

Prof. Dr. Bernhard Nagel

Unternehmensmitbestimmung in bayerischen Sparkassen und Demokratieprinzip

Gutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung

Auf einen Blick ...

- In fünfzehn Bundesländern gibt es eine Unternehmensmitbestimmung oder zumindest eine beratende Mitwirkung der Arbeitnehmer in den Verwaltungsräten der Sparkassen. Nicht so im sechzehnten Bundesland Bayern. Dies zu ändern lehnte die Bayerische Landesregierung bislang ab.
- Prof. Dr. Bernhard Nagel untersucht die Frage, ob die Einführung von Mitbestimmung in bayerischen Sparkassen verfassungsgemäß wäre, und zwar sowohl nach dem Grundgesetz als auch nach der Landesverfassung. Er untersucht insbesondere die unterparitätische Mitbestimmung. Prof. Dr. Bernhard Nagel bejaht die Zulässigkeit einer solchen Regelung, insbesondere einer Drittelbeteiligung. Er setzt sich dabei dezidiert mit der gegenteiligen Argumentation der bayerischen Landesregierung auseinander und erörtert die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung.
- Laut Prof. Dr. Nagel könne der Gesetzgeber ohne Verletzung des Demokratieprinzips von Art. 20 Abs. 1 des Grundgesetzes eine Drittelbeteiligung der von den Beschäftigten gewählten Vertreter in den Verwaltungsräten der bayerischen Sparkassen einführen und sich dabei auch auf den Grundgedanken der freien Selbstbestimmung Aller berufen.
- Die bayerischen Sparkassen seien in der Rechtsform von Anstalten des Öffentlichen Rechts organisierte Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse. Prof. Dr. Bernhard Nagel sieht sie nach Art. 16 des EG-Vertrags in ihrem Bestand geschützt. Dem Gesetzgeber obliege dadurch zugleich eine Schutzpflicht den Sparkassenbeschäftigten gegenüber. Sie führe zu einem „Untermaßverbot“ mit der Wirkung, dass die Sparkassenbeschäftigten nicht ohne sachlichen Grund ungleich gegenüber anderen Beschäftigten behandelt werden dürften.
- Aus den Schutzpflichten des Gesetzgebers und dem Sinn und Zweck der Aufrechterhaltung von öffentlichen Sparkassen als Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse nach Art. 16 des EG-Vertrags folge nicht nur keine Einschränkung der Mitbestimmungsmöglichkeiten der Sparkassenbeschäftigten. Im Gegenteil folge daraus eine Legitimation des Gesetzgebers, die Grundrechte der Arbeitnehmer durch die Einführung der Unternehmensmitbestimmung zu effektivieren. Es bestehen Zweifel, dass das Bundesland Bayern seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht gegenüber den Beschäftigten genügt hat. Diesen Rückstand gegenüber anderen Bundesländern könne Bayern durch die Schaffung von Unternehmensmitbestimmung ausgleichen.

Prof. Dr. Bernhard Nagel

Unternehmensmitbestimmung in bayerischen Sparkassen und Demokratieprinzip

1. Das Problem: Fehlende Unternehmensmitbestimmung in den bayerischen Sparkassen

In fünfzehn Bundesländern gibt es eine Unternehmensmitbestimmung oder zumindest eine beratende Mitwirkung der Arbeitnehmer in den Verwaltungsräten der Sparkassen. Nicht so im sechzehnten Bundesland Bayern. Es wurde verschiedentlich versucht, diese aus der Sicht der Arbeitnehmerseite bestehende Mitbestimmungslücke zu schließen. Entsprechende Gesetzentwürfe der SPD-Landtagsfraktion vom 23. März 1976, vom 3. Dezember 1981 und vom 15. Juli 1992 fanden im Bayerischen Landtag aber keine Mehrheit. Am 14. März 1994 forderte die Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr (ÖTV), Bezirk Bayern, in einer Petition den Bayerischen Landtag auf,

„durch eine entsprechende Änderung des Bayerischen Sparkassengesetzes die rechtlichen Grundlagen dafür zu schaffen, dass künftig der Verwaltungsrat der Sparkassen zu einem Drittel aus Sparkassenmitarbeiterinnen und -mitarbeitern besteht, die volles Stimmrecht haben und von den Beschäftigten der Sparkasse direkt gewählt werden.“

