsfunktion. Zur Unternehmensphilosophie der Sparkassen, Sparkasse 1985, 12; Hans Carl Nipperdey, Das Mitbestimmungsrecht im öffentlichen Dienst, Gutachten, 1952, 23; Klaus Obermayer, Mitbestimmung in der Kommunalverwaltung, Neuwied und Berlin 1973; Fritz Ossenbühl, Erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigenesellschaften, Rechtsgutachten für die OTV, Stuttgart 1972, 32, 54; Klaus Pressmar, Probleme der Mitbestimmung bei öffentlich-rechtlichen Sparkassen, Kommunalwirtschaft 1973, 499; Günter Püttner, Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen nach dem GG, Rechtsgutachten für den Deutschen Städtetag, den Deutschen Gemeindegutachten, den Deutschen Landkreistag, den Deutschen Sparkassen- und Giroverband, den Verband der kommunalen Unternehmen und die Vereinigung der kommunalen Arbeitgeber, 1972, 10; ders., Mitbestimmung und Mitwirkung des Personals in der Verwaltung, in: v. Oertzen (Hrsg.), „Demokratisierung“ und Funktionsfähigkeit der Verwaltung, 1974, 77; ders., Gemeinwirtschaft

und Mitbestimmung, in: Festschrift für Hans Ritschl zu seinem 75. Geburtstag, Berlin 1972, 181; ders., Mitbestimmung im kommunalen Unternehmen, AfK 1974, 251; ders., Probleme der Mitbestimmung im kommunalen Unternehmen, Kommunalwirtschaft 1976, 128; ders., Zur Mitbestimmung in öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen, DVBl. 1984, 165; Thomas Raiser, Paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer in wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden, in: Recht der Arbeit, 1972, 65; Reschke, Mitbestimmung und Mitwirkung in öffentlichen Institutionen, in: v. Oertzen (Hrsg.), 1974, 114; Ernst Hasso Ritter, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Privatisierung des Staatswesens?, JZ 1972, 107; Karl-Heinz Rothe, Gedanken über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Sparkassenorganen, Der Städtebund 1970, 93; ders., Besitz der Vorstand einer kommunalen Sparkasse die Rechtsnatur einer öffentlichen Behörde?, StuGR 1972, 118; ders., Wie ist es um die Mitbestimmung im öffentlichen Dienst bestellt?, Kommunalwirtschaft 1976, 124; Schick, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, in: Forsthoff u. a., Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, 1973, 264; Walter Schmidt, Organisierte Einwirkung auf die Verwaltung, VVdStRL 33 (1975), 183; Walter Schmitt Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVdStRL 31 (1973), 179; Hans Peter Schneider, Wirtschaftliche Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen, DöV 1972, 598; Rupert Scholz, Mitbestimmungsgesetz, Mitbestimmungsurteil und öffentlicher Dienst, ZBR 1980, 297; Klaus Stern/Michael Nierhaus, Rechtsfragen der Neuordnung des Sparkassenwesens als Folge der kommunalen Neuordnung, 1976; Klaus Stern/Günter Püttner, Die Gemeinwirtschaft. Recht und Realität. Zum staats- und kommunalverfassungsrechtlichen Standort der kommunalen Wirtschaft, Schriftenreihe des Vereins für Kommunalwissenschaften, Stuttgart u. a. 1965, 54 ff.; Bernhard Stür, Der aufgezwungene Sparkassenverwaltungsrat, Verwaltungsrundschau 11/1985; Peter Weides, Sparkassen und kommunale Gebietsreform, StuGR 1978, 85; Peter Wössner, Paritätische Mitbestimmung in kommunalen Eigenesellschaften aufgrund vertraglicher Stimmrechtsbindungen

hier am Beispiel der Urwahl der Arbeitnehmervertreter in den Verwaltungsrat der Sparkasse dargestellt werden sollen. In mehreren Bundesländern³⁾ ist im Sparkassenverwaltungsrat die sog. Drittelparität verwirklicht. Ein Drittel der Mitglieder des Verwaltungsrates sind Arbeitnehmer, die in Urwahl unmittelbar von den Dienstkräften der Sparkasse gewählt werden. Kommunale Gewährträger von Sparkassen und Mitglieder von Sparkassenzweckverbänden sehen darin eine Verletzung ihres Rechts auf Selbstverwaltung, weil die Vertretungen der Gewährträger von der Wahl der Arbeitnehmervertreter ausgeschlossen sind und daher der kommunale Einfluß auf die Sparkassen durch dieses Wahlverfahren geschwächt wird.

I. Selbstverwaltung und demokratisches Wahlverhalten

Grenzen der direkten Mitbestimmung in der öffentlichen Verwaltung sind dem Verfassungsrecht zu entnehmen. Die Landesverfassungsrechtlichen Vorschriften über die Selbstverwaltungsgarantie werden durch die Regelungen des GG in Art. 28 Abs. 1, 2 und 3 GG über das Recht der Selbstverwaltung ergänzt, hinter denen der Landesverfassungsgeber nicht zurückbleiben darf. Da die Gemeinden und Gemeindeverbände Gebietskörperschaften mit dem Recht der Selbstverwaltung durch ihre gewählten Organe sind, gelten auch die in Art. 28 Abs. 1, 38 Abs. 1 GG niedergelegten demokratischen Wahlrechtsgrundsätze als ein für die Selbstverwaltung

gen, Diss. jur., Frankfurt am Main 1972, 145; Werner Thieme, Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht neu zu ordnen?, Gutachten für den 48. Deutschen Juristentag, München 1970, 56; Eugen Zeller, Kommunale Mitbestimmung, Mitbestimmung in Betrieben und Unternehmen der öffentlichen Hand, Bonn 1972 (mit Bibliographie).

3) Vgl. dazu etwa die Regelungen in Berlin (Gesetz von 1969), Bremen, Hessen (Gesetz von 1973), Niedersachsen (§ 104 a PersVG von 1972), Nordrhein-Westfalen (Mitbestimmungs-Artikelgesetz von 1984) und Schleswig-Holstein (Gesetz von 1971). Diese Regelungen sehen zumeist die unmittelbare Wahl der Arbeitnehmervertreter durch die Dienstkräfte vor, vgl. Pressmar (FN 2), Kommunalwirtschaft 1973, 449. In NW ist das Wahlverfahren durch das Gesetz zur Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen (Mitbestimmungs-Artikelgesetz v. 26. 6. 1964, GV NW 362) dahingehend geändert worden, daß an die Stelle des Vorschlagsrechts der Personalversammlung und anschließende Wahl durch die Vertretung des Gewährträgers die unmittelbare Wahl durch die Dienstkräfte der Sparkasse getreten ist.

verbindliches Aufbauprinzip. Auch der Gewaltenteilungsgrundsatz und das Rechtsstaatsprinzip, die gem. Art. 28 Abs. 3 GG in den Ländern und auf kommunaler Ebene unmittelbar geltende verfassungsrechtliche Bausteine der Staatsorganisation sind, wirken als verfassungsrechtliche Schranken für die Verwirklichung von Mitbestimmungsmodellen in der öffentlichen Verwaltung.

Verstößt der Landesgesetzgeber durch die Einführung neuer Wahlverfahren auf kommunaler Ebene gegen die Grundprinzipien einer demokratischen Wahl, so werden nicht nur fundamentale Strukturprinzipien der bundesstaatlichen Ordnung verletzt, es findet zugleich ein unzulässiger Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung statt.

Der Verwaltungsrat ist oberstes Organ der Sparkasse und erfüllt in dieser Funktion Aufgaben der mittelbaren Staatsverwaltung. Für die Ausübung von Staatsgewalt schreibt aber nach der gefestigten Rechtsprechung des BVerfG⁴⁾ das GG eine demokratische Legitimation der Funktionsträger vor.

1. Demokratische Organisation der Staatsgewalt

Für den Bereich der Gemeinde hat das BVerfG⁴⁾ hervorgehoben, daß „ihre Organe und Vertretungen, soweit sie staatliche Gewalt ausüben, einer Legitimation bedürfen, die sich auf die Gesamtheit der Bürger als dem Volk, von dem alle Staatsgewalt ausgeht, zurückführen läßt“. Die in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 38 GG näher umschriebenen Wahlrechtsgrundsätze und demokratische Legitimationserfordernisse gelten für die Wahlen zu allen Volksvertretungen im staatlichen und kommunalen Bereich. In dieser Ausprägung bildet daher das Demokratieprinzip eine wesentliche Barriere für die Einführung der Mitbestimmung im kommunalen Bereich.⁵⁾

4) BVerfG, B. v. 15. 2. 1978 — 2 BvR 134, 268/76 — BVerfGE 47, 253. „Die verfassungsrechtlich notwendige demokratische Legitimation erfordert eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern. Die Legitimation muß allerdings nicht in jedem Fall durch unmittelbare Volkswahl erfolgen. In aller Regel genügt es, daß sie sich mittelbar auf das Volk als Träger der Staatsgewalt zurückführen läßt.“

5) Vgl. etwa (Nachw. FN 2) Biebach, 9; Eriksen, Eildienst LKT 1985, 242; Hubert Görg, 411; Heinevetter, Vorbem. IV zu § 1 SpkG; Kirchof, DVBl. 1983, 921; Leisner, 44; Merten, DVBl. 1983, 1140; Nierhaus, Sparkasse 1985, 12; Minde, 43; Pressmar, Kommunalwirtschaft 1973, 449; Püttner, Kommunalwirtschaft 1976, 128; ders., DöV 1983, 697; ders.,

2. Einzelglieder der Legitimationskette müssen geschlossen sein

Aus dem verfassungsrechtlichen Gebot einer ununterbrochenen Legitimationskette vom Volk zu den mit der Ausübung von Staatsgewalt betrauten Organen folgt zugleich, daß die einzelnen Glieder dieser Kette nach demokratischen Grundsätzen aufgebaut und — im Bilde der Kette gesprochen — ineinandergreifend in sich geschlossen sein müssen. Wird die Legitimation des Staatsorgans nicht unmittelbar durch die Wahl grundgelegt, sondern durch weitere Legitimationsakte vermittelt, so muß jedes Glied dieser Kette den verfassungsrechtlichen Anforderungen der demokratischen Grundordnung entsprechen. Öffnet sich auch nur ein Glied der Legitimationskette für fremde, nicht am Volkswillen orientierte, demokratisch geprägte Einflüsse, so verliert das nächste hineingreifende Glied der Kette seinen Halt und es zerfällt damit die gesamte Legitimationskette mit der Folge, daß die Organe der Staatsgewalt nicht mehr auf eine Kette demokratischer Willensbildungen zurückgeführt werden können.

