

A/1

DGB-Landesbezirk NW
ÖTV-Bezirke NW I und NW II



Bochum, den 1. März 1989

Stellungnahme

zu den Gesetzentwürfen der Landesregierung NW zur Änderung der landesgesetzlichen Vorschriften über die Wasserwirtschaftsverbände

Unter Bezugnahme auf die Stellungnahme des DGB und der Gewerkschaft ÖTV vom 24. Februar 1989 geben wir zu den einzelnen Vorschriften der vorliegenden Gesetzentwürfe folgende Stellungnahme ab:

A - Gesetzentwurf zur Änderung der landesgesetzlichen Vorschriften über die Wasserverbände im Einzugsgebiet der Ruhr (Ruhrverbändegesetz)

Zu § 6 Abs. 1

In § 6 Abs. 1 Ziff. 5 ist die Zahl drei Mitglieder durch die Zahl 6 Mitglieder zu ersetzen. Im 2. Satz muß es dann heißen, 'die verbleibenden acht Vorstandssitze verteilen sich ...

Zu § 6 Abs. 2

§ 6 Abs. 2 soll folgende Fassung erhalten:
Die Mitglieder des Vorstandes nach Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 werden von der Versammlung aus einem Vorschlag des Personalrats des Ruhrverbandes gewählt. Der Vorschlag soll mindestens die doppelte Anzahl der wählenden Vorstandsmitglieder enthalten. Der Personalrat beschließt in gemeinsamer Abstimmung Vorschläge für die Vertreter der Angestellten und der Arbeiter des Ruhrverbandes betreffenden Personen, die in einem Beschäftigungsverhältnis zum Verband stehen. In einem getrennten Wahlgang beschließt der Personalrat in gemeinsamer Abstimmung über seinen Vorschlag für zwei weitere Arbeitnehmervertreter im Vorstand, die nicht Beschäftigte des Ruhrverbandes sind. Dieser Wahlgang erfolgt auf Grund von Vorschlägen der im Ruhrverband vertretenen Gewerkschaften.

Satz 3 in Abs. 2 soll wegfallen.

Zu § 6 Abs. 6

Hier sollte geregelt werden, daß von dem Drittel der ausscheidenden Mitglieder des Vorstandes alle Vorstandsgruppen gleichermaßen betroffen sind, so daß nicht z.B. die Gesamtheit der Arbeitnehmervertreter zum 31. Dezember eines Jahres mit ungerader Jahreszahl ausscheiden würde.

Zu § 13 Abs. Abs. 1, 2 und 6

Hier müßten die Änderungen, die für § 6 vorgeschlagen wurden, entsprechend berücksichtigt werden.

Zu § 25 Abs. 2

Satz 2 soll folgende Fassung erhalten:
Der Geschäftsführer, der insbesondere für personelle und soziale Angelegenheiten des Verbandes zuständig ist, kann nicht gegen die Stimmen der Mehrheit der Arbeitnehmervertreter im Vorstand gewählt werden.

Zu § 19 Abs. 5

Folgende Neufassung wird vorgeschlagen:

Für den Bediensteten gem. § 17 Abs. 1 Satz 4 gilt Abs. 2, 1. Halbsatz und Satz 2 sowie Abs. 3 entsprechend. In den übrigen Gesetzentwürfen wird ausdrücklich davon Abstand genommen, daß der für Personal- und Sozialangelegenheiten zuständige Geschäftsführer auch die für den Eintritt in den höheren Dienst in der Landesverwaltung erforderliche Staatsprüfung abgelegt haben muß. Da dies auch für den leitenden Bediensteten gem. § 17 Abs. 1 gelten soll, muß eine entsprechende Ergänzung in § 19 Abs. 5 erfolgen.



Klaus Orth

Zu § 25 Abs. 3

Satz 2 soll folgende Fassung erhalten:

Für die Abberufung des gem. Abs. 2 Satz 2 gewählten Geschäftsführers aus einem wichtigen Grund ist Abs. 2 Satz 2 entsprechend anzuwenden.

B - Gesetzentwurf über die EmschergenossenschaftZu § 15 Abs. 1 und 2

Hier sollen die gleichen Änderungen eingefügt werden, wie zu § 6 des Ruhrverbändegesetzes.

Zu § 15 Abs. 6

Im letzten Satz ist eine Ergänzung dahingehend vorzunehmen, daß eine Ersatzwahl für den Rest der Amtszeit nur dann vorzunehmen ist, wenn kein stellvertretendes Vorstandsmitglied gem. § 15 Abs. 4 gewählt wurde. Wurden stellvertretende Vorstandsmitglieder gewählt, treten diese für den Rest der Amtszeit in den Vorstand ein.

Zu § 16 Abs. 2 Satz 2

Hier ist die Regelung wie in § 25 Abs. 2 Satz 2 des Ruhrverbändegesetzes zu übernehmen.

Zu § 16 Abs. 3

Hier gilt das gleiche. Auch hier soll die Regelung wie für § 25 Abs. 3 Ruhrverbändegesetz vorgeschlagen wurde, übernommen werden.

C - Gesetzentwurf über den LippeverbandZu § 16 Abs. 1 und 2

Hier ist eine Regelung zu übernehmen wie zu § 6 Ruhrverbändegesetz vorgeschlagen wurde.

Zu § 16 Abs. 6

Hierzu wird eine Regelung vorgeschlagen wie zu § 6 Abs. 6 Ruhrverbändegesetz vorgeschlagen wurde.

Zu § 17 Abs. 2

Hierzu gilt das gleiche wie zu § 25 Abs. 2 Ruhrverbändegesetz.

Zu § 17 Abs. 3

Hierzu gilt das gleiche wie zu § 25 Abs. 3 Ruhrverbändegesetz.

D - Gesetzentwurf über den Wasserverband Eifel-RurZu § 16 Abs. 1 und 2

Hierzu gilt das gleiche wie zu § 6 Abs. 1 und 2 Ruhrverbändegesetz.

Zu § 16 Abs. 5

Hierzu gilt sinngemäß das gleiche wie zu § 6 Abs. 5 Ruhrverbändegesetz.

Zu § 17 Abs. 1

Hier gilt sinngemäß das zu § 25 Abs. 2 Ruhrverbändegesetz ausgeführte.

Zu § 17 Abs. 2

Hierzu gilt sinngemäß das zu § 25 Abs. 3 Ruhrverbändegesetz ausgeführte.

MM Z 10 / 2542

414

Direktive Mitbestimmung und demokratische
Legitimation bei sondergesetzlichen Wasserverbänden

Rechtsgutachten
der
Hans-Böckler-Stiftung
erstattet

von
Universitätsprofessor Dr. jur. Klaus Dammann
Universität Bielefeld
Februar 1989

Gliederung:

A SACHVERHALT

MM Z 10 / 2542

B PROBLEM

C VERSTOSS GEGEN EINFACHES RECHT?

D VERFASSUNGSRECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT DIREKTIVER
MITBESTIMMUNG IN NICHT-GEBIETSKÖRPERSCHAFTEN?I. Demokratische Legitimation (Art. 20 GG)?

1. Selbstverwaltungsthese
2. These der Legitimationsübertragung durch Gesetzgebung
3. Teilvolksthese
4. These der abgestuften Stringenz des Demokratieprinzips
5. These der In-Sich-Legitimation
6. Mehrheitsthese
7. These formaler Legitimation
8. Gemeinwohlbindungsthese
9. Entmischungsthese
10. Abhängigkeitsthese
11. These rechtlicher Entscheidungsfreiheit

- II. Willkürverbot als Schranke (Art. 3 GG)
- III. Selbstverwaltungsrecht der öffentlichen Zwangsglieder als Schranke (Art. 28 GG)
- IV. Grundrechte der privaten Zwangsglieder als Schranke (Art. 2 GG)?
- V. Gewaltenteilung als Schranke (Art. 20 GG)?

E VERFASSUNGSRECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT DER FÜR WASSERVERBÄNDE VORGESEHENEN UND GEFORDERTEN MITBESTIMMUNG

- I. Besonderheiten der sondergesetzlichen Wasserverbände gegenüber anderen Nicht-Gebietskörperschaften
 - 1. Selbstverwaltungseignung des wasserverbandlichen Arbeitnehmer-Teilvolks (Art. 20 GG)?
 - 2. Ungleiche Doppelpräsentation der Arbeitnehmer durch Arbeitnehmervertreter und kommunale Vertreter (Art. 3, 20 GG)?
 - 3. Willkürliche Beschränkung des wasserverbandlichen Arbeitnehmer-Teilvolks auf Selbstverwaltung im Vorstand? Willkürlicher Ausschluß von Beamtenmitbestimmung? Willkürlicher Ausschluß der Arbeitnehmervertreter vom Vorstandvorsitz? (Art. 3 GG)
 - 4. Verfassungswidriger Eingriff in die wasserwirtschaftlichen Aufgaben der kommunalen Zwangsglieder (Art. 28 GG)?
 - 5. Grundrechtsbeeinträchtigung der privaten Zwangsglieder durch Ausgeliefertsein an "Nicht-Mitglieder" oder "Fremde" (Art. 2 GG)?

II. Folgerungen für das vorgesehene und geforderte Ausmaß an Mitbestimmung

1. Mitbestimmte Entscheidungen
2. Herkunft der Arbeitnehmervertreter
3. Wahlgremien
4. Wahlverfahren
5. Anteil der Arbeitnehmervertreter

A SACHERVERHALT

Dem Gutachten liegen die Gesetzentwürfe der Landesregierung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 16.12.1988

- Gesetz über den Lippeverband (Landtag NW Drucksache 10/3918)
- Gesetz über den Wasserverband Eifel-Rur (Landtag NW Drucksache 10/3919)
- Gesetz über die Emschergenossenschaft (Landtag NW Drucksache 10/3920) zugrunde.
- Ein Referentenentwurf zu
- einem Gesetz über die Linksniederrheinische Entwässerungsgenossenschaft (LINEG), zu dem Püttner (Rechtsgutachten) Stellung genommen hat, lag nicht vor.

Zu dem Gutachten konnte zu folgenden vorher erstatteten Gutachten noch Stellung genommen werden:

- Hoppe/Beckmann 1988 (offenbar identisch mit einem

Gutachten aus 1988 von Hoppe für den Abwasserverband Rur)

- Salzwedel 1988 (offenbar erstattet für die Landesregierung NW)
- Friauf Januar 1989 (erstattet für den Talsperrenverband Eifel-Rur)
- Püttner Dezember 1988 (erstattet für die LINEG)

Die Gesetzentwürfe enthalten folgende Arbeitnehmer-Mitbestimmungsregeln bzw. verweigern sie:

1. Keine Mitbestimmung in dem obersten Direktionsorgan der Wasserverbände, der Verbandsversammlung. Es handelt sich hier um das "volksvertretungsähnliche" Organ oder mit der neueren Begrifflichkeit (vgl. unten D I 3) um die Vertretung des "Teilvolks" oder der "Teilmölker".
2. Mitbestimmung durch 3 von 18 Vertreter auf der zweitobersten Ebene, dem Vorstand, der (vgl. §§ 17 LippVG, 16 Eifel-Rur VG und Emscher GG)
 - die Entscheidungen der Verbandsversammlung vorbereitet (z.B. Satzungsentwurf, Haushaltsplanentwurf, Entwurf von Veranlagungsbestimmungen)
 - aber auch eigene Entscheidungen endgültig trifft, z.B. die Wahl der Geschäftsführer, Abschluß und Kündigung von Tarifverträgen, Festsetzung der Beiträge.

Es sind je ein Vertreter der Arbeiter und der Angestellten zu wählen sowie ein Externer, d.h. ein Arbeitnehmervertreter, "der nicht Beschäftigter des Verbandes ist". Diese drei Arbeitnehmervertreter werden "auf Vorschlag des Personalrates des Verbandes" von der Verbandsversammlung ge-

wählt. Der Vorschlag muß mindestens die doppelte Anzahl der zu wählenden Vorstandmitglieder enthalten (§§ 16 LippVG, Eifel-Rur VG, ähnlich 15 Emscher GG)

Die Arbeitnehmervertreter können im Lippeverband auch Vorstandsvorsitzender oder dessen Stellvertreter werden, nicht aber in der Emschergenossenschaft und im Eifel-Rur-Verband.

Der Eifel-Rur-Verband hat das Recht, Beamte zu haben. Ein Beamtenvertreter im Vorstand ist nicht vorgesehen (vgl. §§ 19, 16 Eifel-Rur G).

3. Mitbestimmung auf der nächst niedrigeren Ebene, der Geschäftsführung: "Für die Wahl des Geschäftsführers, der insbesondere für personelle und soziale Angelegenheiten des Verbandes zuständig ist, ist eine einvernehmliche Entscheidung anzugeben". Das gilt auch für die Abberufung (§§ 17 LippVG, ähnlich § 16 Emscher GG). Für den Eifel-Rur-Verband ist keine entsprechende Bestimmung vorgesehen. Er hat nur einen Geschäftsführer (§ 19 Eifel-Rur VG). D. h. dieser Geschäftsführer soll (in der Terminologie des privaten Sektors) "Arbeitsdirektor", soll vom Vertrauen der Arbeitnehmervertreter getragen sein.

Die skizzierten Mitbestimmungsregelungen entsprechen nicht den Forderungen des Deutschen Gewerkschaftsbundes. In früheren Referentenentwürfen vorgesehene Regelungen sind laut Darstellung in den Gutachten von Salzwedel (S. 11), Püttner (S. 3ff) und Friauf (S. 9 sowie ergänzende Bemerkungen hinter S. 147) sukzessive zurückgenommen worden. Es scheint jedenfalls zum Eifel-Rur-Verband, der unter Auflösung zahlreicher älteren Verbände neu gegründet wird, viele Entwürfe gegeben zu haben. In früheren Entwürfen sollen laut Friauf (S. 9) folgende weitergehende Regelungen enthalten gewesen sein:

ad 2) Vorstandswahl: Vorschlag der Arbeitnehmervertreter

durch die Personalversammlung (statt durch den Personalrat).

- ad 3) Geschäftsführung: Der "Arbeitsdirektor" sollte nicht gegen die Stimmen der Mehrheit der Arbeitnehmervertreter im Vorstand gewählt werden können und unter Umgehung des (beim Eifel-Rur-Verband einzigen) Geschäftsführers Dienstvorgesetzter der übrigen Beschäftigten sein. Seine Abberufung aus wichtigem Grund sollte an eine 2/3 Mehrheit im Vorstand gebunden sein.

B PROBLEM

Die vom Deutschen Gewerkschaftsbund im Zusammenhang mit der laufenden Wasserverbandsgesetzgebunswelle geforderten und die in den Gesetzentwürfen vorgesehenen Mitbestimmungsregelungen betreffen die Direktion der Wasserverbände. Die "direktive" (oder in anderer Terminologie "behördenleitende") Mitbestimmung wird rechtsdogmatisch von der Mitbestimmung durch Personalvertretung meist inhaltlich dadurch abgegrenzt, daß sie nicht auf organisatorische, soziale und personelle Angelegenheiten eingegrenzt ist. Auch die vorgesehene Regelung über den "Arbeitsdirektor" ist in diesem Sinne direktive Mitbestimmung, da dieser Verbandsgeschäftsführer nur "insbesondere" für personelle und soziale Angelegenheiten des Verbandes zuständig zu sein braucht.

In den drei bisherigen Gutachten zur direktiven Mitbestimmung in sondergesetzlichen Wasserverbänden von Salzweidel, Friauf und Püttner sind

- unterschiedliche Einschätzungen der "Gerichtsfestigkeit" der Gesetzentwürfe, aber auch
- verschiedene Meinungen darüber geäußert worden, wie die Gerichte entscheiden sollten.

Rechtssoziologisch pointierter ausgedrückt:

- Es wird einerseits Richterrecht dargestellt und

vorherzusagen versucht,

- andererseits wird Professorenrecht dargestellt, und zwar selbst- und fremdproduziertes.

Die jeweils eigene Rechtsauffassung der drei bisherigen Gutachter zur direktiven Arbeitnehmer-Mitbestimmung in sondergesetzlichen Wasserverbänden kann folgendermaßen dargestellt werden:

Frage	Salzwedel	Friauf	Püttner
1. Grundsätzlich zulässig?	ja	nein	ja
2. Auf der Ebene der Verbandsversammlung?	-	nein	-
3. Auf Vorstandsebene?	ja	nein	ja
4. Zahl der Arbeitnehmer- vertreter: 3 von 18?	ja	nein	ja
5. Wahl durch Arbeit- nehmer, Personalver- sammlung oder Personalrat?	ja	nein	nein
6. Wahl durch Verbandsvers- ammlung mit Bindung an Doppelvorschlag des Personalrates?	ja	nein	siehe 7.
7. Wie 5. aber mit Zusatzvor- kehrungen	-	-	ja
8. Wie 5. aber ohne rechtli- che Bindung	ja	nein	ja
9. Arbeitsdirektor wie Gesetzesvorlage im Landtag	-	ja	-

Diese Aufstellung basiert insofern auf Interpretation der Gutachten, als nicht jeder der Gutachter sich ausdrücklich zu allen Fragen geäußert hat. Ein Strich (=keine Meinung) ist dort angebracht worden, wo auch keine Interpretation vertretbar erscheint.