Auch diese Petition scheiterte. Dem bayerischen Landtag lag bei seiner negativen Entscheidung eine ablehnende Stellungnahme des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 14. 6. 1994 vor, in der u. a. Folgendes ausgeführt war:

„Es trifft zu, dass nach den Sparkassengesetzen der anderen Länder der Bundesrepublik Deutschland im Verwaltungsrat der Sparkasse auch die Mitarbeiter der Sparkasse vertreten sind. Im Gegensatz zu allen übrigen Ländern sind jedoch in Bayern die Sparkassenbediensteten nicht Personal der rechtlich selbständigen Anstalt Sparkasse, sondern des kommunalen Gewährträgers (Zweckverband, Landkreis, Stadt, Markt). Wollte man bei den Sparkassen die Mitbestimmung der Bediensteten einführen, würde man innerhalb des Personals des Gewährträgers zwei Kategorien von Bediensteten schaffen. Damit würde ein systemwidriger Präzedenzfall für einen Teilbereich der öffentlichen Verwaltung geschaffen werden. Die Staatsregierung lehnt die Mitbestimmung bei den Sparkassen daher aus folgenden Gründen ab:

1. Die Sparkassen als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts erfüllen öffentliche Aufgaben im Sinn der „Daseinsvorsorge“ und fallen deshalb – ohne Rücksicht darauf, dass sie weitgehend privatrechtlich handeln – unter das Verantwortungs- und Legitimationsprinzip nach Art. 20 Abs. 2 GG. Danach bedürfen ihre Organe der demokratischen Legitimation durch die kommunalen Gewährträger. In Bayern wird diese Kette hergestellt durch das Wahl- und Vorschlagsrecht des Gewährträgers nach Art. 8 Abs. 2, 3 und 4 Sparkassengesetz. Die Entscheidungen der Sparkasse sind damit einer Kontrolle durch demokratisch gewählte Organe der Kommunen unterworfen. An der Spitze des Verwaltungsrats steht ein von der Bevölkerung unmittelbar gewählter Landrat oder Bürgermeister. Der Verwaltungsrat ist somit als Aufsichts- und (teilweise) Geschäftsführungsorgan der Sparkasse ein „Ausschnitt“ des demokratisch vom Volk gewählten Vertretungskörpers und leitet sich auch von diesem ab. Die Sparkasse wird über ihn von der „repräsentativen Öffentlichkeit“ kontrolliert; für eine zusätzliche Kontrolle durch die von den Bediensteten gewählten Vertreter besteht kein Handlungsbedarf. Eine institutionalisierte Arbeitnehmermitbestimmung brächte einen verfassungsrechtlich bedenklichen Einbruch in das Demokratieprinzip mit sich (Verstoß gegen den Grundsatz der repräsentativen Demokratie, wenn Bedienstete von Teilen der öffentlichen Hand einen stärkeren Einfluss nehmen könnten als jeder andere Bürger).

Der Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz hat erst kürzlich in seiner Entscheidung vom 18. April 1994 (VGH N 1/93 und N 2/93) zum Personalvertretungsgesetz für das Land Rheinland-Pfalz vom 8. 12. 1992 festgestellt, dass eine „direktive Mitbestimmung“ der Arbeitnehmer in öffentlich-rechtlichen Einrichtungen allenfalls im sogenannten Bagatellbereich verfassungsrechtlich hingenommen werden könne. Er stellt wörtlich fest (Seite 73 der Entscheidung a. a. O.): „Eine Drittelparität bei sämtlichen Gremienentscheidungen ist mit dem Erfordernis einer hinreichend effektiven demokratischen Entscheidungslegitimation nicht zu vereinbaren.“