So gesehen verleiht das Geflecht vielfach ineinander verschränkter Legitimationsketten dem staatlichen Handeln die erforderliche verfassungsrechtliche Grundlage. Das staatliche und kommunale Gemeinwesen besteht aus einer Vielzahl durch die demokratische Legitimation verbundene Bausteine, die in dieser Funktion ein grundlegendes Staatsorganisationsprinzip darstellen, auf das sich die Ausübung aller staatlichen Gewalt zurückführen lassen muß. Wird dieser erforderliche Legitimationszusammenhang durch das Öffnen auch nur eines Gliedes unterbrochen, so entstehen Einbruchstellen in der Legitimation staatlichen Handelns und Gefährdungen der Staatsorganisation überhaupt.

Aus dieser staatsorganisatorischen Grundlegung folgt zugleich, daß der

DVBl. 1984, 165; ders., Rechtsgutachten 1983, NW-LT-Zuschrift 9/2838; Ritter, JZ 1972, 107; Rothe, Kommunalwirtschaft 1976, 124; ders., StuGR 1972, 118; ders., Der Städtebund 1970, 93; Schick, 1973, 264; Schneider, DöV 1972, 598; Schmit Glaeser, 154; Scholz, ZBR 1980, 297; Stern/Nierhaus, 1976 Stern/Püttner, Die Gemeinwirtschaft, 1965, 54 ff., 102 ff., 129 ff.; Bernhard Stüer, Der veränderte Kommunalwahlbezirk. Zum Kongruenzgebot als Wahlrechtsgrundsatz, JA 1980, 622 (zur Legitimationskette); ders., Die Besetzung von Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen nach dem Mehrheitswahlsystem — Zum Grundsatz der Funktionentrennung im Spannungsfeld von Kommunal- und Gesellschaftsrecht —, StuGR 1981, 243; Weides, StuGR 1978, 85; Thieme, 1973, 408; Zeidler, DVBl. 1973, 719.

Verfassungsgrundsatz nach demokratischer Legitimation der Staatsgewalt nicht relativierungsfähig ist. Auch eine Abwägung etwa in dem Sinne, daß die notwendige demokratische Legitimation durch andere verfassungsrechtliche Belange oder politische Wünschbarkeiten überwunden werden könnte, läßt das beschriebene Staatsorganisationsprinzip nach einer demokratischen Grundlegung und Legitimation der Staatsgewalt nicht zu. Die Garantie verfassungsrechtlicher Grundrechte setzt vielmehr in einem demokratischen Rechtsstaat voraus, daß die hoheitlich handelnden Staatsorgane von der Verfassung gebunden und letztlich durch den Volkswillen legitimiert werden. Ohne eine solche Legitimation der Staatsgewalt würde ein wesentliches Sicherungsinstrument des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates versagen, so daß auch die Grundrechte und freiheitlichen Garantien des GG einen Großteil ihres Schutzes einbüßen würden.⁶⁾

3. Legitimationsnotwendigkeit für „Staatsorgane“ im Einwirkungsbereich der kommunalen Selbstverwaltung

Die demokratische Legitimation als Grundprinzip der Staatsorganisation entfaltet ihre Geltung nicht nur für die Gemeindeorgane und -vertretungen, sondern wirkt darüber hinaus für die demokratische Organisation aller Staatsgewalt.⁷⁾ Jedes mit staatlichen Aufgaben betraute Organ und jeder Amtswalter bedarf danach einer Rechtfertigung seines Handelns, die nur über eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den Gewaltausübenden geleistet werden kann.⁸⁾ Dies gilt daher über den Bereich

- 6) BVerfGE 9, 268 (Brem. Personalvertretung); BVerfGE 38, 258 (SH Magistratsverfassung); BVerfGE 44, 124 (Wahlwerbung); BVerfGE 47, 253 (Bezirksvertretung); vgl. ferner (Nachw. in FN 2) Püttner, DVBl. 1983, 165 (167); ders. Kommunalwirtschaft 1976, 128 (132); vgl. auch die Nachw. bei Biebach, 75, FN 99; Erichsen, Eildienst LKT 1985, 242; Heinevetter, Vorbem. zu § 1 SpkG: Keine Relativierung des Grundsatzes demokratischer Legitimation, Erl. I 1 zu § 8 SpkG; Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 931; Leisner, 1970, 50; Minde, 43; Ritter, JZ 1972, 107 (108 und 111); Auch die Verwaltung kann ihre Legitimation nur vom Volke ableiten (Außenlegitimation); Rothe, Der Städtebund 1970, 93 (95); Schick, JZ 1970, 449; Schmit Glaeser, DöV 1974, 152 (153); Grundsatz der demokratischen Legitimation setzt Partizipationswünschen Grenzen; nicht demokratisch legitimierte dürfen an der Ausübung von Hoheitsgewalt nicht partizipieren; Schneider, DöV 1972, 598; Stürer (FN 5), JA 1981, 622 (633); Zeidler, DVBl. 1973, 719; Demokratiebegriff ist nicht offen und zur Disposition gestellt.
- 7) BVerfGE 47, 253 (Bezirksvertretung); vgl. auch schon BVerfGE 9, 268 (278) (Brem. Personalvertretung); BVerfGE 1, 14 (18) (Südweststaat); BVerfGE 38, 258 (SH Magistratsverfassung).
- 8) Püttner (FN 2), DVBl. 1984, 165.

der im engeren Sinne verstandenen Organe von Bund, Ländern und Gemeinden hinaus für alle Teile der öffentlichen Verwaltung, die in hoheitlichen Formen Staatsgewalt ausüben.⁹⁾ Ist aber das demokratische Prinzip im Verständnis des GG nicht auf bestimmte Staatsorgane begrenzt und bezieht es sich vielmehr auf alle Arten der Ausübung hoheitlicher Gewalt, so muß die demokratische Legitimationskette auch in den Bereich der mittelbaren Staatsgewalt hineinreichen, der von den Organen der Gemeinden selbst oder aufgrund ihrer Einwirkung und Veranlassung wahrgenommen wird.

4. Legitimationsnotwendigkeit bei allen nicht völlig bedeutungslosen Aufgaben

Die demokratische Rückbindung ist nur bei völlig bedeutungslosen Aufgabenwahrnehmungen nicht erforderlich: Sind die Aufgaben so unwichtig, daß sie nicht mehr unter den Begriff „Ausübung der Staatsgewalt“ fallen, können damit auch Institutionen ohne ausreichende demokratische Legitimation betraut werden.¹⁰⁾ Im übrigen gilt jedoch der Grundsatz, daß Aufgaben mit nennenswerter politischer Tragweite den in unmittelbarer Wahl legitimierten Parlamenten in Bund und Ländern sowie Vertretungen der Gemeinden und Gemeindeverbände vorbehalten sind.¹¹⁾

Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Sparkasse einen kommunalen Handlungsauftrag wahrzunehmen hat und daher Teil der mittelbaren Staatsgewalt ist, für die der Grundsatz der demokratischen Legitimation gilt, und ferner, ob im Hinblick auf die Funktionen des Verwaltungsrates als maßgebliches Entscheidungs- und Kontrollorgan eine demokratische Legitimation aller Verwaltungsratsmitglieder erforderlich ist. Schließlich wird zu prüfen sein, ob die Urwahl der Arbeitnehmervertreter in den Sparkassenverwaltungsrat durch die Dienstkräfte diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht wird oder die erforderliche demokratische Legitimation nur über die Vertretung des Gewährträgers vermittelt werden kann.

- 9) Vgl. neben den Nachw. in FN 5–7 Görg FN 2, 1972, 411 (418).
- 10) BVerfGE 47, 253 (274) (Bezirksvertretung).
- 11) Vgl. dazu etwa BVerfGE 9, 268 (282) (Brem. Personalvertretung) mit Hinweis auf die Verantwortung von Parlament und Regierung für die staatlichen Leitungsaufgaben; vgl. auch die Nachw. bei Biebach (FN 2), 46 ff.

II.

Die Sparkasse als kommunale Aufgabe

Gemeinden und Gemeindeverbände können Sparkassen errichten, die ihrerseits im Gebiet ihres Gewährträgers Haupt- und Zweigstellen errichten können.¹²⁾ Die von Gemeinden und Gemeindeverbänden errichteten Sparkassen sind rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts. Sie dienen der kreditwirtschaftlichen Versorgung der Bevölkerung insbesondere des Geschäftsgebietes und ihres Gewährträgers. Zu den Aufgaben der Sparkasse gehört es vor allem, den Sparsinn und die Vermögensbildung der örtlichen Gemeinschaft zu fördern. Die Kreditversorgung dient vornehmlich der Kreditausstattung des Mittelstandes sowie der wirtschaftlich schwächeren Bevölkerungskreise. Für die Verbindlichkeiten der Sparkasse haftet die Gemeinde oder der Gemeindeverband als Gewährträger unbeschränkt.¹³⁾

Die Sparkasse ist ein Instrument der kommunalen Wirtschaftsbetätigung¹⁴⁾ und ist durch die enge Verbindung zum kommunalen Gewährträger gekennzeichnet. Der Betrieb von Sparkassen stellt eine wichtige durch die Selbstverwaltungsgarantie abgesi-