Der Gutachtenantrag der Hans-Böckler-Stiftung vom 16 Februar 1989 lautet:

- Es ist zu den Fragen 1. - 8. Stellung zu nehmen. Frage 9. soll aus pragmatischen Gründen ausgeklammert bleiben.

- Wie in den vorherigen Gutachten soll "Richterrecht" und "Professorenrecht" berücksichtigt werden. Angesichts des fortgeschrittenen Stands des Gesetzgebungsvorhabens ist auf eine Einschätzung von Prozeßrisiken besonderes Gewicht zu legen.

- Aus zeitlichen Gründen soll vor allem eine Auseinandersetzung mit den schon vorliegenden Gutachten erfolgen und für Rechtsprechungs- und Literaturnachweise weitgehend darauf verwiesen werden.

C VERSTOSS GEGEN EINFACHES RECHT

Salzwedel, Friauf und Püttner (Rechtsgutachten) haben überzeugend dargelegt, daß einfaches Recht den Mitbestimmungsregelungen nicht entgegensteht.

D VERFASSUNGSRECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT DIREKTIVER MITBESTIMMUNG IN NICHT-GEBIETSKÖRPERSCHAFTEN?

Die deutsche verfassungsrechtliche Diskussion um direkte Mitbestimmung in öffentlichen Organisationen ist davon geprägt, daß es bereits längere Zeit eine Reihe von solchen Mitbestimmungsregelungen gibt. Die bekanntesten sind wohl die bei Bahn und Post, in Sparkassen, kommunalen Eigenbetrieben und Eigengesellschaften, in Hochschulen, beim Westdeutschen Rundfunk und bei der Hamburger Richterwahl¹⁾. Dazu kommen zahlreiche weniger bekannte etwa im Bereich personaler Dienstleistungen²⁾ und speziell im Kultursektor³⁾. Immer wieder wird mehr oder weniger deutlich die

1) Vgl. die Übersichten bei Friauf S.16 ff., Schäfer S.23 ff., Tettinger S.13 ff.

2) Dazu Biehack

3) Dazu Püttner, DÖV 1988, S.357 ff.

Existenz solcher Regelungen als Argument für Ihre Verfassungsmäßigkeit benutzt, während andere vor dieser normativen Kraft des Faktischen warnen⁴⁾. In der folgenden Untersuchung wird das bloße Bestehen von Regelungen direkter Mitbestimmung als rechtliches Argument nicht verwendet. Die einzigen mir bekannten empirischen Forschungsarbeiten zur direkten Mitbestimmung im öffentlichen Sektor⁵⁾ bringen keine für diese juristische Untersuchung verwertbaren Ergebnisse.

I. Demokratische Legitimation (Art. 20 II GG) ?

Auszugehen ist auch bei Nicht-Gebietskörperschaften, wie den sondergesetzlichen Wasserverbänden Nordrhein-Westfalens, von Art. 20 III GG, der (alleine⁶⁾ oder in Verbindung mit Art. 28 I GG) auch für Leitungsgremien von Nicht-Gebietskörperschaften demokratische Legitimation zu erzwingen scheint: "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus". Die Anwendbarkeit von Art. 20 III auf Nicht-Gebietskörperschaften wird z.T. geleugnet (unten zu 1), z. T. wird das Demokratieprinzip hier nur den Grundsatz modifizierend für anwendbar gehalten (unten zu 2 und 3). Daneben gibt es noch acht weitere Thesen zur Auslegung des Art. 20 III, die die Zulässigkeit direkter Mitbestimmung in Nicht-Gebietskörperschaften zu stützen geeignet sind. Friauf⁷⁾ lehnt anscheinend als einziger Autor alle elf Thesen ausdrücklich oder implizit ab.

1. Die Selbstverwaltungsthese: Ausübung von Staatsgewalt?

Üben Direktionsorgane von Nicht-Gebietskörperschaften "Staatsgewalt" i. S. des Art. 20 III GG aus? Salzwedel verneint das⁸⁾ und könnte sich dabei auf andere Stimmen in der Literatur und Judikatur⁹⁾ stützen. Friauf¹⁰⁾ weist aber

4) So Friauf S.19 gegen Tettinger

5) Ehinger / Niopek und Schäfer S.23 ff. (direktive Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen)

6) So mit Recht Friauf S.63 m.w.N.

7) S.52 ff.

8) S.13 ff.

9) Nachweise bei Friauf S.62

10) S.62 f.

überzeugend einen Umkehrschluß aus Art. 28 I, der nur für Länder, Kreise und Gemeinden eine Volksvertretung mit bestimmten Wahlanforderungen postuliert, zurück. Art. 20 II gelte als *lex generalis* auch für Nicht-Gebietskörperschaften. Allerdings leuchtet seine "ad absurdum"-Argumentation, Nicht-Gebietskörperschaften wären bei fehlender Ausübung von Staatsgewalt auch nicht an die Grundrechte gebunden nicht ein. Wenn die Gewaltentrias in Art. 1 III und Art. 20 II² übereinstimmt, so heißt das noch nicht, daß bei Ausübung nicht-staatlicher Gewalt durch Nicht-Gebietskörperschaften nicht ebenso wie bei Staatsgewalt von "vollziehender Gewalt" gesprochen werden und damit die Grundrechtsbindung durch Art. 1 III anwendbar gemacht werden kann.

Bei dem einzigen von Salzwedel¹¹⁾ selbst für die Freistellung der Wasserverbände von den Legitimationserfordernissen des Art. 20 II vorgebrachte Argument, nämlich der Herkunft der wasserverbandlichen Zuständigkeiten ("originär", "nicht also in Ableitung an sich kommunaler Verantwortlichkeiten") ist nicht ersichtlich, wieso es für dies Herausnehmen der Wasserverbände aus dem Geltungsbereich des allgemeinen Demokratieprinzips relevant ist¹²⁾. Es geht eben nicht, wie Salzwedel anzunehmen scheint, um eine Übertragung der "für gemeindliche Gebietskörperschaften entwickelten verfassungsrechtlichen Legitimationserfordernisse auf Wasserverbände"¹³⁾, sondern um das allgemeine Demokratiegebot.

Allenfalls könnte ein ganz anderes historisches Argument die Salzwedel-These stützen: Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 18. Juni 1950 kennt außer wissenschaftlichen Hochschulen (Art. 15, 16) keine nicht-gebietskörperschaftliche Selbstverwaltung in staatlichem Rahmen: "Nordrhein-Westfalen ist ein Gliedstaat der Bundesrepublik Deutschland. Das Land gliedert sich in Gemeinden und Gemeindeverbände" (Art. 1 I²) und "Die Verwaltung liegt in den Händen der Landesregierung, der Gemeinden und Gemeindeverbände" (Art. 3 II). Andererseits enthält diese Verfas-

11) S. 16 f.

12) So im Ergebnis auch Püttner, Rechtsgutachten S. 13

13) Salzwedel S. 16

sung den Programmsatz, daß "die genossenschaftliche Selbsthilfe" zu unterstützen sei (Art. 28 S.2). Auch wenn man diese Norm in den historischen Kontext der Mittelstandsschutzvorschrift des Art. 164 Weimarer Reichsverfassung stellt¹⁴⁾ spricht nichts dagegen, darin auch die Erlaubnis für den Landesgesetzgeber zu sehen, zusätzlich zur Förderung privatrechtlicher Genossenschaften sich auch der überkommenen Organisationsform der öffentlichrechtlichen Genossenschaft zu bedienen. Wenn man u. a. deshalb nicht annimmt, daß der nordrhein-westfälische Verfassungsgeber die damals existierenden sonderrechtlichen Wasserverbände als Organisationen des Landesrechts ausschließen wollte, bleibt als Erklärung für die Beschränkung von "Staat" und "Verwaltung" auf Gebietskörperschaften in Art. 1 und 3 der Verfassung NW nur die Annahme, daß der Verfassungsgeber in der Dichotomie von "Staat" und "Selbstverwaltung" befangen war und allenfalls die unterstaatlichen Gebietskörperschaften als "mittelbare Staatsverwaltung" anzuerkennen bereit war¹⁵⁾. Wenn das aber für den nordrhein-westfälischen Verfassungsgeber von 1949/50 angenommen wird erscheint eine solche Begriffswahl auch für den Bundesverfassungsgeber von 1948/49 plausibel, zumal etwa auch die Verfassung des Landes Baden vom 22. Mai 1947 diese dichotome Begriffsbildung kennt¹⁶⁾. Das spricht dafür, daß Nicht-Gebietskörperschaften aus dem Begriff "Staatsgewalt" und damit aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 II GG herausfallen.