2. Der Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung würde inhaltlich verändert werden; der Einfluss des kommunalen Gewährträgers würde einschneidend geschwächt werden, weil die Bedienstetenvertreter im Verwaltungsrat eine Sperrminorität erhielten. Außerdem würde die kommunale Bindung der Sparkasse an den Gewährträger geschwächt werden, wenn der Gewährträger nicht mehr den entscheidenden Einfluss auf die Besetzung der Sparkassenorgane mit Vertretern des Gewährträgers oder mit von ihm vorgeschlagenen Personen hätte.
3. Die zur Begründung von Mitbestimmungsforderungen im Bereich der Privatwirtschaft vorgebrachte Argumente (Gleichwertigkeit von Arbeit und Kapital, Machtkontrolle, unternehmerische Entscheidungsprozesse, Demokratisierung) gelten für die Sparkasse nicht, weil
 - die Sparkasse als Anstalt des öffentlichen Rechts dem Gemeinwohl verpflichtet ist,
 - die ihr anvertrauten Vermögensmassen einer öffentlichen Zweckbindung unterliegen und die Aufgaben der Sparkasse gesetzlich festgelegt sind,
 - das demokratische Prinzip durch den öffentlich-rechtlichen Status sowohl der Sparkasse als auch des Gewährträgers bestmöglich verwirklicht ist,
 - die öffentlich-rechtliche Anstalt Sparkasse neben der Fachaufsicht auch der landesrechtlichen Rechtsaufsicht unterliegt.
4. Die mit der Mitbestimmung verfolgten sozialen Zwecke werden durch die bestehenden Schutznormen des öffentlichen Dienstrechts verwirklicht (gesteigerte Sozialpflichtigkeit der öffentlichen Hand, ausreichende Wahrung der Bediensteteninteressen durch das Personalvertretungsrecht).

Gegen die Einführung der Mitbestimmung bei den bayerischen Sparkassen spricht auch, dass etwa 70 % der 105 bayerischen Sparkassen (Stand: 01.05.1994) Zweckverbandsparkassen sind, die meist aus Fusionen hervorgegangen sind. Größe und Zusammensetzung des Verwaltungsrats dieser Fusionssparkassen sind auf der Grundlage des Fusionsvertrags individuell bestimmt, um den Bedürfnissen der Mitglieder des Sparkassenzweckverbands nach einem ausgewogenen Kräfteverhältnis Rechnung zu tragen. Meist überschreiten die Verwaltungsräte die gesetzliche Regelgröße erheblich. Wenn die Personalvertreter – wie gefordert mit einer Drittelparität – den bestehenden Gremien aufgepfropft würden, wäre eine sachliche Arbeit des übermäßig großen Gremiums kaum mehr möglich; außerdem würde das von den Mitgliedern des Zweckverbands gleichsam mit der Goldwaage austarierte Kräfteverhältnis verändert, was ein rechtlich kaum vertretbarer Eingriff in die ausgehandelten Fusionsverträge wäre, die als öffentlich-rechtliche Verträge in der Regel ohne zeitliche Begrenzung gelten. Die andere Alternative, nämlich die völlige Neubildung der Verwaltungsräte, würde das Vertrauen der Kommunen beeinträchtigen und nachträglich die Geschäftsgrundlage vieler Fusionen in Frage stellen.“

Auf eine erneute Mitbestimmungsinitiative des Abgeordneten Neumeyer vom 22. 2. 2007 antwortete der damalige Staatsminister des Innern Dr. Beckstein am 28. 3. 2007 ebenfalls ablehnend. In der Begründung verwies er u. a. auf eine gegenüber der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst restriktive Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24. 5. 1995¹, in dem freilich die betriebliche Mitbestimmung der Personalräte im öffentlichen Dienst behandelt worden war.

Rechtlich unbeachtlich ist das Argument, durch eine „Sperrminorität“ der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat werde die kommunale Selbstverwaltung beeinträchtigt. Jede Mitbestimmung beeinträchtigt diejenigen, welche vorher selbst bestimmt haben. Das ist gerade der

¹ BVerfGE 93, 37 ff.

Zweck der Mitbestimmung. Ebenso wenig bedürfen die Argumente einer verfassungsrechtlichen Würdigung, die Verwaltungsräte würden zu groß und unübersichtlich, wenn sie mit Beschäftigtenvertretern aufgestockt würden. Es spricht nichts gegen eine Verkleinerung der Verwaltungsräte, selbst wenn dies im Einzelfall zu politischen Schwierigkeiten führt. Strittig ist nur, ob in ihnen Vertreter der Beschäftigten mit Sitz und Stimme vertreten sein sollen. Ebenso wenig bedürfen die Argumente einer verfassungsrechtlichen Erörterung, dass bei den öffentlich-rechtlichen Sparkassen der Gegensatz von Arbeit und Kapital nicht bestehe, der durch Mitbestimmung gemildert werden müsse, und dass der soziale Schutz der Beschäftigten schon durch andere Mechanismen, z. B. durch die Personalvertretung, „ausreichend“ sichergestellt werde. Entscheidend ist, dass die Beschäftigten sowohl in privaten als auch in öffentlichen Unternehmen (zu denen die Sparkassen zählen) von den Entscheidungen der Unternehmensleitungen betroffen sind. Gegen die Mitbestimmungsforderungen werden weitere politische Argumente vorgebracht, auf die nicht weiter eingegangen werden soll. Dazu zählen vor allem die Argumente, die Sparkassen seien in ihrer Mehrzahl zu klein, um sich für eine Unternehmensmitbestimmung zu qualifizieren. Wie man die Grenze der Unternehmensmitbestimmung zieht, ist politisch zu entscheiden