- 12) Vgl. zu Rechtsnatur, Aufgabe, Haftung und Gewährträgerschaft der Sparkasse Brzoska, Die öffentlich-rechtlichen Sparkassen zwischen Staat und Kommunen, Berlin 1976; Etsch-Overbillig, Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden 1970; Fünter, Der Verwaltungsrat der Sparkassen, Berlin 1969; Heinen, Die Rechtsstellung der Gemeinden und Gemeindeverbände als Gewährträger ihrer Sparkassen, Diss. jur. Münster 1968; Heinevetter (FN 2), zu §§ 1, 2, 3 und 5 SpkG; Rothe, Sparkassengesetz-Kommentar, 3. Aufl., Siegburg 1976 zu §§ 1, 2, 3 und 5 SpkG NW; Stern/Burmeister, Die kommunalen Sparkassen, Stuttgart 1972; Stern/Nierhaus, 1976; Widhofer-Mohnen, Regionales Sparkassenwesen und kommunale Gebietsreform nach dem NW Sparkassenrecht, Diss. jur., Köln 1979.
- 13) Vgl. zu Rechtsstellung und Aufgabe der Sparkassen insbesondere auch BVerwG, Urt. v. 28. 12. 1971 – I VB 16.66 – DVBl. 1972, 780.
- 14) Vgl. etwa die Urteile des VerGH NW zur Sparkassenneuordnung Urt. v. 11. 7. 1980 – VerGH 8/79 – (Düren) DVBl. 1981, 216 – DöV 1980, 691 m. Anm. Willi Blümel = Sparkasse 1980, 270 = StuGR 1985, 287; Urt. v. 31. 10. 1980 – VerGH 14/79 – Barntrup und Blomberg; Urt. v. 31. 10. 1980 – VerGH 13/79 – (Bad Salzuflen); Urt. v. 30. 1. 1981 – VerGH 25/79 – (Willich); Urt. v. 30. 1. 1981 – VerGH 23/79 – (Nettetal); Urt. v. 20. 2. 1981 – VerGH 16/79 – (Haan); Urt. v. 2. 4. 1981 – VerGH 12/79 – (Herford); Urt. v. 26. 6. 1981 – VerGH 21/79 – (Kaarst); Urt. v. 26. 6. 1981 – VerGH 22/79 – (Korschenbroich); Urt. v. 20. 2. 1981 – VerGH 5/80 – (Erkrath); Urt. v. 2. 4. 1981 – VerGH 3/80 – (Löhne); Urt. v. 2. 4. 1981 – VerGH 6/80 – (Vlotho); Urt. v. 26. 6. 1981 – VerGH 12/80 – (Grevenbroich); vgl. auch Friedel Erlenkämper, Der Städtetag 1980, 688; Fischer, Sparkasse 1980, 246, 313; Heinevetter, Sparkasse 1980, 307; Friedrich Wilhelm Heinrichs, Neuordnung des Sparkassenwesens in NW 1985, 267 jeweils m. w. Nachw.

cherte Betätigung der Gemeinden und Gemeindeverbände dar. Sie dürfen Sparkassen selbst errichten oder sich an der Errichtung von Sparkassen beteiligen und über den von ihnen besetzten Verwaltungsrat die Geschäftspolitik der Sparkassen maßgeblich bestimmen.¹⁵⁾

Aus der engen Verzahnung von Sparkasse und kommunalem Gewährträger wird das in der Selbstverwaltungsgarantie wurzelnde Regional-¹⁶⁾ und Subsidiaritätsprinzip¹⁷⁾ abgeleitet. Auch hierdurch wird die öffentlich-rechtliche Bindung der Sparkasse als kommunale Anstalt des öffentlichen Rechts zu ihrem Gewährträger dokumentiert.¹⁸⁾ Das Kommunal- und Kommunalverfassungsrecht wirkt daher in den Bereich der Sparkassen hinein.¹⁹⁾ Die Sparkassen als öffentliche Kreditanstalten mit vornehmlich auf das Gebiet des Gewährträgers ausgerichtetem Wirkungsbereich²⁰⁾, der Verzicht auf die Gewinnmaximierung²¹⁾ und die enge Verzahnung mit dem Gewährträger sind Ausdruck der

öffentlichen Kreditversorgungsaufgabe, die den kommunalen Sparkassen im Interesse der örtlichen Gemeinschaft zukommt.²²⁾ Wegen dieser öffentlichen Aufgabenwahrnehmung wird der Vorstand der Landesbank von der Rechtsprechung des BGH²³⁾ unter ausdrücklicher Verwerfung einer Aufspaltung von deren Tätigkeit in einen daseinsvorsorgenden und einen rein geschäftlichen Bereich auch im strafrechtlichen Sinne als Amtsträger angesehen, der besonderen öffentlich-rechtlichen Amtspflichten unterliegt. Die Verwirklichung der besonderen Sparkassenaufträge wird zudem durch eine staatliche Sonderaufsicht²⁴⁾ überwacht.

Die geld- und kreditwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in der Form der Unterhaltung der kommunalen Sparkasse gehört dabei zum unantastbaren Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung.²⁵⁾ Der Tätigkeit der Sparkasse liegt eine öffentliche kommunale Zwecksetzung zugrunde, die der wichtigen Funktion entspricht, die von der kommunalen Sparkasse im Gesamtgefüge kommunaler Aufgaben wahrgenommen wird. Zu den kommunalpolitisch bedeutsamen Aufgaben gehören insbesondere Funktionen, die auf Sicherung des Gewährträgers als eigenverantwortliche Körperschaft, die Erhaltung bzw. Verbesserung ihrer Funktionsfähigkeit und die Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Obliegenheiten ausgerichtet sind.²⁶⁾

Die Schicksalsgemeinschaft zwischen Sparkasse und kommunalem Gewährträger und der im SpkG beschriebene Sparkassenauftrag dokumentieren, daß die Sparkassen als kommunale Kreditanstalten öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnehmen und in dieser Funktion Organisationseinheiten der mittelbaren Staatsverwaltung im Einwirkungsbereich der kommunalen Selbstverwaltung sind. Für ihre maßgeblichen Kontroll-, Leitungs- und Entscheidungsorgane bedarf es daher einer demokratischen Legitimation, die nur durch eine ununterbrochene Kette einzelner ineinandergreifender Glieder demokratisch verfaßter Organe und Vertretungen gewährleistet werden kann.

III.

Verwaltungsrat als oberstes Entscheidungs-, Lenkungs- und Kontrollorgan der Sparkasse

Nimmt aber die Sparkasse im Gesamtgefüge der Staatsorganisation sozusagen als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung im Einwirkungsbereich der kommunalen Gewährträger wichtige öffentlich-rechtliche Aufgaben wahr und bedürfen daher ihre maßgeblichen Leitungs- und Kontrollorgane der demokratischen Legitimation, so gilt dieses Verfassungsgebot in erster Linie für den Verwaltungsrat, der als Hauptorgan der Sparkasse einen Brückenschlag zum kommunalen Gewährträger zu leisten hat und dessen Entscheidungsfülle als oberstes Lenkungs- und Kontrollorgan der Sparkasse ohne ausreichende demokratische Legitimation im Verfassungsverständnis des GG undenkbar ist. Zwar kommen der Vertretung des Gewährträgers wichtige Steuerungsfunktionen²⁷⁾ zu. Das Hauptgewicht

Auftrag, durch Finanzierungsmöglichkeiten eine ausgewogene Verteilung von Siedlung, Versorgungseinrichtungen, Kulturzentren, wirtschaftlichen Unternehmen und Erholungsgebieten zu sorgen. Die Sparkasse und ihr Verwaltungsrat als oberste Lenkungs-, Kontroll- und Entscheidungsorgan stehen somit im Dienste der kommunalen Finanzierungs- und Entwicklungspolitik. Sie haben sich am politischen Willen des Gewährträgers zu orientieren.

- 15) So wörtlich VerfGH NW (FN 14), DVBl. 1981, 216 (Düren). Vgl. dazu auch Otto Gönnewein, Gemeinderecht, Tübingen 1963, 55; Klaus Stern, Archiv für Kommunalwissenschaften 1964, 81 (93); ders., Bonner Kommentar, Rdn. 88, 163 zu Art. 28 GG; Stern/Pütter (FN 2), Gemeinwirtschaft, 1965, 160; Werner Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, Göttingen, 47.
- 16) Vgl. dazu auch Joachim Burmeister, Die Auswirkungen der kommunalen Gebietsreform in Bayern auf die Sparkassenorganisation, 1979, 23; Brzoska (FN 12), 1976, 26; Heinevetter (FN 2), Erl. 7.2 zu § 1 SpkG; Friedrich Wilhelm Heinrichs, Neuordnung des Sparkassenwesens in NW, StuGR 1985, 267; Kirchhof, DVBl. 1983, 921 (923); Merten, DVBl. 1983, 1140; Fritz Ossenbühl, Grundfragen zum Rechtsstatus der freien Sparkasse, 1979, 14; Stern/Nierhaus, 1976, 11; Dirk Schmidt, Das Regionalprinzip im Sparkassenwesen, insbesondere die Errichtung von Zweigstellen der Sparkasse im Gewährträgerbereich angehöriger Gemeinde- und Amtsparkassen, VerwArch. 1960, 314.
- 17) Kirchhof (FN 2), DVBl. 1983, 921 (923); Röper, Die Wettbewerbsfunktion der deutschen Sparkasse und das Subsidiaritätsprinzip, 1973, 119; Rost-Haigis/Hohmann, Auswirkungen der Gebietsreform auf das Sparkassenwesen, 1981, 15; Edzard Schmidt-Jortzig/Bernhard Schink, Subsidiaritätsprinzip und Kommunalordnung, 1982.
- 18) Auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung geht von der engen Verbindung zwischen Sparkasse und kommunalem Gewährträger aus, vgl. etwa OVG NW, Urt. v. 18. 12. 1981 - 15 A 190/80 - DVBl. 1982, 504 - StuGR 1985, 298 bestätigt durch BVerwG, B. v. 23. 8. 1982 - 1 B 23.82 - DöV 1983, 73 m. Anm. Roderich Bosse, 75 (Köln) Sparkassenstreit).
- 19) Vgl. die vorstehenden Nachw. Die gegenläufige Entscheidung OVG Saarland, Urt. v. 18. 12. 1969 - I R 84/68 - DöV 1970, 610, hat keine Zustimmung gefunden.
- 20) Daran vermag auch das sog. Weltprinzip nichts zu ändern, auf das Kirchhof (FN 2), DVBl. 1983, 921 (924), verweist, vgl. dazu Merten, DVBl. 1983, 1140.
- 21) BGH, Urt. v. 25. 7. 1973, BB 1973, 1349; Görg (FN 2), Mitbestimmung im Sparkassenrecht, 1972, 411 (414); Heinevetter, Erl. 1 zu § 8 SpkG; Rothe, Städtebund 1970, 93; Hans Tiedeken, Sparkassen und Kommunen, Sparkasse 1984, 286; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht II, § 100 II c 2 (405); Walther Zügel, Sparkassen zwischen Marktorientierung und öffentlichem Auftrag aus der Sicht der Praxis, Sparkasse 1985, 19.