Immerhin: Die Rechtfertigung der in Frage stehenden direktiven Arbeitnehmermitbestimmung alleine mit der fehlenden Ausübung von Staatsgewalt dürfte nach dem Gesagten bei einer gerichtlichen Überprüfung der Regelungen Risiken mit sich bringen. Schon deshalb soll im Folgenden weiter untersucht werden, ob es überhaupt auf Nicht-Ausübung von "Staatsgewalt" ankommt oder ob nicht vielmehr die in Frage stehende Mitbestimmung auch dann demokratisch legitimiert

14) Klein S.8 ff.

15) Die Wortwahl des Art.1 läßt nicht einmal einen zwingenden Schluß darauf zu, daß Land und kommunale Körperschaften unter den weiteren Begriff von "Staat" gefaßt werden.

16) "Der Bau gesunder Wohnungen ist insbesondere Aufgabe des Staates, der Selbstverwaltungskörperschaften und von gemeinnützigen Genossenschaften" (Art. 49 II S.3)

ist, wenn man die Wasserverbandsgewalt und anderes nicht-gebietskörperschaftliches Handeln als Staatsgewalt klassifiziert.

2. Die These von der Legitimationsübertragung durch Gesetzgebung.

Die notwendige Zurückführung der Staatsgewalt auf ein Gesamt- oder Teil-Volk wird neuerdings¹⁷⁾, in der Rechtsprechung vor allem seit BVerfGE 47, 243 (Hamburger Bezirksvertretung), He StGH 30. April 1986 (He PersVG¹⁸⁾) und VerfGH NW 15. September 1986 (Sparkassenmitbestimmung)¹⁹⁾ als "ununterbrochene Legitimationskette" von einem Volk zu jedem Volksvertreter und Amtsverwalter gestanden.

Diese Verfassungsauslegung ist umstritten. O. E. Kempen²⁰⁾ läßt es für demokratische Legitimation von Personalvertretern genügen, wenn ein demokratisch legitimates Parlament durch Gesetz die Personalvertretung zuläßt. Für die demokratische Legitimation der Wasserverbandsmitbestimmung würden danach die Wasserverbandssondergesetze ausreichen. Das Gesetz kann nämlich jederzeit geändert oder aufgehoben werden, und damit hat der Gesetzgeber (z. B. bei Mehrheitswechsel) es in der Hand, seinen politischen Willen durch Modifizierung oder Abschaffung der Mitbestimmung durchzusetzen. Diese Auffassung von einem Minimalgehalt der (Gesamt-) "Volks"legitimation, die Art. 28, 20 GG fordert, kann sich auf eine Verfassungsinterpretation stützen, die die Offenheit des grundgesetzlichen Demokratiebegriffs betont; es sei weitgehend dem Gesetzgeber überlassen, welche Demokratie er verwirklichen wolle²¹⁾. Das kann wiederum mit einer historischen und entstehungsgeschichtlichen Interpretation des Grundgesetzes begründet werden, die viele Begriffe der Verfassung als Formelkompromisse im Konflikt von Bürgertum und sozialer (insbesondere Arbeiter-) Bewegung begreift²²⁾.

17) Vgl. Nachweise bei Schäfer, S.40

18) DVBL. 1986, S.936 ff.

19) DVBL. 1986, S.1196 ff.

20) S.23 ff., 48 f.

21) Stein S.1274 Run.19

22) Dammern S.125 ff.

Dieser Argumentationsstrang soll hier nicht weiterverfolgt werden, denn u. a. das nordrhein-westfälische Verfassungsgerichtsurteil zur Mitbestimmung²³⁾ hat diese Auslegung implizit verworfen und sich auf die Lehre von der ununterbrochenen Legitimationskette festgelegt, die vom Volk zum konkreten Volksvertreter/Amtwaller reichen muß.

Auch von der Dogmatik der nicht-gebietskörperschaftlichen Selbstverwaltung her könnte man zu der Auffassung kommen, die erforderliche demokratische Legitimation dieser Selbstverwaltung werde nicht von einem oder mehreren Teilvölkern vermittelt, sondern nur über das staatliche Gesetz und die Staatsaufsicht²⁴⁾. Auf dieser dogmatischen Grundlage wäre es möglich, die gesetzliche Mitbestimmungs- und Staatsaufsichtsregelung ausreichen zu lassen. Zwar ist diese Auffassung bisher noch nicht gerichtlich erörtert worden, es gibt aber auch keine positive Entscheidung. Es besteht wenig Grund anzunehmen, daß die Verfassungsgerichte für die Wasserverbände die Legitimationskette von einem oder mehreren "Teilvölkern" her nicht fordern werden.

3. Teilvolkstheze: Personal als "Teilvolk" oder Teil eines "Teilvolks" bei nicht-gebietskörperschaftlicher Selbstverwaltung?

Im Rahmen der beschriebenen sich ausbreitenden Legitimationskettenauffassung entstehen für vielerlei bestehende Gremien Probleme, die rechtsdogmatisch noch ungelöst sind. Insbesondere sind eine Lehre von der Legitimationsweitergabe (Unterbrechung der Kette) und eine Lehre vom Teilvolk erst in ersten Ansätzen sichtbar²⁵⁾.

In der Regel wird bei Nicht-Gebietskörperschaften von einem Teilvolk gesprochen, von dem die Legitimationskette ausgehen muß²⁶⁾. Das Personal könnte dann Teil dieses Teil-

23) Anm.19

24) Vgl. Böckenförde, Handbuch Rn.33 ff.

25) Vor allem bei Herzog Rn.56 ff. (der anscheinend den Begriff des Teilvolkes geprägt hat), DÖV 1988, S.357 ff. und Schäfer S.50 ff., Brohm (bei Friauf S.78), unklar Schäfer S.58

26) So Friauf S.81

volks sein. Man kann aber auch mehrere Teilvölker als Ausgangspunkt der Legitimation denken: Entweder ist das Personal eins neben dem zweiten, das aus den (übrigen) Mitgliedern der Körperschaft²⁷⁾ besteht, oder aber - so die hier benutzte Begrifflichkeit - das Personal ist eins von mehr als zwei Teilvölkern; jede Gruppe bei gruppenpluralen Körperschaften wäre ein Teilvolk.

Friauf²⁸⁾ verweist für die Ablehnung einer solchen Auffassung auf Rechtssprechung und Literatur, die gerade nicht zu dem Sonderproblem der Nicht-Gebietskörperschaften Stellung nimmt.

Wenn man bei Gebietskörperschaften die Teilvolkeigenschaft des Personals ablehnt, (so u. a. der VerFGH - NW²⁹⁾) hat das einen nachvollziehbaren Grund: Die föderalen und kommunalen Teilvölker werden schon in der Verfassung als relativ homogen fingiert und damit ihre Volksvertreter als fähig, ein Allgemeininteresse des räumlich abgegrenzten Teilvolkes zu artikulieren. Das Teilvolk ist hier sozusagen "Allgemeinvolk". Bereits der Wortlaut des Art. 28 GG ("In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muß das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist") schließt es aus, unter dem gebietkörperschaftlichen Teilvolk "Allgemeinvolk" und Personal zu verstehen. Schon der Gleichheitsgrundsatz für die Wahl würde das damit gegebene doppelte Stimmengewicht nicht zulassen.

Ganz anders bei Nicht-Gebietskörperschaften: Hier sind Teilvölker "Partikularvölker". Sie müssen als in sich homogen, insgesamt aber heterogen betrachtet werden und können nicht als fähig angesehen werden, ein "Allgemeininteresse" zu formulieren. Das schließt nicht aus, daß der Sinn von nicht-gebietkörperschaftlicher Selbstverwaltung im Interessenausgleich gesehen wird.