Gepprüft werden sollen die verfassungsrechtlichen Argumente. Es geht vor allem um die Vereinbarkeit dieser Form und Ausprägung der Mitbestimmung mit dem Demokratieprinzip und dem Rechtsstaatsprinzip sowie um die Rechtfertigung mit dem Sozialstaatsprinzip, alle drei in Art. 20 des Grundgesetzes (GG) verankert und in Art. 28 GG auf die verfassungsmäßige Ordnung der Länder erstreckt. Hinzu kommt die in den erwähnten Initiativen und Antworten nur am Rande aufgeworfene, aber für die verfassungsrechtliche Prüfung erhebliche Frage, ob die deutschen Sparkassen als Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse nach Art. 16 des EG-Vertrages geschützt sind und ob sich dieser Schutz gegebenenfalls auf die Zulässigkeit der Mitbestimmung der in diesen Sparkassen Beschäftigten auswirkt.

2. Mitbestimmung und Demokratieprinzip

Die öffentliche Hand, sei es auf kommunaler, auf Landes- oder auf Bundesebene, kann Unternehmen in den Rechtsformen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts organisieren. Soweit sie nicht die Rechtsformen des Privatrechts (Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung u. ä.) wählt, kann sie sich für den Eigenbetrieb², der ebenso wie der Regiebetrieb nicht rechtlich verselbständigt ist, und für rechtlich verselbständigte Formen wie Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts³ und deshalb auch für die Rechtsform der Sparkassen als öffentlich-rechtliche Anstalten entscheiden. Sonderformen der Körperschaften des öffentlichen Rechts bilden z. B. die auf Bundes- oder Landesrecht gestützten Wasser- und Bodenverbände, deren Mitglieder nicht nur Gebietskörperschaften, sondern auch andere natürliche oder juristische Personen sein können.⁴

Im Rahmen der hier zu untersuchenden Probleme geht es um die Sparkassen im Bundesland Bayern als Anstalten des öffentlichen Rechts. Unternehmensmitbestimmung bedeutet in diesem Zusammenhang ebenso wie in der Privatwirtschaft Teilhabe an den Entscheidungs- und Kontrollprozessen in den Unternehmensorganen. Insofern spricht man auch von einer institutionellen Mitbestimmung und unterscheidet diese von der funktionellen (betrieblichen) Mitbe-

² vgl. Schraffer, Der kommunale Eigenbetrieb, 1993; Cronauge, Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 1995

³ vgl. Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 239 ff.

⁴ vgl. Cronauge, Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 1995, RN. 221 ff.

stimmung, die im Rahmen der Personalvertretungsgesetze auf die persönlichen und sozialen Angelegenheiten der Belegschaften begrenzt ist.

Abzugrenzen ist die Unternehmensmitbestimmung von Mitwirkungs- und Beteiligungsrechten im Vorfeld der Entscheidungsteilhabe einschließlich der bloßen Mitberatung. Hierzu gehören unverbindliche Vorschlagsrechte, Anhörungsrechte, Konsultationsrechte und sonstige Mitwirkungsrechte, die nicht mit einem Stimmrecht im Unternehmensorgan verbunden sind.

Was den Umfang der zu untersuchenden Unternehmensmitbestimmung anbetrifft, lassen sich theoretisch die unterparitätische, die paritätische und die überparitätische Mitbestimmung unterscheiden. Im Rahmen dieser Untersuchung wird nur die unterparitätische Mitbestimmung untersucht, auf die sich die Petition der ÖTV aus dem Jahre 1994 bezieht. Es wird gefragt, ob sie verfassungsgemäß ist, und zwar sowohl nach dem Grundgesetz als auch nach der bayerischen Landesverfassung.

a) Der bayerische Sonderfall: Sparkassenbeschäftigte als Bedienstete des kommunalen Gewährträgers