- 22) Vgl. neben den vorstehenden Nachw. OVG NW, Urt. v. 20. 1. 1965 - III A 630/64 - Sparkasse 1966, 148 (149) m. Anm. Dietrich Lang, 154; Rothe (FN 2), StuGR 1982, 118.
- 23) BGH, NJW 1983, 2509; vgl. auch Rothe (FN 2), StuGR 1972, 118.
- 24) Vgl. dazu Heinevetter (FN 2), Erl. 1 ff. zu §§ 28-29 SpkG; Weides, StuGR 1978, 85 (88).
- 25) Nierhaus (FN 2), Sparkasse 1985, 12 (15); Stern-Burmeister, 67; Stern/Nierhaus, 1976, 22 m. w. Nachw. Entsprechend ihrem öffentlichen Charakter haben die Sparkassen ihre Rechtsverhältnisse durch Satzung zu regeln. Dem Recht der Gemeinde, Sparkassen zu errichten, entspricht ihre Verpflichtung, für die finanzielle Ausstattung der Sparkasse zu sorgen (Anstaltslast) und für die Verbindlichkeiten der Sparkasse in bestimmten Fällen einzustehen (Gewährträgerhaftung). Der Hauptverwaltungsbeamte des Gewährträgers ist verpflichtet, Beschlüsse, die das geltende Recht verletzen, zu beanstanden. Der Verwaltungsrat als das oberste Lenkungsorgan der Sparkasse wird von der Vertretung des Gewährträgers, also von dem Organ einer kommunalen Gebietskörperschaft gewählt. Für den Jahresüberschuß gelten bestimmte Verteilungsregelungen nach entsprechender Beschlußfassung durch die Vertretung des Gewährträgers.
- 26) Der öffentliche Auftrag der Sparkasse weist dabei den kommunalen Kreditinstituten die wichtige Aufgabe zu, die Gemeinden und Kreise in einem umfassenden Sinne zu unterstützen, und zwar in direkter und indirekter Weise: Neben die Befriedigung des Kreditbedarfs tritt die Unterstützung der Gewährträger bei ihren kommunalen Aufgaben. Siedlungs- und investitionspolitische Funktionen der Sparkasse ergeben sich aus ihrem

- 27) So etwa bei der Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats, bei der Errichtung und Auflösung der Sparkasse, bei Vereinbarungen über die Vereinigung von Sparkassen, Gebietsänderungen des Gewährträgers und Übertragung von Sparkassenzweigen, bei Erlass und Änderung der Sparkassensatzung, bei der Genehmigung der Bestellung von Mitgliedern des Vorstandes durch den Verwaltungsrat, bei der Entlastung der Or-

der maßgeblichen Entscheidungs-, Lenkungs- und Kontrollfunktionen wird jedoch vom Verwaltungsrat der Sparkasse wahrgenommen.

1. Aufgaben des Verwaltungsrates

Der Verwaltungsrat bestimmt die Richtlinien der Geschäftspolitik. Er überwacht die Geschäftsführung²⁸⁾ und hat sich damit zu einem maßgeblichen Entscheidungs-, Lenkungs- und Kontrollorgan sowie zum eigentlichen Hauptorgan der Sparkasse²⁹⁾ mit weitreichenden Entscheidungsbefugnissen entwickelt. Durch die Bestimmung der Richtlinien der Geschäftspolitik, durch die Bestellung der Vorstandsmitglieder und durch andere wichtige Steuerungsfunktionen kann der Verwaltungsrat in nicht unerheblichem Umfang auf die Entscheidungen der Sparkasse Einfluß nehmen. Die Befugnisse des Sparkassenverwaltungsrates gehen sogar wesentlich über die des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft hinaus³⁰⁾, woran

gane der Sparkasse und bei dem Beschluß über den Jahresüberschuß, vgl. etwa § 6 SpKG NW.

- 28) Vgl. etwa § 13 SpKG NW: Der Verwaltungsrat ist ferner u. a. zuständig für die Wahl der Mitglieder des Kreditausschusses, die Bestellung eines Mitglieds des Vorstandes und deren Stellvertretern sowie die Berufung von dessen Vorsitzenden, den Erlaß der Geschäftsanweisung für den Kreditausschuß, den Vorstand und die Betriebsüberwachung, die Zuführung von Teilen des Jahresüberschusses, die Feststellung des Jahresabschlusses und die Billigung des Geschäftsberichtes. Der Verwaltungsrat beschließt auf Vorschlag des Vorstandes über den Stellenplan der Sparkasse, den Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Grundstücken, die Errichtung von sparkasseneigenen Gebäuden, die Eröffnung und Schließung von Zweigstellen, die Aufnahme von Darlehen. Außerdem hat der Verwaltungsrat Anhörungsrechte vor Beschlußfassung der Vertretung des Gewährträgers über die Auflösung der Sparkasse, die Vereinbarungen, die Änderung der Satzung und über den Jahresüberschuß. Die Satzung kann festlegen, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Verwaltungsrates vorgenommen werden dürfen. Die Mitglieder des Verwaltungsrates handeln dabei nach ihrer freien, nur durch die Rücksicht auf das öffentliche Wohl und die Aufgaben der Sparkasse bestimmten Überzeugung. Sie sind an Weisungen nicht gebunden.
- 29) Clausen, Der Einfluß der Gemeinde auf die kommunale Sparkasse nach dem nw SpKG, Berlin 1964, 47; Görg, 1972, 411; Heinevetter, Vorbem. zu § 1 SpKG; Erl. 1 zu § 8 SpKG; Pressmar, Kommunalwirtschaft 1973, 449 (451); Püttner, DVBl. 1984, 165; Ritter, JZ 1972, 107 (111); Rothe, StuGR 1971, 94 (95); Weides, StuGR 1978, 85 (87).
- 30) Vgl. dazu Heinevetter (FN 2), Erl. 1 ff. zu § 8 SpKG und Erl. 1 ff. zu § 13 SpKG; Weides, StuGR 1978, 85 (87). Der Aufsichtsrat überwacht die Geschäftsführung der Gesellschaft. Er kann die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, insbesondere die Kasse, die Bestände an Waren und Wertpapieren, einsehen und prüfen. Er beruft die Hauptversammlung ein (§ 111 AktG). Demgegenüber ist der Verwaltungsrat im Bereich der Sparkasse nicht nur oberstes Kontrollorgan. Er überwacht die Geschäftsführung, wählt die Mitglieder des Vorstandes sowie des Kreditausschusses und erläßt Geschäftsanweisungen. Er beschließt über den Stellenplan und vieles andere mehr. Die Mitglieder des Verwaltungsrates

die unterschiedliche Struktur dieser beiden Lenkungsorgane deutlich wird.

2. Mittelbare demokratische Legitimation des Verwaltungsrates erforderlich

Nimmt aber der Verwaltungsrat die zentrale, auch dem Vorstand übergeordnete Rechtsstellung ein, so bedarf er einer demokratischen Legitimation, die nur über die Vertretung des Gewährträgers geleistet werden kann. Zwar ist eine unmittelbare demokratische Legitimation auf kommunaler Ebene nur für den Rat und den Kreistag als den obersten Lenkungsorganen erforderlich.³¹⁾ Für den Verwaltungsrat einer Sparkasse ist aber eine durch die Vertretung des Gewährträgers vermittelte Legitimation unumgänglich. Diese kann nur geleistet werden, wenn die Vertretung des Gewährträgers die Mitglieder des Sparkassenverwaltungsrates wählt und die ihr durch die Kommunalwahl zugekommene Legitimation an den Verwaltungsrat als das Hauptorgan der Sparkasse weiterreicht. Fehlt es an diesem in sich geschlossenen Glied in der Kette zur Übertragung demokratischer Legitimation, so wird die erforderliche Grundlegung staatlicher Machtausübung nicht in die Sparkasse hineingetragen mit der Folge, daß die Gesamtorganisation unter dem demokratisch-staatsorganisatorischen Aspekt in eine Schiefelage gerät. Der durch die Weitergabe demokratischer Legitimation gekennzeichnete „Sta-fettenlauf“ hat die kommunale Sparkasse nicht erreicht. Der demokratische Brückenschlag zwischen Gewährträger und Leitungsorgan der Sparkasse ist nicht gelungen. Die aus kommunalverfassungsrechtlicher Sicht erforderlichen Ingerrenzmöglichkeiten der kommunalen Gewährträger³²⁾ haben ihre demokratische Grundlage und staatsorganisatorische Rechtfertigung verloren.

haben weitergehende Verpflichtungen als die Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft, vgl. dazu Stürer (FN 5), StuGR 1981, 243. Verwaltungsratsmitglieder sind zwar etwa in NW seit 1970 keine Ehrenbeamten mehr, ihre besondere Stellung ist aber auch heute noch mit der von Ehrenbeamten vergleichbar. Für sie gelten die Ausschließungsgründe und die Verschwiegenheitspflicht. Die Entschädigung erfolgt in Form eines Sitzungsgeldes. Eine Gewinnbeteiligung ist unzulässig, da im Unterschied zu Privatbanken Sparkassen zwar nach wirtschaftlichen Grundsätzen, aber ohne Gewinnstreben zu betreiben sind.