27) Püttner (Anm.25)

28) S. 81

29) v. 15.9.1986 (Sparkassenmitbestimmung) (Anm.19)

Was ist ein "'funktional' abgegrenztes und auf diese Weise selbstverwaltungsgeeignetes Teilvolk"?³⁰⁾ Als Voraussetzungen für die Teilvolkeigenschaft werden genannt:

a) Betroffenheit vom Handeln und Nichthandeln der Körperschaft³¹⁾

Demokratie im allgemeinsten Sinne heißt nämlich, die Betroffenen zu beteiligen. Daß das Personal von Entscheidungen und Nicht-Entscheidungen der Körperschaft betroffen wird, kann nicht zweifelhaft sein, es sei denn, man setze die Körperschaft mit dem Personal gleich. In Wirklichkeit stellt das Personal aber - wie die Organisationssoziologie sagt - die "innere Umwelt" einer Organisation dar. Auch das Recht erkennt den Subjektcharakter des Personals nach Eintritt in ein Beschäftigungsverhältnis an. Das Personal wird z. B. betroffen von Haushalts-, Investitions- und von Personalplanungsentscheidung im engeren Sinne, wie sie typischerweise in Direktionsgremien getroffen werden. Durch solche strukturellen Entscheidungen werden Arbeitsplatzrisiko, Bezahlung, Dauer und Lage der Arbeitszeit, Arbeitsintensität, Qualifikationsnutzung, Gesundheitsrisiken usw. beeinflusst.

Püttner teilt in einem Aufsatz offenbar dieses Verständnis von Arbeitnehmern als "Betroffene eines Lebensbereiches" und damit "selbstverwaltungsgeeignetes" Teilvolk, bzw. - in seiner Begrifflichkeit - Teil eines Teilvolkes. Er nennt nämlich ausdrücklich die in einem "Lebensbereich" "beruflich Tätigen" und spezieller noch Lehrer (die Mitglieder der niedersächsischen kommunalen Schulausschüsse benennen können) und das Bahnpersonal (das Vertreter in den Verwaltungsrat der Deutschen Bundesbahn entsendet), als Teile eines Teilvolks.³²⁾

30) Püttner DÖV 1988, S.357 ff. (359)

31) Herzog (Anm.25), Püttner (Anm.30)

32) (Anm.30) S.359 ff.

Als zweite Voraussetzung wird genannt, daß bei Selbstverwaltung das Teilvolk bzw. die Teilvölker aus den "Regierten" bestehen müssen. Das Merkmal der Sachnähe dürfte dasselbe meinen, obwohl Püttner offenbar Lehrer als von der Schulverwaltung und Bahnbeschäftigte als von der Bahn "Regierte" ansieht³⁵⁾, soll das für Wasserverbandsbeschäftigte nicht zutreffen³⁶⁾. Leisner meint sogar, daß bei genossenschaftlicher Selbstverwaltung direkte Mitbestimmung noch weniger zulässig sei als bei anderer Verwaltung, weil die Betroffenen ja schon beteiligt sind. Unter Betroffenen versteht er die "Sachnäheren". Das Personal sei "sachferner", seine Mitbestimmung wirke "antigenossenschaftlich".³⁷⁾

Gemeint ist offenbar folgendes: Man stellt sich die Verwaltung als Organisation vor, die auf ein Publikum ("Bürger", "Klienten", "Kunden" usw.) ausgerichtet ist. Personal ist ein Instrument zur Bedienung dieses Publikums. Diese Vorstellung ersetzt aber keine Begründung. In ihr wird nur vorausgesetzt, was begründet werden müßte: Warum das betroffene Personal nicht beteiligt wird, das betroffene Publikum (ganz oder ausschnittweise) aber sehr wohl.

Die positiven Entscheidungen des BVerfG zur Personalmitbestimmung in Hochschulen³⁸⁾ und bei der Richterwahl³⁹⁾ können als Bestätigung der Auffassung dienen, daß Personal grundsätzlich nicht nur als Instrument zur Erledigung von Aufgaben angesehen werden kann, die auf Publikum ausgerichtet sind, sondern auch als Betroffene von Entscheidungen. Das gilt auch, soweit in diesen Entscheidungen die Sachkunde der Betroffenen gegenüber ihrer Interessenwahrnehmung im Vordergrund steht, denn beides ist nur analytisch nicht aber in der Wirklichkeit zu trennen.

33) Püttner (Anm.30) S.358; Püttner, Rechtsgutachten S.16 f.

34) Leisner S.82

35) (Anm.32)

36) Püttner, Rechtsgutachten, S.16 f.

37) (Anm.32)

38) BVerfGE 35, S.79 ff. - niedersächsisches Gesamthochschul-Vorschaltgesetz (S.126 zu den nichtwissenschaftlichen Beschäftigten)

39) BVerfGE 24, S.268 ff. (Hamburger Richterwahlausschuß)

c) Regelungen "eigener" Angelegenheiten⁴⁰⁾

Schäfer schlägt als Kriterium "Selbstbetroffenheit" vor; die Teileinheit des Volkes müsse "eigene", sie in besonderem Maße treffende Angelegenheiten regeln. Er sieht das Kriterium beim Personal kommunaler Sparkassen nicht erfüllt. Die Entscheidungen der Sparkassen betreffen nach ihm, auch soweit sie Personalentscheidungen sind, "die Gesamtheit oder doch die Mehrheit der Gemeindebevölkerung"⁴¹⁾. Die Sparkassenproblematik interessiert hier nicht, für die Sparkassenträger legt Art. 28 II GG sowieso das Gemeindevolk als Teilvolk fest, vielleicht aus den Gründen, die Schäfer aufführt. In Nicht-Körperschaften betreffen aber in der Regel personalstrukturelle Entscheidungen (und dazu gehören Haushalts- und Investitionsentscheidungen) das Personal nicht weniger als die anderen Teilvölker der Selbstverwaltungskörperschaft.

d) Mitgliedschaft in der Körperschaft⁴²⁾

Für einen Rechtsgrundsatz, daß nur Mitglieder der Körperschaft ein Teilvolk bilden können, spricht nichts.⁴³⁾ Wenn man das fordern würde, könnte im übrigen der Gesetzgeber das Personal zu Mitgliedern machen (wie in Hochschulen). Letztlich würde es dann auf die Frage ankommen, nach welchen materiellen Kriterien Betroffene zu Mitgliedern gemacht werden können.⁴⁴⁾

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß die These, bei Nicht-Gebietskörperschaften könne der Gesetzgeber grundsätzlich das Personal als Teilvolk (oder Teil des Teilvolks) konstituieren, gute Chancen hat, von der Rechtsprechung akzeptiert zu werden. Die rechtliche Situation ist schon nach dem Text des GG bei Gebietskörperschaften an-

40) Schäfer S.58 f.

41) (Arm.38)

42) Püttner DÖV 1988, S.357 ff. (360), wohl auch Püttner, Rechtsgutachten, S.16 ff.

43) Püttner (Arm.42) begründet seine Gleichsetzung von Teilvolk und Mitgliedern der Selbstverwaltungskörperschaft nicht.

44) So auch Friauf S.114, der aber S.121, 136 dann doch weitgehend auf materiale Kriterien verzichtet.

ders, und deshalb kann die zu diesen ergangene Judikatur nicht als Argument gegen die Teilvolk-These für Nicht-Gebietskörperschaften herangezogen werden.

4. Die These abgestufter Stringenz des Demokratieprinzips

Sie ist unter Berufung auf Böckenförde⁴⁵⁾ von Tettinger entfaltet worden⁴⁶⁾ und besagt, daß eine "ununterbrochene Legitimationskette" vom Volk zu Volksvertreter und Amtswalter zwar grundsätzlich erforderlich ist, bei verselbständigten staatlichen Einheiten aber mit verminderter, nach verschiedenen Kriterien abgestufter Stringenz praktiziert werden darf.

Friauf⁴⁷⁾ verneint schon die Anwendbarkeit einer minderen Stringenz auf Wasserverbände wegen deren hoheitlicher Tätigkeit. Jedenfalls ist die These vom VerfGH NW⁴⁸⁾ abgelehnt worden und zwar mit der Begründung, daß Ausnahmen vom "Kettenlegitimationsprinzip" nur durch andere Verfassungsprinzipien gerechtfertigt werden könnten. Das Sozialstaatsprinzip taue dazu nicht.