In der ablehnenden Stellungnahme des bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 14. 6. 1994 wird darauf hingewiesen, dass die Beschäftigten in den bayerischen Sparkassen Personal nicht der rechtlich selbständigen Anstalt des öffentlichen Rechts „Sparkasse“, sondern des kommunalen Gewährträgers (Zweckverband, Landkreis, Stadt, Markt) seien. Dieser Rechtszustand unterscheide sich von dem in allen anderen Bundesländern. Man wolle in Bayern keinen „systemwidrigen Präzedenzfall“ mit zwei Kategorien von Bediensteten schaffen. Es fragt sich, ob diese Frage im Ergebnis eine Rolle spielen darf, wenn es um die Zulässigkeit der Unternehmensmitbestimmung in den Sparkassen geht. Es geht hierbei nicht darum, wer Dienstherr der Mitbestimmungsträger ist, sondern darum, von den Entscheidungen welcher Institution die Arbeitnehmer betroffen sind, für welche die Mitbestimmungsrechte greifen sollen. Hier ist maßgeblich, dass die Arbeitsverträge für die Sparkassenbeschäftigten jeweils vom Vorstand abgeschlossen werden, der insoweit in Untervollmacht handelt. Insofern ist die Betroffenheit der Beschäftigten zu bejahen, wenn nach eine Rechtfertigung der Mitbestimmungsforderungen gefragt wird.

Die für die Beschäftigten maßgeblichen Entscheidungen fällt entweder der Vorstand oder der Verwaltungsrat der jeweiligen Sparkasse. Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 des bayerischen Gesetzes über die öffentlichen Sparkassen (SpkG) wird die Sparkasse vom Verwaltungsrat verwaltet, soweit nicht der Vorstand selbständig entscheidet. Nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 SpkG werden die laufenden Geschäfte der Sparkasse vom Vorstand geführt. Laufende Geschäfte sind nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 SpkG insbesondere die Geschäfte, die nach der Sparkassenordnung oder der Satzung dem Vorstand obliegen. In Zweifelsfällen bestimmt der Verwaltungsrat nach Art. 5 Abs. 2 Satz 3, ob ein Geschäft als laufendes Geschäft anzusehen ist. Nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 SpkG überwacht der Verwaltungsrat die Geschäftsführung des Vorstands. Nach Art. 5 Abs. 3 Satz 2 SpkG erlässt er für die Geschäftsführung Richtlinien und eine Geschäftsanweisung. Es handelt sich hier um eine monistische Führungsstruktur im Gegensatz zur dualistischen Unternehmensverfassung des deutschen Aktienrechts, in der Entscheidung und Kontrolle zwischen dem Vorstand (Entscheidung) und dem Aufsichtsrat (Kontrolle) aufgeteilt sind. Sie entspricht der alternativ zur dualistischen möglichen monistischen Führungsstruktur in der Europäischen Gesellschaft (societas europaea, SE), in der die letztliche Entscheidung und Kontrolle ebenfalls beim Verwaltungsrat verankert ist, während die Geschäfte durch die Geschäftsführenden Direktoren geführt werden (vgl. §§ 22, 40 SE-Ausführungsgesetz, SEAG).

Für die hier vorgelegte Untersuchung ist unerheblich, dass in der SE die Geschäftsführenden Direktoren nach § 40 SEAG generell die Geschäfte zu führen haben und der Verwaltungsrat nach § 22 SEAG nur die Grundlinien der Tätigkeit bestimmt und deren Umsetzung überwacht, während die Position des Verwaltungsrats nach dem bayerischen Sparkassengesetz stärker ausgestaltet ist; dem Vorstand sind dort nur die „laufenden Geschäfte“ zugewiesen (vgl. Art. 5 SpkG). Entscheidend ist, dass der Gewährträger die für die Beschäftigten maßgeblichen Entscheidungen nicht selbst fällt, sondern einem Leitungsgremium überantwortet. Deshalb muss die Mitbestimmung dort ansetzen, wo die Entscheidungen fallen und wo kontrolliert wird; das sind Vorstand und Verwaltungsrat. Das zur Ablehnung der Mitbestimmung verwendete Argument, die Sparkassenbeschäftigten seien Bedienstete des kommunalen Gewährträgers, verkennt das für die Mitbestimmung maßgebliche Problem der Betroffenheit der Beschäftigten. Der Ansatz, die Mitbestimmung zur Teilhabe an der Überwachungstätigkeit des Verwaltungsrats gegenüber dem Vorstand zu nutzen, ist der richtige. Ihm entspricht der Ansatz in der SE, den Verwaltungsrat, der in der SE fakultativ eingeführt werden kann, für die Unternehmensmitbestimmung zu nutzen.