31) BVerfGE 47, 253 (Bezirksvertretung).

32) Vgl. dazu etwa Pressmar (FN 2), Kommunalwirtschaft 1973, 449 (451); Püttner, DVBl. 1984, 165 (166).

IV.

Legitimation aller Verwaltungsratsmitglieder erforderlich

Verlangt aber die verfassungsrechtliche Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung und das Demokratiegebot ein besonderes, demokratisch legitimes Organ, das die Rechte der Gewährträger in der Sparkasse wahrnimmt, so ist eine Legitimation aller Mitglieder des Sparkassenverwaltungsrates durch die Vertretung des Gewährträgers erforderlich.

1. Vorschlagsrecht der Personalversammlung unzulässig

Mit den vorgenannten verfassungsrechtlichen Grundsätzen ist es bereits unvereinbar, wenn die Vertretung des Gewährträgers zwar die Mitglieder des Verwaltungsrates wählt, bei den Arbeitnehmervertretern aber an einen Vorschlag der Personalversammlung gebunden ist.³³⁾ Ein solches Wahlverfahren ist in NW etwa für den Werksausschuß von kommunalen Eigenbetrieben eingeführt worden, dessen Arbeitnehmervertreter vom Gemeinderat auf Vorschlag der Beschäftigten des Eigenbetriebes gewählt werden.³⁴⁾

Zwar ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß die politischen Parteien durch Wahlvorschläge an der Wahlvorbereitung mitwirken können.³⁵⁾ Es liegt auf der Hand, daß die Vorformung des Wählerwillens in einer Mas-sendemokratie wesentlich durch „das Medium der Parteien“ erfolgt und die Auslese der Kandidaten für die Wahlkörperschaften in Bund, Ländern, Kreisen und Gemeinden ganz überwiegend vom Einfluß der Parteien bestimmt wird, denen damit die Rolle von „Wahlvorbereitungsorganisatio-

33) Vgl. etwa § 10 Abs. 2 SpKG NM i. d. F. 1970/1975. Danach waren die Dienstkräfte der Sparkasse (§ 8 Abs. 1 c und Abs. 2 c der Personalversammlung zu wählen. Der Vorschlag mußte mindestens die doppelte Anzahl der zu wählenden ordentlichen und stellvertretenden Mitglieder enthalten.

34) Vgl. § 93 Abs. 3 GO NW i. d. F. der Bekanntmachung v. 13. 8. 1984 sowie das Gesetz zur Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen (Mitbestimmungs-Artikelgesetz) v. 26. 6. 1984 (GV NW 362).

35) BVerfG, B. v. 3. 7. 1957 – 2 BvR 9/56 – BVerfGE 7, 63 (71, 73); Urt. v. 24. 6. 1958 – 2 BvF 1/57 – BVerfGE 8, 51 (63); B. v. 12. 7. 1960 – 2 BvR 373, 441/60 – BVerfGE 11, 266 (263, 275, 276); B. v. 30. 5. 1962 – 2 BvR 158/62 – BVerfGE 14, 121 (132); Urt. v. 19. 7. 1966 – 2 BvF 1/65 – BVerfGE 20, 56 (96, 98, 101, 113).

nen³⁶⁾ zukommt.³⁷⁾ Diese für die Wahlen zu den Vertretungen in Bund, Ländern und Gemeinden geltenden verfassungsrechtlichen Grundsätze der Mitwirkung politischer Parteien bei der Wahlvorbereitung können auf die weiteren Glieder in der demokratischen Legitimationskette übertragen werden. Hier sind es die Mitglieder der Vertretungen oder deren Fraktionen, denen diese Mitwirkungsmöglichkeiten bei der Kandidatenaufstellung im Wahlvorschlagsverfahren zukommen. Es entspricht daher den Grundsätzen eines demokratischen Wahlverfahrens, wenn der Gesetzgeber den Mitgliedern der Vertretungen oder Fraktionen ein Wahlvorschlagsrecht einräumt und die Wahl der Vertretung auf die Auswahl unter den vorgeschlagenen Kandidaten begrenzt.

Das Vorschlagsrecht ist jedoch auf den vorgenannten Kreis der Wahlvorbereitungsorganisationen (Parteien, Fraktionen oder Mitglieder der Vertretung) begrenzt. Anderen Organisationen, Personenmehrheiten oder Einzelpersonen, die nicht wie die Parteien durch Art. 21 GG oder als Mitglieder und Fraktionen der Vertretungen zur Mitwirkung bei der Wahlvorbereitung legitimiert sind, dürfen als zu diesem Willensbildungsakt Außenstehende keine Möglichkeit erhalten, durch Wahlvorschläge auf die Willensbildung der Vertretung einzuwirken.³⁸⁾

36) BVerfGE 20, 57 (101, 103) m. Hinw. auf BVerfGE 3, 19 (26); BVerfGE 13, 54 (83); BVerfGE 14, 121 (133); BVerfGE 8, 51 (63); BVerfGE 12, 276 (280); BVerfGE 4, 27 (30); BVerfGE 8, 51 (63).

37) Die Wahlvorschläge der Parteien treffen für die Wahl eine wichtige personelle Vorentscheidung, da von den wahlberechtigten Bürgern nur Bewerber gewählt werden können, die in einem Wahlvorschlag einer Partei, Wählergruppe oder von einzelnen Wahlberechtigten als Kandidaten benannt worden sind. Andere Bewerber scheiden für die Wahl aus, vgl. Seifert, Das Bundeswahlgesetz, Vorbem. zu § 22 BWG; OVG NM, Urt. v. 22. 12. 1965 — II A 1126/65 — OVG 22, 66 (71) m. Hinw. auf BVerfGE, B. 12. 7. 1960 — 2 BvR 373, 442/60 — BVerfGE 11, 266 (Saarl. Kommunalwahlgesetz); OVG NW, Urt. v. 9. 3. 1966 — III A 1430/65 — OVG 22, 131 (137). Wegen dieser wichtigen Auswahlfunktion muß auch die Wahlvorbereitung durch die Kandidatenaufstellung und -benennung den demokratischen Wahlrechtsgrundsätzen genügen, OVG NW, Urt. v. 19. 2. 1982 — 15 A 898/81 — DVBl. 1982, 51 (Coesfeld); Urt. v. 19. 2. 1982 — 15 A 1452/81 — DVBl. 1983, 49 (Rees); vgl. auch Stürer (FN 5), Ja 1980, 622 (624).

38) Selbst die Parteien, Fraktionen und Mitglieder einer Vertretung haben keine uneingeschränkten Vorschlagsmöglichkeiten und auch nicht das Recht, ihren Vorschlag der Vertretung aufzuzwingen. Denn eine Partei, eine Fraktion oder ein einzelnes Mitglied kann den erforderlichen Akt demokratischer Legitimation eines Organs nicht leisten. Es bedarf dazu vielmehr der Legitimation durch die Gesamtvertretung, die nicht durch einen Teil des Ganzen und erst recht nicht durch zu diesem Willensbildungsprozeß Außenstehende ersetzt werden kann, vgl. BVerfGE 38, 258 (SH Magistratsverfassung).

Sind aber danach weder Parteien, Fraktionen noch einzelne Mitglieder der Vertretung in der Lage, die erforderliche Legitimation der Gesamtheit des Repräsentativorgans zu ersetzen, so gilt dieser verfassungsrechtliche Grundsatz ebenso für Vorschlagsrechte außenstehender Personengruppen, durch die eine Vertretung nicht in ihrem Auswahlrecht eingeschränkt und unzulässig gebunden werden darf. Das Vorschlagsrecht der Personalversammlung für die Dienstkräfte der Sparkasse, wie es etwa in der bisherigen Fassung des § 10 Abs. 2 SpkGNW enthalten war, ist daher verfassungswidrig, weil es eine unzulässige Bindung der Vertretung des Gewährträgers enthält und die erforderliche demokratische Legitimation nicht leistet. Außenstehenden kann eine derart gravierende Steuerung des Wahlverfahrens durch eine Bindung der Vertreter an den von ihnen eingebrachten Wahlvorschlag nicht zukommen.³⁹⁾

2. Keine Legitimation ohne Wahl der Gewährträgervertretung

Die Urwahl der Arbeitnehmervertreter durch die Dienstkräfte der Sparkasse bringt gegenüber dem vorgenannten Wahlverfahren einen zusätzlichen Legitimationsverlust, da ein Teil der Mitglieder des Sparkassenverwaltungsrates „an der Gewährträgervertretung vorbei“ gewählt wird und keinerlei Anbindung an die Willensentscheidung der kommunalen Vertretung mehr hat. Da der Verwaltungsrat als maßgebliches Entscheidungs-, Kontroll- und Leistungsorgan der Sparkasse der demokratischen Legitimation bedarf, ist es verfassungsrechtlich unzulässig, wenn die Dienstkräfte der Sparkasse, die über eine derartige Legitimation durch das Wahlvolk nicht verfügen, ohne jede Mitwirkung der dazu berufenen Vertretung des Gewährträgers Mitglieder in den Verwaltungsrat entsenden.