5. Die These der In-Sich-Legitimation

Sie besagt, daß die Rückbindung an das Volk oder Teilvolk dadurch hergestellt werden könne, daß per Legitimationskette Legitimierte die Vertreter des Personals in den Direktionsgremien eingestellt hätten.

Der VerfGH NW⁴⁹⁾ hat das als Prinzip der wechselseitigen Legitimation abgelehnt, soweit die das Personal Einstellenden dann ihrerseits ihre Legitimation durch Entscheidungen des Personals beziehen.

45) Böckenförde S.71, 77

46) Tettinger S.31 ff.

47) S.71

48) (Anm.19) S.244

49) (Anm.19) S.245

6. Mehrheitsthese: Legitimationskette zu allen Mitgliedern des Direktionsgremiums?

Ob es ausreicht, wenn eine Mehrheit des Gremiums ununterbrochen seine Legitimation auf das Volk oder Teilvolk zurückführen kann, war lange Zeit sehr umstritten⁵⁰⁾. Die Rechtssprechung des BVerfG bestätigte zunächst in einer Entscheidung zu Richterwahlausschüssen⁵¹⁾ die Mehrheitsthese, hat aber nunmehr in drei Entscheidungen⁵²⁾ klargestellt, daß alle Mitglieder eines öffentlich-rechtlichen Gremiums eine persönliche demokratische Legitimation brauchen. Der Grund ist, daß jedes Mitglied bei einer strittigen Entscheidung den Ausschlag geben kann.

7. Die These von der formalen Legitimation: bindende Vorschläge mit Auswahlrecht?

Diese These besagt, daß Vertreter des Personals für Direktionsgremien zwar nicht vom Personal oder einer Personalvertretung alleine ausgewählt werden dürfen, es aber ausreicht, daß ein ohne Unterbrechung vom Volk demokratisch legitimates Gremium aus einer rechtlich bindenden Vorschlagsliste (z. B. 2er Vorschlag) die Vertreter des Personals auswählt.

Friauf⁵³⁾ führt den Stand von Literatur und Rechtssprechung vollständig auf. Die dort diskutierten Urteile deuten auf ein gewisses Geltungsrisiko einer solchen Regelung hin.

8. Die Gemeinwohlbindungsthese

Sie wird von Püttner⁵⁴⁾ vertreten. Nach ihr muß zusätzlich zu den Voraussetzungen der formalen Legitimation (vgl. oben 7) noch eine materielle und formelle Gemeinwohlbindung

50) Vgl. Schäfer S.59 ff.

51) (Anm.39)

52) BVerfGE 38, S.258 ff. (271 f.) - schleswig-holsteinischer Magistrat, 47, S.253 ff. (272 ff.) - nordrheinwestfälische kommunale Bezirksvertretungen und 52, S.95 (130) - schleswig-holsteinische Ämter.

53) S.90 ff.

54) Rechtsgutachten S.14 ff., 28 ff.

für die Vertreter des Personals normiert sein.

Dagegen ist auf die schon sehr alte Kritik an Gemeinwohlformeln als metaphysischen Konstrukten hinzuweisen⁵⁵⁾. Soweit sie nicht Selbstverständliches, z. B. Strafbares meinen, sind sie auffüllungsbedürftig, und dann schwindet der Konsens bei der Auffüllung. In Nicht-Gebietskörperschaften nehmen alle Mitglieder von Direktionsorganen die Interessen ihrer "Teilvölker" wahr⁵⁶⁾. Den Interessenausgleich mag man "Gemeinwohl" nennen. Für praktische Zwecke ist eine solche Normierung wegen ihres Quasi-Leerformelcharakters nicht effektiv. Eine spezielle Gemeinwohlbindung der Vertreter des Personals wäre auch willkürlich, also ein Verstoß gegen Art. 3 GG, da nicht nur sie partikulare Interessen verfolgen.

9. Die Entmischungsthese: keine gemischten Gremien von Volksvertretern und Vertretern des Personals?

Auch diese These wird von Püttner⁵⁷⁾ vertreten, er fordert Entmischung zusätzlich zu den Voraussetzungen der formalen Legitimation (oben 7). Volksvertreter und Vertreter des Personals dürften grundsätzlich keine "gemischten" Gremien bilden, wohl aber in besonderen Organen zusammenwirken, in denen sich reine "homogene Gruppen", "z. B. Mehrheitsexponenten" der Volksvertreter mit den Vertretern des Personals treffen.

Gegen diese These spricht die Judikatur des BVerfG⁵⁸⁾. Wenn in Nicht-Gebietskörperschaften die Vertreter des Personals im Direktionsgremium selber Vertreter eines Teilvolkes sind - eine These, die Püttner selber an anderem Ort vertritt (vgl. oben 3) - entfällt auch die unterschiedliche Legitimationsbasis, die für Püttner das Problem erst schafft.

55) Vgl. z.B. Schubert

56) Vgl. schon Rosin (1886), nach dem "selbst zweifellos öffentliche Genossenschaften in erster Reihe den wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder dienstbar sein können, wie dies z.B. bei den öffentlichen Wassergenossenschaften... stattfindet".

57) Zuletzt: Rechtsgutachten S.15 ff.

58) BVerfGE

MM Z 10 / 2542

10. Die Abhängigkeitsthese

Auch Ehlers⁵⁹⁾ vertritt eine These zu der Frage, ob die bloß (mehr oder weniger) formale Legitimation bei Bindung an eine Vorschlagsliste kompensiert werden kann und muß. Nur bei einem bestimmten Ausmaß an Abhängigkeit des Gremiums, in dem die Mitbestimmung stattfindet, hält er eine Vorschlagsbindung für verfassungsrechtlich vertretbar. Das zulässige Ausmaß an Unabhängigkeit des Gremiums soll variieren können je nachdem, wie einengend die Vorauswahl der Vertreter des Personals ist. Als Leitlinie gibt er an, daß die besser legitimierten Vertreter/Amtswalter "in der Lage sein müssen, in wichtigen Fragen einen letztentscheidenden Einfluß" auf die Politik der Organisation auszuüben. Diese von Ehlers für verselbstständigte Anstalten und privatrechtliche Gesellschaften von Gebietskörperschaften (Sparkassen, Eigengesellschaften) entwickelte These wird man verallgemeinern und auch auf Nicht-Gebietskörperschaften anwenden können.

Da diese These der bisher von der Rechtsprechung unbeantworteten Praxis der personalvertretungsrechtlichen eingeschränkten Mitbestimmung entspricht, die nach BVerGE 9, 268 ff. (Bremer PersVG) auch in § 104 ihren Niederschlag gefunden hat⁶⁰⁾, wird sie vor Gerichten größere Chancen haben, als die These von der nötigen Gemeinwohlbindung und die Entmischungsthese, die Püttner zur Kompensation bloß formeller Legitimation vorgeschlagen hat.

11. Die These von der rechtlichen Entscheidungsfreiheit bei der Auswahl der Vertreter des Personals aus einer Vorschlagsliste

Nach dieser These reicht jedenfalls aus, wenn das demo-

59) JZ 1987, 218 ff. (226) -allerdings nicht für Eingriffsverwaltung, wo formelle Legitimation nicht ausreichen soll, vgl. S.225

60) Vgl. ferner Rechtsprechung zu privatrechtlichen Gesellschaften von Gebietskörperschaften bei Ehlers (Anm. 59) S. 226 Fußnote 117

kratisch durch eine Legitimationskette legitimierte Gremium die Vertreter des Personals auswählt und dabei rechtlich nicht an Vorschläge von Seiten des Personals gebunden ist.

Diese These wird soweit ersichtlich nur von Friauf⁶¹⁾ abgelehnt. Er nimmt auch bei faktischer Bindung einen Verfassungsverstoß an, etwa wenn durch dauernde Rückgabe einer Vorschlagsliste nicht zu ertragende Zeiträume vergehen. Faktische Entscheidungsfreiheit ist aber - das wäre dagegen einzuwenden - in der Realität nicht zu erreichen. Wo soll die Grenze gezogen werden? Das Recht zieht unterhalb der Verfassung im Nötigungstatbestand eine klare Grenze. Innerhalb der Verfassung ist jedenfalls die von Friauf herangezogene "Funktionsfähigkeit" der Verwaltung keine Formel, die so handhabbar ist, daß ausreichender Konsens erzielt werden könnte.

II Willkürverbot als Schranke (Art. 3 GG)

Nach der Selbstverwaltungs- und Teilvolkthese ist Mitbestimmung des Personals (Mit-) Selbstverwaltung. Auch wenn die grundsätzliche Voraussetzung für die Selbstverwaltungseignung des Personals, nämlich Betroffenheit von den Entscheidungen der Köperschaft gegeben ist, muß nach diesen Thesen das Willkürverbot des Art. 3 GG in mehrfacher Hinsicht zur Beschränkung der Mitbestimmung herangezogen werden:

a) Es ist nicht undenkbar, daß irgendwann einmal der Schutz des Personals weitestgehend sichergestellt ist durch

- extrem günstige Mangellage auf den Arbeitsmärkten, der jedem Einzelnen die Alternative der Kündigung bietet,
- hohen politischen Einfluß, der sich in engmaschigen gesetzlichen Schutzvorschriften ausdrückt,
- durch einen hohen Grad der Festlegung von Arbeitsbedingungen in Kollektiv- und Einzelarbeitsverträgen

61) S. 90 ff.

- und durch ein höheres Ausmaß an Mitbestimmung vom Typ Personalvertretung.

Dann, aber nur dann, könnte die Betroffenheit des Personals durch Entscheidungen der Körperschaft und damit die Schutzbedürftigkeit so minimal sein, daß es ungleiche Behandlung im Sinne des Art. 3 GG wäre, das Personal den wesentlich stärker Betroffenen Bürgern/Klienten/Kunden durch Verleihung von Stimmrechten in Direktionsorganen gleichzustellen.

b) Wenn mehrere Direktionsgremien vorhanden sind, kann es willkürlich sein, wenn das Personal nur in einzelnen dieser Gremien vertreten ist, also nur hierfür als selbstverwaltungsgeeignet angesehen wird.

c) Es kann willkürlich sein, Gruppvertreter, also auch die des Personals, an Entscheidungsprozessen zu beteiligen, durch deren Ergebnis die Gruppe nicht, auch nicht mittelbar, betroffen werden kann. Typisierung ist aber zulässig.

d) Art. 3 GG muß schließlich als Prüfungsmaßstab für die Verteilung der Stimmen im Direktionsorgan herangezogen werden. Ist das Ausmaß der Betroffenheit deutlich unterschiedlich, muß das Stimmgewicht diesen Unterschieden entsprechen.

III. Selbstverwaltungsrecht der öffentlichen Zwangsglieder als Schranke (Art. 28)

Durch Art. 28 GG wird das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden und Kreise in seinem Wesensgehalt geschützt. Dieser Wesensgehalt kann durch zwangsweise Mitgliedschaft in Nicht-Gebietskörperschaften jedenfalls dann beeinträchtigt werden, wenn in ihnen wie bei den in Frage stehenden Wasserverbänden nicht wiederum die kommunalen Körperschaften eine Stimmenmehrheit haben.⁶²⁾

62) Vgl. Salzwedel S. 17 ff, Püttner S. 21 f.

IV. Grundrechte der privaten Zwangsmitglieder als Schranke (Art. 2 GG)?

Den Ausführungen Salzwedels⁶³⁾ und Püttners⁶⁴⁾ auf der Grundlage von BVerGE 10 / 89 ff (Erftverband) ist nur eine kurze Stellungnahme zum Gutachten Friaufs⁶⁵⁾ hinzuzufügen: Dessen Auffassung, daß man aus der Judikatur zur Hochschulmitbestimmung, wo es um einen speziell geregelten Grundrechtsbereich geht, nicht a maiore ad minus auf Mitbestimmung beim allgemein- Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit schließen könne, reduziert sich in der Argumentation auf den bloßen Verweis darauf, daß Gesetzgeber im Falle der Hochschulen das Personal zu "Mitgliedern" gemacht hat. Ein solches bloß formales Kriterium kann der sorgfältigen Analyse Salzwedels⁶⁶⁾ nicht entgegengehalten werden, der zeigt, daß Hochschulen (und Rundfunkanstalten) gerade der Verwirklichung von Grundrechten dienen, während Organisationen (wie Wasserverbände), bei denen nur die allgemeine Handlungsfreiheit als grundrechtlicher Prüfmaßstab in Betracht kommt, nicht der Verwirklichung dieser Freiheit dienen sollen.

V. Gewaltenteilung als Schranke (Art. 20 GG)?

Anders als in BVerfGE 9, 268 ff. (Bremer PersVG) kommt bei Nicht-Gebietskörperschaften der Gewaltenteilungsgrundsatz deshalb als Prüfmaßstab nicht in Betracht, weil es hier keine Regierung und keine parlamentarische Regierungsform mit Verantwortung der Regierung gegenüber dem Parlament gibt.

E VERFASSUNGSRECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT DER FÜR WASSERVERBÄNDE VORGESEHENEN UND GEFORDERTEN MITBESTIMMUNG

63) S. 17 ff.

64) Rechtsgutachten S. 21 ff.

65) S. 113 f.

66) S. 22

I. Besonderheiten der Sondergesetzlichen Wasserverbände gegenüber anderen Nicht-Gebietskörperschaften

1. Selbstverwaltungseignung des wasserverbandlichen Arbeitnehmer Teilvolkes (Art. 20 GG)?

Die durch Betroffenheit hergestellte Selbstverwaltungseignung - oder anders ausgedrückt: Teilvolks-Eigenschaft - der Arbeitnehmer muß sich gerade auf die Gremien beziehen, in denen sie "mitbestimmen", d. h. sich selbst mitverwalten sollen, hier also auf das Direktionsorgan Vorstand. Der Katalog der Zuständigkeiten des Vorstands enthält solche, von denen Arbeitnehmer mehr und direkter betroffen sind (z. B. Stellenplan/Haushaltsplan, Tarifvertragsabschlüsse) und solche, von denen sie weniger betroffen sind (z. B. Beitragsfestsetzung - im Unterschied zu den Veranlagungsbestimmungen, die von der Verbandsversammlung beschlossen werden). Das gilt aber auch für andere Teilvölker der Wasserverbände. Grenze ist nur das Willkürverbot. Die vorgenommene Typisierung der Zuständigkeitskataloge der beiden obersten Organe erscheint nicht als willkürlich.

Der Selbstverwaltungseignung der Arbeitnehmer kann auch nicht entgegengehalten werden, daß es noch andere, mindestens so oder noch besser geeignete potentielle Teilvölker gibt, wie die Wasserbraucher⁶⁷⁾, Potentiell zu repräsentierende Wasserverbraucher sind alle Angehörigen der Teilvölker, jedenfalls soweit sie im Verbandsgebiet wohnen oder sonst Wasser verbrauchen, auch. Vor allem die möglicherweise sonst unterrepräsentierten Wasserverbraucherinteressen werden durch die kommunalen Mitglieder mitvertreten.

2. Ungleich Doppelrepräsentation der Arbeitnehmer durch Arbeitnehmervertreter und kommunale Vertreter (Art. 3, 20 GG)?

Eine Ungleiche Doppelrepräsentation⁶⁸⁾ würde gegen Demokratieprinzip und Gleichheitsgrundsatz, die sich hier verstränken, gleichermaßen verstoßen.

67) Friauf S. 82, 89

68) Zu diesem Argumentationstopos vgl. Ipsen S. 71 ff., Kempen S. 48, Schäfer S. 152

Durch die kommunalen Mitglieder der Wasserverbände werden alle anderen Teilvölker in ihren allgemeineren Interessen, z. B. als im Haushalt Wasserverbrauchende oder als in der Landschaft Erholung Suchende mitrepräsentiert. Eine besondere "Doppelrepräsentation der Arbeitnehmer kann insofern nicht vorliegen.

Eine Doppelrepräsentation im Vorstand und durch die Personalvertretung nach Personalvertretungsrecht ist deshalb ausgeschlossen, weil die Entscheidungen, die im Vorstand fallen, nach LPersVG-NW allenfalls eingeschränkt mitbestimmungspflichtig, mitwirkungs- oder gar nur anhörungspflichtig sind. Das heißt, daß Arbeitnehmerschaft über ihre Vertretung kein Mitentscheidungsrecht im engeren Sinne hat, wie man es allenfalls bei uneingeschränkter Mitbestimmung annehmen könnte, bei der eine Einigungsstelle das Letztentscheidungsrecht hat.