3. Alle Verwaltungsratsmitglieder sind von der Gewährträgervertretung zu wählen

Die Befürworter der Mitbestimmung rechtfertigen die Urwahl der Dienstkräfte in den Sparkassenverwaltungsrat mit dem Hinweis darauf, daß nur eine Minderheit der Verwaltungsrats-

39) So auch (Nachw. FN 2) Heinevetter, Er. 3 zu § 8 SpkG; Görg, 1972, 411; Püttner, DVBl. 1984, 165; ders., Kommunalwirtschaft 1976, 128; Rothe, Der Städtebund 1970, 93; ders., Kommunalwirtschaft 1976, 124 (125).

mitglieder von den Arbeitnehmern unmittelbar gewählt wird, während der überwiegende Teil des Verwaltungsrates weiterhin über eine ausreichende demokratische Legitimation durch eine Wahl der Gewährträgervertretung verfüge.⁴⁰⁾ Es soll danach genügen, wenn zumindest die Hälfte der Mitglieder ihre Entscheidungsfunktion über eine Legitimationskette auf das Parlament zurückführen kann.⁴¹⁾

Diese Auffassung verkennt, daß die demokratische Legitimation nur durch ineinandergreifende, geschlossene Glieder einer Kette geleistet werden kann, wobei jedes Glied der Kette eine volle Legitimation vermitteln muß. Öffnet sich ein Glied der Kette für andere, nicht an demokratischen Grundsätzen orientierte Wahlsysteme, so zerreißt der Legitimationszusammenhang. Bei Kollegialorganen ist daher eine vollständige Legitimation aller Mitglieder durch die Vertretung als Repräsentativorgan erforderlich, worauf das BVerfG in seinem Urteil zur SH Magistratsverfassung ausdrücklich hingewiesen hat.⁴²⁾ Die gegenteilige Auffassung, es genüge die demokratische Legitimation zumindest der Hälfte der Mitglieder eines Kollegialorgans, kann danach wohl nicht mehr aufrechterhalten werden.⁴³⁾

Im übrigen bestehen angesichts der Tatsache, daß die von der Vertretung gewählten Mitglieder des Sparkassenverwaltungsrates sich in Fraktionen teilen und deren unterschiedliches Abstimmungsverhalten sich wechselseitig weitgehend blockieren kann, vielfältige Möglichkeiten, daß die Stimmen auch nur weniger hinzutretender Verwaltungsratsmitglieder den Ausschlag geben und die Dominanz der parlamentarisch legitimierten Entscheidungsträger verlorengeht.⁴⁴⁾ Denn es ist zu bedenken, daß den Dienstkräften regelmäßig kei-

40) Biebach, 46 m. Hinw. auf Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, 74, und die allerdings nicht einschlägige Entscheidung BVerfGE 24, 268; Ossenbühl, 1972, 44.

41) So ausdrücklich Biebach (FN 2), 62. Die Auffassung wurde insbesondere vor dem Urteil des BVerfG zur SH Magistratsverfassung (BVerfGE 38, 258) und dem Bezirksvertretungsbeschuß des BVerfG (BVerfGE 47, 253) vertreten.

42) BVerfGE 38, 258 (271) (SH Magistratsverfassung).

43) So auch Püttner (FN 2), DVBl. 1984, 165 (167).

44) Görg (FN 2), 1972, 416; Heinevetter, Erl. I 1 zu § 8 SpkG; Zeidler, DVBl. 1973, 719 (724) mit dem Hinweis darauf, daß anderenfalls das Gleichheitsprinzip verletzt würde, weil durch die einseitige Bevorzugung von Betroffenen oder Staatsdienern unzulässige Ungleichgewichte entstehen würden. Diese Bedenken werden auch von den Verfechtern der Mitbestimmung im öffentlichen Unternehmen gesehen, vgl. etwa bei Biebach, 46.

neswegs eine geschlossene Gruppe der von der Vertretung gewählten Mitglieder des Sparkassenverwaltungsrates gegenübersteht.

Durch die zusätzliche Entsendung von Dienstkräften entsteht vielmehr eine Verschiebung der politischen Gewichte, wie sie sich nach dem Wählerwillen in der Zusammensetzung der Vertretung des Gewährträgers widerspiegeln. Dieses Wählervotum wird sozusagen einseitig zugunsten der Dienstkräfte nachträglich verändert, was dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl widerspricht. So gesehen bedeutet jede Entsendung eines nicht durch die Vertretung gewählten Arbeitnehmervertreters in den Sparkassenverwaltungsrat eine Überparität der Dienstkräfte, die zu einer nachträglichen Verfälschung des Wählerwillens führt und daher verfassungsrechtlich unzulässig ist.⁴⁵⁾

4. Kein doppelter Demokratiebegriff

Die erforderliche demokratische Legitimation aller Mitglieder des Verwaltungsrates kann durch eine unmittelbare Wahl durch die Dienstkräfte der Sparkasse nicht geleistet werden. Die in Urwahl gewählten Arbeitnehmervertreter sind vielmehr vor dem Hintergrund eines demokratischen Wahlverfahrens als „Quereinsteiger“ zu bezeichnen, die sich nicht auf eine Wahl unmittelbar durch den Wähler oder kraft mittelbarer Legitimation durch eine Volksvertretung berufen können. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß die Arbeitnehmervertreter von den Dienstkräften der Sparkasse gewählt werden. Die Forderung nach Partizipation der Verwaltungsadressaten durch Beteiligung der Beherrschten an der Ausübung der Herrschaftsmacht⁴⁶⁾ im Sinne eines komplexen Demokratie-modells kann den erforderlichen demokratischen Wahlakt nicht ersetzen.⁴⁷⁾ Auch besondere fachliche

Kenntnisse, wie sie bei den Arbeitnehmervertretern vielfach in hohem Maße vorhanden sein mögen⁴⁸⁾, dürfen nicht dazu führen, das verfassungsrechtliche Demokratieprinzip außer Kraft zu setzen. Für eine „Betroffendendemokratie“, für die Wende zur „Rätedemokratie“, für die Rückkehr zum „Ständestaat“ oder für andere Formen nicht auf den Wählerwillen zurückgehender und damit nicht demokratisch legitimierter Partizipation ist nach dem Vorstellungsbild des GG im Bereich der Ausübung staatlicher Gewalt durch die öffentliche Verwaltung kein Platz.⁴⁹⁾ Das auf dem Gruppenprinzip beruhende Mitbestimmungsmodell der Privatwirtschaft kann daher wegen der gebotenen Rückführbarkeit staatlicher Machtausübung auf die Wahlentscheidung des Bürgers und wegen des Verbots der einseitigen Korrektur des Wählerwillens im Bereich der öffentlichen Unternehmen nicht verwirklicht werden.

V.

Mitbestimmung in der Privatwirtschaft und in öffentlich-rechtlichen Unternehmen nicht vergleichbar

Die Mitbestimmungsmodelle der Privatwirtschaft lassen sich auf die öffentlich-rechtlichen Unternehmen nicht übertragen, da beide Organisationsformen miteinander nicht vergleichbar sind. Das Mitbestimmungsurteil des BVerfG⁵⁰⁾ hat daher auch keine Vorentscheidung zugunsten der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen getroffen.⁵¹⁾

Im Mitbestimmungsurteil ging es darum, die politischen Forderungen nach

einer Mitbestimmung der Arbeitnehmer an den Grundrechten der Unternehmer und Anteilseigner (Art. 2, 12, 14 und 9 Abs. 3 GG) zu messen. Das BVerfG erklärte in dieser verfassungsrechtlichen Abwägung die Mitbestimmung in der Privatwirtschaft für zulässig, weil nicht in die Eigentums-substanz und in die Verfügungsbefugnis des Eigentümers eingegriffen werde, das Anteilseigentum gegenüber dem Sacheigentum einen geringeren personalen Bezug habe und die Unternehmensanteile ohnehin zu meist gesamthänderisch gebunden seien.

Im öffentlich-rechtlichen Unternehmen ist die Ausgangslage völlig anders gelagert: Die öffentliche Verwaltung hat einen speziellen öffentlich-rechtlich ausgerichteten Auftrag und ist gemeinwohl-verpflichtet.⁵²⁾ Ihre leitenden Organe in Bund, Ländern und Gemeinden sind auf demokratische Legitimation angewiesen. Die privaten Unternehmen sind demgegenüber auf Gewinnerzielung und Privatnützigkeit angelegt. Sie finden ihre Legitimation in sich selbst, sind autonome, binnengerechtere Organisations-einheiten.⁵³⁾ Öffentlich-rechtliches Verwaltungshandeln bedarf demgegenüber einer vom Volk abgeleiteten, demokratischen Legitimation, sozusagen einer heteronomen Determination und Außensteuerung, die nur durch den Wähler oder die von ihm gewählten Organe geleistet werden kann. Demokratisch organisierte Gemeinwesen sind — auch wenn sie wirtschaftlich auftreten — etwas grundsätzlich anderes als privatnützig handelnde Unternehmer. Mit der danach für die öffentliche Verwaltung erforderlichen demokratischen Legitimation vertragen sich keine singulären Gruppeninteressen oder Sonderrechte bestimmter privilegierter Bevölkerungsteile.⁵⁴⁾ Die direkte (unternehmerische) Mitbestimmung im öffentlichen Dienst würde daher nur vordergründig und scheinbar die Demokratisierung vergrößern. In Wahrheit führt sie zu einer entscheidenden Schwächung der am Wählerwillen ausgerichteten demo-

52) Biebach (FN 2), 1983, 30; Püttner, AfK 1974, 251 (256); ders., DöV 1973, 697 (700): öffentliche Aufgabe versus Gewinnerzielung.
53) Biedenkopf/Säcker (FN 2), 220, 233, 238; Püttner, 1972, 43; Leisner, 1970; Obermayer, Verfassungsrechtliche Probleme der direkten paritätischen Mitbestimmung in kommunalen Aktiengesellschaften der Leistungsverwaltung, RiA 1973, 81; Ritter (FN 2), JZ 1972, 107.
54) Püttner (FN 2), DVBl. 1984, 165 (167); ders., AfK 1974, 251 (256); Walter Schick, Beamtenrecht — Beamtentum — Beamte, JZ 1970, 449 (450).

45) Schmitt Glaeser, DöV 1974, 152 (155); Schneider, DöV 1972, 598 (604). Das am Verhältniswahlrecht ausgerichtete Kommunalwahlrecht zwingt vielmehr dazu, das politische Kräfteverhältnis der Vertretung des Gewährträgers auch in den von ihr zu besetzenden, mit der Wahrnehmung öffentlicher Gewalt ausgestatteten Gremien abzubilden, vgl. dazu Stürer (FN 5), StuGR 1981, 243 (248); ders., (FN 2), Verwaltungsrundschau 11/1985.
46) Vgl. zu diesen Formen des Demokratieprinzips Biebach (FN 2), 59; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts für die Bundesrepublik Deutschland, 57, 78; Püttner, Gutachten 1972, 49; Großmann/Mönch/Rohr, BPersVG-Kommentar, 1984, Einf. 55; Martin Kriele, Das demokratische Prinzip im GG, VVDStRL 29 (1971), 46.
47) Heinevetter (FN 2), Erl. 3 zu § 8 SpkG; Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), 179 (346).

48) Darauf verweisen etwa Biebach (FN 2), 59 und Püttner, DVBl. 1984, 165 (168).
49) Biedenkopf/Säcker (FN 2), ZfA 1971, 211 (218); Kisker, DöV 1972, 520; Gerhard Leibholz, Das Prinzip der Selbstverwaltung und der Art. 28 Abs. 2 GG, DVBl. 1973, 715; Pressmar, Kommunalwirtschaft 1973, 449 (450); Püttner, Gutachten 1972, 39; ders., Kommunalwirtschaft 1976, 128 (131); Ritter, JZ 1972, 107 (111); Zeidler, DVBl. 1973, 719 (720).
50) BVerfG, Ur. v. 1. 3. 1979 — 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 — BVerfGE 50, 290; vgl. auch Badura/Rittner/Rüters, Mitbestimmungsgesetz 1976 und GG, München 1977; Hans Jürgen Papier, ZBR 142 (1978), 71; Rupert Scholz, Paritätische Mitbestimmung und GG, Berlin 1974; Gunther Schwerdtfeger, Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und GG, Frankfurt am Main 1972.
51) Püttner (FN 2), DVBl. 1984, 165 (166); Scholz, ZBR 1980, 297.

kratischen Legitimation. Nicht ein Mehr an Demokratie, sondern — aus der Sicht des Wahlbürgers — ein Weniger an Demokratie wäre die unabwendbare Folge. An die Stelle einer Legitimation durch die Gesamtheit der Wahlbürger träte eine nur noch auf Gruppeninteressen sich gründende Ableitung der Entscheidungsbeurteilungen. Dieses Demokratiemodell aber entspricht nicht der Verfassung.⁵⁵⁾ Eine Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen, die über die betriebliche Ebene der arbeitstechnischen Organisation und der Personalangelegenheiten hinausgeht und zur direktiven (unternehmerischen) Mitbestimmung wird, ist daher verfassungswidrig.

Auch der die Privatwirtschaft kennzeichnende Gegensatz von Kapital und Arbeit läßt sich in der öffentlichen Verwaltung nicht erkennen.⁵⁶⁾ An die Stelle der Fremdbestimmung tritt die Gemeinwohlverpflichtung, die nicht nur den staatlichen Organen, sondern auch den im öffentlichen Dienst Beschäftigten eine besondere Orientierung verleiht. Ein besonderes Versorgungssystem, weitgehender Schutz vor Kündigung, Arbeitslosigkeit oder Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers sind zusätzlicher Ausdruck dieser Sonderstellung, die dem Staatsdiener eingeräumt wird — Besonderheiten, die im privaten Unternehmen nicht ebenso selbstverständlich sind.⁵⁷⁾

Vor allem aber würde die direkte Mitbestimmung im Verwaltungsrat der Sparkassen die erforderlichen Einwirkungsmöglichkeiten des kommunalen Gewährträgers unzulässig einschränken. Bei der Vielzahl von wichtigen Leitungs- und Kontrollfunktionen, die dem Sparkassenverwaltungsrat zukommen, wäre es mit dem Gedanken einer eigenverantwortlichen kommunalen Selbstverwaltung nicht vereinbar, wenn auch nur ein Teil der Verwaltungsratsmitglieder an der Vertretung des Gewährträgers vorbei von den Dienstkräften der Sparkasse gewählt würde und das demokratisch gewählte Repräsentativorgan einen entscheidenden Teil seines Einflusses verlore. So gesehen sichert die Wahl

aller Verwaltungsratsmitglieder durch die Vertretung des Gewährträgers die erforderliche kommunale Ingerrenzmöglichkeit und leistet einen entscheidenden Beitrag dazu, daß das Betätigungsfeld der Sparkasse als Teil der Kommunalwirtschaft den Gemeinden und Gemeindeverbänden erhalten bleibt.⁵⁸⁾

VI.

Verstoß gegen das Verfassungsverbot der Inkompatibilität

Die Wahl von Dienstkräften in den Verwaltungsrat der Sparkasse verstößt auch gegen den Grundsatz der Inkompatibilität. Der in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG niedergelegte Gewaltenteilungsgrundsatz untersagt dem Gesetzgeber, durch die Ausgestaltung des Wahlrechts Unvereinbarkeit von Amt und Mandat zu begründen. Nach diesen Grundsätzen ist es verfassungsrechtlich unzulässig, daß die Dienstkräfte der Sparkasse als Verwaltungsratsmitglieder sich selbst kontrollieren.

1. Inkompatibilitäts-Begründungsverbot

Der allgemeine Wahlrechtsgrundsatz, wonach den Staatsbürgern das aktive und passive Wahlrecht in möglichst gleicher Weise zu gewähren ist⁵⁹⁾, findet am Grundsatz der Gewaltenteilung seine Grenze. Um eine Funktioneentrennung der Staatsgewalten zu gewährleisten, kann nach Art. 137 Abs. 1 GG die Wählbarkeit von Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes beschränkt werden. Diese Inkompatibilitätsregelung⁶⁰⁾ dient der

Sicherung einer organisatorischen Gewaltenteilung gegen Gefahren, die aus einer Personalunion von Exekutive und Abgeordnetenmandat entstehen können. Verwaltungsbeamte sollen daher nicht derjenigen gewählten Vertretung angehören, der eine Kontrolle über ihre Dienststelle obliegt. Das Kontroll-, Gesetzgebungs- und Beschlußorgan (Legislative) soll von dem Verwaltungs-, Ausführungs- und Vollzugsorgan (Exekutive) getrennt werden.⁶¹⁾ Ein Bundesbeamter kann danach nicht gleichzeitig dem Bundestag, ein Landesbeamter nicht gleichzeitig dem Landtag und ein Gemeindebeamter⁶²⁾ nicht gleichzeitig der Vertretung seiner Gemeinde angehören.⁶³⁾ Eine Wahlrechtsbeschränkung ist auch für Gemeindebedienstete bei Kreistags-⁶⁴⁾, Landtags- oder Bundestagswahlen gesetzlich einführbar, weil auch hier Kollisionen zwischen Kontroll- und Ausführungsfunktionen denkbar sind.⁶⁵⁾

Der Gesetzgeber ist daher zur Sicherung der Gewaltenteilung und der

Kommentar (Loseblatt), Erl. 1 zu Art. 137 GG; Stern, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, § 10 II 5 (317) und § 11 III (360); Sturm, Die Inkompatibilität, 1967; C. H. Ule, VerwArch. Bd. 62 (1971), 271; für den kommunalen Bereich Dagoglou, Befangenheit und Funktionenhäufung in der Verwaltung, (Schüler-)Festgabe für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag (1967), Hrsg. Karl Doehring, 65 (72); Hausmann, Die Inkompatibilität im Gemeindeverfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1976; Hofmeister, Interessenkollision nach deutschem Gemeindeverfassungsrecht, Diss. jur., Göttingen 1955, 120; Marré, Befangenheit im Verwaltungsverfahren, Diss. jur., Münster 1960, 59; Scheffel, Kommunalwirtschaftliche Inkompatibilität, 1977; Schirrmann, Die Inkompatibilität im kommunalen Bereich, Diss. jur., Göttingen 1972, 64.

- 61) BVerfG, B. v. 17. 1. 1961 — 2 BvR 547/60 — BVerfGE 12, 73; v. 27. 10. 1964 — 2 BvR 319/61 — BVerfGE 18, 172; v. 5. 11. 1975 — 2 BvR 193/74 — BVerfGE 40, 296. Stern, Staatsrecht I (FN 60): Der Rückgriff auf das Gewaltenteilungsprinzip und seine Bedeutung lenken in der Tat auf das Grundanliegen der Vorschrift hin. Vgl. zum Gewaltenteilungsgrundsatz auch Stern, Staatsrecht II, 1980, § 36.
- 62) Vgl. dazu VGH Bay., Urt. v. 11. 2. 1976 — 243 IV 74 — DöV 1976, 752; Hofmeister (FN 60), 123. So soll auch derjenige, der Zahlungen anweist, nicht gleichzeitig die Kasse führen, Marré (FN 60), 60. Der Leiter des Rechnungsprüfungsamtes darf nicht gleichzeitig Mitglied der Gemeindevertretung sein, so Linden, Der Ausschluß bei Interessenkollision nach § 23 GO NW, Diss. jur., Köln 1970, 12.
- 63) Der Sinn der Gewaltenteilung liegt dabei darin, daß die Organe der Legislative, Exekutive und Judikative sich gegenseitig kontrollieren und begrenzen, damit die Staatsmacht gemäßigt und die Freiheit des einzelnen geschützt wird, vgl. BVerfGE 9, 286 (279) (Brem. Personalvertretungsgesetz). Auf den untrennbaren Zusammenhang von Gewaltenteilung und Inkompatibilitätsregelungen wird auch in der Entscheidung BVerfGE 44, 124 (140) (Wahlwerbung) hingewiesen.
- 64) BVerfG (FN 60), BVerfGE 12, 73 (77).
- 65) BVerfG (FN 60), BVerfGE 18, 172 (183); BVerfGE 40, 296. Wegen des wesentlich geringeren Umfangs der denkbaren Pflichtenkollisionen ist die Mitgliedschaft eines Gemeindebediensteten in dieser Vertretung jedoch nicht von vornherein verfassungswidrig, so Wahlprüfungsgericht beim Landtag Rh.-Pf. (FN 60), JZ 1968, 459 (460), sowie BVerfG, Urt. v. 19. 10. 1955 — V C 259/54 — BVerfGE 4, 1 (2), sie kann lediglich durch den Gesetzgeber beschränkt werden.

58) Heinevetter (FN 2), Erl. 3 zu § 8 SpkG.
59) BVerfG, B. v. 17. 1. 1971 — 2 BvR 547/60 — BVerfGE 12, 73.