3. Willkürliche Beschränkung des wasserverbandlichen Arbeitnehmer-Teilvolks auf Selbstverwaltung im Vorstand?
Willkürlicher Ausschluß von Beamtenmitbestimmung?
Willkürlicher Ausschluß der Arbeitnehmervertreter vom Vorstandsvorsitz? (Art. 3 GG)

a) Keine Mitbestimmung der Verbandsversammlung?

Auch wenn der Gesetzgeber Gruppen zu selbstverwaltungseigneten Teilvölkern macht, darf er differenzieren. Vor allem wegen der fehlenden Beitragspflicht der Arbeitnehmer und der der Vertreterversammlung zugeordneten finanzwirtschaftlichen Entscheidungen, z. B. über Haushaltsplan und Veranlagungsbestimmungen, gibt es zwischen ihnen und anderen Teilvölkern einen Unterschied, der die in den Gesetzentwürfen vorgesehene Differenzierung nach Mitbestimmungs- (Selbstverwaltungs-) ebenen nicht willkürlich erscheinen läßt.

b) Keine Beamtenmitbestimmung beim Eifel-Rur-Verband trotz

dessen rechtlicher Dienstherrneigenschaft (vgl. §§ 19, 16 Eifel-Rur G)?

Hier läge Willkür nur vor, wenn

- Beamte in größerer Zahl (den Angestellten- und Arbeiterzahlen entsprechend) tatsächlich vorhanden wären,
- und außerdem Beamte ebenso von den Vorstandsentscheidungen betroffen wären wie Tarifbeschäftigte. Das ist schon wegen ihrer in der Regel vorgesehenen Lebenszeitanstellung, also dem geringeren Arbeitsplatzrisiko, nicht der Fall.

c) Arbeitnehmervertreter können nur im Lippeverband, nicht aber im Eifel-Rur-Verband oder in der Emschergenossenschaft Vorstandsvorsitzender oder dessen Stellvertreter werden:

Diese Differenzierung beruht entweder auf einem Versehen bei der Gesetzgebungsvorbereitung, oder auf guten Gründen. Die Gründe - auch mögliche Gründe - sind dem Gutachter nicht bekannt.

4. Verfassungswidriger Eingriff in die Wasserwirtschaftlichen Aufgaben der kommunalen Zwangsmitglieder (Art. 28 GG)

Daß der Wesensgehalt der kommunalen Selbstverwaltung durch Entzug der wasserverbandlichen Aufgaben angetastet ist, ist soweit noch ersichtlicht nicht behauptet worden.

5. Grundrechtsbeeinträchtigung der privaten Zwangsmitglieder durch Ausgeliefertsein an "Fremde" oder "Nicht-Mitglieder" (Art. 2 GG)?

Die Behauptung, daß schon die grundsätzliche Einführung von Arbeitnehmermitbestimmung bei Wasserverbänden eine Grundrechtsbeeinträchtigung darstelle⁶⁹⁾ basiert zum eine auf Prämissen, die mit der Selbstverwaltungsthese und der Teilvolksthese nicht vereinbar sind, nämlich daß Arbeitneh-

69) Friauf S.114 ff.

mer als "Fremde", "Sachferne", "Dritte" angesehen werden können. Zum anderen wird, um den Konsequenzen von BVerfGE 35, 79 ff. (niedersächsisches Gesamthochschulvorschaltgesetz) zu entgehen, nicht überzeugend behauptet, es könne auf die formale Mitgliedschaft der Arbeitnehmer in der Körperschaft ankommen.

II. Folgerungen für das vorgesehene und geforderte Ausmaß an Mitbestimmung

1. Mitbestimmte Entscheidungen

Die Zuordnung der Zuständigkeiten zu dem Gremium, in dem alleine mitbestimmt werden soll, nämlich dem Vorstand ist unter den Prüfmaßstäben "Selbstverwaltungseignung" (Betroffenheit) und "Willkür", also Art. 20, F III GG nicht zu beanstanden. Das ist schon unter I dargelegt worden.

2. Herkunft der Arbeitnehmervertreter

Die Betroffenen Interessen können von Repräsentanten verschiedener Herkunft repräsentiert werden. Als Prüfmaßstab kommt nur das Willkürverbot in Frage. Der von Salzwedel⁷⁰⁾ unter Hinweis auf BVerfGE 50, 290 ff. (Mitbestimmungsgesetz) betonte Gesichtspunkt des Einbringens nicht-einzelbetrieblicher Gesichtspunkte oder der von Friauf⁷¹⁾ betonte Sachverstandsaspekt von Mitbestimmung durch Nicht-Mitglieder würde zulassen, daß alle Arbeitnehmervertreter extern rekrutiert werden.

3. Wahlgremium

Nach der Selbstverwaltungsthese (z. B. Salzwedels) oder der von Püttner und in diesem Gutachten vertretenen Teilverksthese kommt es auf eine Legitimation durch die Verbandsversammlung nicht an. Auch Wahl durch die Arbeitnehmer, durch eine Personalversammlung oder dem Personalrat

70) S. 22 ff.

71) z.B. S. 110

würde zur demokratischen Legitimation im Sinne des Art. 20 II GG ausreichen.

4. Wahlverfahren

Bei dieser (3) Rechtsauffassung entfällt das Problem, ob eine rechtliche oder faktische Bindung an Vorschläge zulässig ist.

5. Anteil der Arbeitnehmervertreter

Die im Rahmen der Selbstverwaltungsthese von Salzwedel⁷²⁾ angemeldeten Bedenken an einem höheren Anteil als 1/6 der Vorstandsmitglieder basieren offenbar auf der nicht belegten Annahme, daß der Vorstand den beitragszahlenden Mitgliedern des Verbandes höhere Beiträge auferlegen könne. Über Haushaltplan und Veranlagungsbestimmungen entscheidet aber nach den Gesetzesvorlagen nicht der Vorstand, sondern die Verbandsversammlung, in der Arbeitnehmer nicht vertreten sind. Schon deshalb erscheint auch eine Vertretung, die 1/6 übersteigt, z. B. 1/3 nicht als willkürlich.

72) S. 22 ff.

Bieback, Karl-Jürgen: Die Mitwirkung der Beschäftigten in der öffentlichen Verwaltung, Berlin 1983.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Demokratie als Verfassungsprinzip. In: Handbuch des Staatsrechts Band 1 1987, §22, S.887 ff.

ders.: Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974.

Dammann, Klaus: "Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums" - Skizze einer Unterrichtseinheit. In: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrg.): Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. 2. Verfassungs- und Verwaltungsrecht, 1977.

Ehinger, Jürgen und Niopek, Wolfgang: Erfahrungen mit der Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, Baden-Baden 1965.

Ehlers, Dirk: Die Grenzen der Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen, in: JZ 5 / 1987, S. 218 - 227

Friauf, Karl Heinrich: Arbeitnehmer-Mitbestimmung in einem öffentlich-rechtlichen Wasserverband; Rechtsgutachten, erstattet im Auftrag des Talsperrenverbandes Eifel-Rur, 1989.

Herzog, Roman: Kommentierung von Art. 20 in: Maunz-Döring u.a., Kommentar zum Grundgesetz.

Kempen, Otto Ernst: Grund und Grenze gesetzlicher Personalvertretung in der parlamentarischen Demokratie. Rechtsgutachten, erstattet für die ÖTV, 1985.

Klein, Friedrich: Genossenschaftswesen und staatliches Verfassungsrecht, 1958.

Leisner, Walter: Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Bonn-Bad Godesberg 1970.

Püttner, Günter: Zur Mitbestimmung in Wasserverbänden, REchtsgutachten, der LINEG erstattet, 1988.

ders.: Mitbestimmung und demokratische Legitimation insbesondere im Kulturbereich. In: DÖV 9/1988, S.357 ff.

ders.: Zur Mitbestimmung in öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen. In: DVBI. 1984, S.165 ff.

Rosin, Heinrich: Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, 1886, Neudruck 1971.

Salzwedel, Jürgen: Rechtsgutachten (für die Landesregierung des Landes Nordrhein-Westfalen). Zu den Grenzen der Zuständigkeit und der Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers im Wasserverbandsrechts, 1988.

Schäfer, Ralf: Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, Berlin 1988.

Schubert, Glendon: The Public Interest, 1960.

Stein, Ekkehart: Kommentierung zu Art. 20 II GG (Demokratie) in: Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativ-Kommentare, Bd.1 S.1262 ff., 1984.

Tettinger, Peter: Mitbestimmung in den Sparkassen und verfassungsrechtliches Demokratiegebot, 1986.