60) Vgl. dazu BVerfGE 8, 326; BVerfG, Urt. v. 12. 7. 1960 — 2 BvR 373, 442/60 — BVerfGE 11, 266; v. 17. 1. 1961 — 2 BvR 547/60 — BVerfGE 12, 73; v. 27. 10. 1964 — 2 BvR 319/61 — BVerfGE 18, 172; v. 3. 12. 1968 — 2 BvE 1, 3, 5/67 — BVerfGE 24, 300 (341); v. 6. 10. 1970 — 2 BvR 225/70 — BVerfGE 29, 154 (164); v. 11. 10. 1972 — 2 BvR 912/71 — BVerfGE 34, 81 (98); v. 21. 1. 1975 — 2 BvR 193/74 — BVerfGE 38, 326 (339); v. 5. 11. 1975 — 2 BvR 193/74 — BVerfGE 40, 296 m. abw. M. Seuffert, 330; BVerfGE 42, 312; BVerfGE 48, 64; BVerfG DVBl. 1981, 865; BVerfG, NJW 1982, 161; StGH Ba.-Wü., v. 13. 2. 1969 — GR 1 u. 2/69 — DöV 1970, 239; StGH Hess., Urt. v. 7. 1. 1970 — P-St. 539 — DöV 1970, 243; VerfGH Bay., Urt. v. 25. 3. 1970 — Vf. 115 — VII — 69 — DöV 1970, 486; Urt. v. 11. 2. 1976 — 243 IV 74 — DöV 1976, 752; Wahlprüfungsgericht beim Landtag Rh.-Pf., Urt. v. 19. 12. 1967, JZ 1968, 459; StGH Bremen, Urt. v. 15. 1. 1975 — St 3/1973 — NJW 1975, 635; Leibholz/Rinck, GG-Kommentar, Erl. 1 ff. zu Art. 137 GG; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG-Kommentar, Erl. 1 ff. zu Art. 137; Maunz/Dürig/Herzog, GG-

55) Püttner (FN 2), Gemeinwirtschaft und Mitbestimmung, 181 (182); ders., Kommunalwirtschaft 1976, 128 (130); Ritter, JZ 1972, 107 (111); Schneider, DöV 972, 598 (604).

56) Biebach (FN 2), 9; Friedhelm Farthmann, Mitbestimmung der Belegschaft und öffentliches Interesse, 138 (142); Heinevetter, Erl. 1 zu § 8 SpkG; Pressmar, Kommunalwirtschaft 1973, 449 (453); Püttner, DVBl. 1984, 165 (169); ders., 1972, 181 (182); SGK-Forum, Nr. 5/81, 3.

57) Zeidler (FN 2), DVBl. 1973, 719 (725).

Funktionsfähigkeit des staatlichen Gesamtsystems verpflichtet, bei der Gestaltung des Wahlrechts dafür Sorge zu tragen, daß Unvereinbarkeiten von Amt und Mandat nicht eintreten können und die zu Kontrollierenden nicht die Möglichkeit erhalten, sich in ihrer Eigenschaft als Bedienstete der zu überwachenden Verwaltung selbst zu kontrollieren. So gesehen enthält Art. 137 Abs. 1 GG nicht nur eine Ermächtigung an den einfachen Gesetzgeber, die Wählbarkeit bestimmter Personengruppen einzuschränken.⁶⁶⁾ Der Gewaltenteilungsgrundsatz verpflichtet den Gesetzgeber vielmehr, alles zu unterlassen was zu einer Begründung von Unvereinbarkeiten im Blick auf Amt und Mandat beiträgt.⁶⁷⁾ Gegen dieses Gebot hat der Landesgesetzgeber verstoßen, indem er die von den Dienstkräften der Sparkasse gewählten Arbeitnehmervertreter zu Mitgliedern des Sparkassenverwaltungsrates erklärt und ihnen somit die Möglichkeit eröffnet, sich über den Verwaltungsrat selbst zu kontrollieren.

Die Landesgesetzgeber haben auch sonst durch weitausgreifende Inkompatibilitäts- und Befangenheitsregelungen verdeutlicht, daß ihnen die Verhinderung einer Interessenkollision bei der Wahrung kommunaler Aufgaben ein besonderes Anliegen ist. Von diesen hohen Anforderungen, die im Interesse der Unvoreingenommenheit der Kommunalverwaltung und zur Wahrung des Ansehens öffentlicher Verwaltung verfassungsrechtlich unverzichtbar sind, würde durch die Urwahl der Arbeitnehmervertreter in den Sparkassenverwaltungsrat eine unzulässige Ausnahme gemacht. Wenn in den letzten Jahren die Vorbehalte der Bürger gegenüber dem staatlichen Gemeinwesen zugenommen haben sollten, so ist dafür nicht zuletzt die Organisation staatlicher Verwaltung nach „Seilschaften“ verantwortlich, bei denen es darum

66) BVerfG (FN 60), BVerfGE 48, 64 (85).

67) Vgl. zu der verfassungsrechtlichen Pflichtverpflichtung des Gesetzgeber Stern, Staatsrecht I (FN 60), § 10 II 5 (317).

geht, die öffentlich-rechtlichen Gremien je nach Interessenzugehörigkeit zusammensetzen. Dem hierdurch entstehenden Anschein einer unsachgemäßen Interessenverknüpfung muß der Gesetzgeber durch Regelungen entgegenwirken, die eine eindeutige Herleitung der Entscheidungsbefugnisse vom Wählerwillen sicherstellen.

2. Dienstkräfte als Verwaltungsratsmitglieder kontrollieren sich selbst

Die in den Verwaltungsrat gewählten Dienstkräfte der Sparkasse sind auf vielfältige Weise in der Lage, an ihrer eigenen Kontrolle und an Entscheidungen mitzuwirken, die sie in ihrer Dienststellung und bei ihrer täglichen Arbeit unmittelbar betreffen. Eine Parallele zu Gemeindebediensteten als Mitglieder in ihrem Gemeinderat liegt auf der Hand.

Der Verwaltungsrat als oberstes Leitungs- und Kontrollorgan der Sparkasse ist für die Bestellung des Vorstandes und deren Stellvertreter sowie für die Berufung von dessen Vorsitzenden zuständig. Der Vorstand aber entscheidet über die Anstellung, Höhergruppierung und Entlassung der bei der Sparkasse tätigen Angestellten und Arbeiter und ist deren Dienstvorgesetzter. Die Dienstkräfte der Sparkasse können daher in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Verwaltungsrates selbst über die Bestellung oder Vertragsverlängerung ihres Dienstvorgesetzten entscheiden.⁶⁸⁾ Der Verwaltungsrat beschließt ferner auf Vorschlag des Vorstandes über den Stellenplan der Sparkasse. Die Dienstkräfte der Sparkasse sind dabei in der Lage, Ansprüche des Personalrates, die im Beteiligungsverfahren nach § 75 Nr. 1 LPVG nicht durchgesetzt werden konnten, erneut bei der Beschlußfassung durch den Verwaltungsrat zur Sprache zu bringen. Zugleich ist diese doppelte Einwirkungsmöglichkeit ein Beleg für die Verschiebung der politischen Kräfteverhältnisse, die der Wahlentscheidung entsprechen.

68) Vgl. etwa §§ 13, 22 SpkG NW sowie Heinevetter (FN 2), Erl. I 1 zu § 13 SpkG.

Diese und andere Beispiele⁶⁹⁾ zeigen, daß ein Mitglied des Sparkassenverwaltungsrates nicht zugleich Bediensteter der Sparkasse sein kann. Dies ließe sich mit dem Grundsatz der Unvereinbarkeit von Amt und Mandat und dem Grundsatz der Funktionentrennung⁷⁰⁾ von Kontrollierendem und Kontrolliertem nicht vereinbaren. Auch darf dieselbe Organisation, die einerseits Mitbestimmungsträger ist und Arbeitnehmervertreter stellt, nicht zugleich im Verwaltungsrat als demjenigen Organ der Sparkasse vertreten sein, gegen die sich die Forderung nach Mitbestimmung richtet.⁷¹⁾

Die Einführung der Urwahl der Arbeitnehmervertreter in den Verwaltungsrat der Sparkasse ist daher verfassungswidrig, weil die über die Vertretung des Gewährträgers zu schließende Legitimationskette unterbrochen wird, mit den Dienstkräften der Sparkasse Kontrollierende und Kontrollierte personenidentisch sind und die ständige Interessenkollision geradezu auf der Tagesordnung des Verwaltungsrates steht. Die Urwahl der Arbeitnehmervertreter in den Sparkassenverwaltungsrat aber auch die Bindung der Gemeindevertretung an den Wahlvorschlag der Beschäftigten etwa bei der Wahl des Werksausschusses für kommunale Eigenbetriebe verstößt gegen das Recht der kommunalen Selbstverwaltung, das Demokratiegebot und gegen das aus dem Rechtsstaats- und Gewaltenteilungsprinzip abzuleitende Verbot der Inkompatibilität.⁷²⁾

69) Als Mitglieder des Verwaltungsrates können die Dienstkräfte der Sparkasse etwa auch bei der Gewährung eines zusätzlichen Monatsgehaltes mitstimmen und dadurch auf ihre eigenen Gehaltsverhältnisse unmittelbar Einfluß nehmen, vgl. Görg (FN 2), 1972, 411 (417). Durch die Bestimmung der Richtlinien der Geschäftspolitik können die Mitglieder des Verwaltungsrates an Entscheidungen mitwirken, die sie in ihrer Eigenschaft als Dienstkräfte der Sparkasse in Tagesarbeit umzusetzen haben.

70) Stürer (FN 5), StuGR 1981, 243.

71) Biedenkopf/Säcker (Fn. 2), ZfA 1971, 211 Heinevetter (FN 2), Erl. I 4 zu § 8 SpkG.

72) Die entsprechenden Regelungen etwa in § 10 Abs. 2 SpkG und § 93 Abs. 3 GO NW im Mitbestimmungs-Artikelgesetz v. 26. 6. 1984 (GV NW 362) sind daher verfassungswidrig.