Das politische Argument von der „Systemwidrigkeit“ einer Aufspaltung des Personals in zwei Kategorien von Sparkassenbeschäftigten und anderen ist schon im Ansatz verfehlt. Schließlich gibt es auch in anderen Bereichen der öffentlichen Hand in Bayern mehrere Kategorien von Beschäftigten. Ein Beispiel sind die als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisierten Hochschulen. Es gibt dort neben der Mitbestimmung der Personalräte auch eine Mitbestimmung in den Organen der Hochschule, im Senat und im Fakultätsrat, die eine Parallele zur Mitbestimmung in den Verwaltungsräten der Sparkassen darstellt. Noch niemand hat sich darüber beschwert, dass hier im Ergebnis mehrere Kategorien von Landesbediensteten geschaffen würden, die es in anderen Bereichen des bayerischen öffentlichen Dienstes nicht gibt.

In ihren Presseinformationen vom 23. 3. 1995, in denen sie die ablehnende Haltung des bayerischen Landtags zur Drittelbeteiligung der Beschäftigten in den Verwaltungsräten der bayerischen Sparkassen scharf kritisiert, verweist die ÖTV-Bayern mit Recht darauf, dass es in den bayerischen Sparkassen ohnehin zwei Arten von Beschäftigten gebe, nämlich die Beamten und Angestellten, die eigentlich Beschäftigte des Gewährträgers sind, und die Auszubildenden sowie die Arbeiterinnen und Arbeiter, deren Arbeits- und Ausbildungsverträge im Namen der Sparkasse abgeschlossen werden.

Schließlich gibt es im Sparkassenbereich zunehmend sogenannte Gestellungen. Beschäftigte werden im Wege von Gestellungsverträgen in ausgegliederte Einheiten wie z. B. EDV- oder Vertriebstöchter überstellt, die meist in Rechtsformen des Privatrechts organisiert sind. Sie sind dann sowohl für die Personalvertretungen der Sparkassen als auch für die Betriebsräte dieser ausgegliederten Gesellschaften wahlberechtigt.

Aus alledem ergibt sich, dass das Argument, die „Aufspaltung“ des Personals in zwei Kategorien wäre systemwidrig, wenn die Unternehmensmitbestimmung an den bayerischen Sparkassen eingeführt würde, vorgeschoben ist. Dahinter verbirgt sich der mangelnde Wille, die Mitbestimmung einzuführen. Es gibt in den bayerischen Sparkassen ohnehin mehrere Kategorien von Beschäftigten. Dies hindert nicht die Einführung einer Drittelbeteiligung der Beschäftigten in den Verwaltungsräten, denn die Mitbestimmung setzt an deren Betroffenheit an. Diese ist unabhängig davon zu bejahen, wie viele Kategorien von Beschäftigten es gibt.

b) Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Sparkassen und Demokratieprinzip

Aus verfassungsrechtlicher Sicht zu prüfen ist das in der Stellungnahme des bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 14. 6. 1994 vorgebrachte Argument, die Einführung einer Drittelbeteiligung der Beschäftigtenvertreter in den Verwaltungsräten der bayerischen Sparkassen breche in „verfassungsrechtlich bedenklicher Weise“ in das Demokratieprinzip ein, wie es in Art. 20 des Grundgesetzes (GG) verankert ist.

Nach dem Willen der Verfassungsväter und -mütter, welche das Grundgesetz konzipierten, sollte im Nachkriegsdeutschland eine parlamentarische Demokratie wieder errichtet werden. Es heißt in Art. 20 Abs. 1 GG:

Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.

In Art. 20 Abs. 2 GG heißt es:

Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

Nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG muss die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne des Grundgesetzes entsprechen.

Die plebiszitären Elemente sind im Grundgesetz weitestgehend zurückgenommen. Selbst der Bundespräsident wird nach dem Grundgesetz nicht direkt, sondern durch die Bundesversammlung, ein Wahlgremium aus Bundestag und Vertretern der Länder, gewählt. Ein Volksentscheid über Angelegenheiten, die der parlamentarischen Beschlussfassung unterliegen, ist nur in Ausnahmefällen möglich. Abstimmungen sieht das Grundgesetz in Art. 29 bei der Neugliederung des Bundesgebietes vor. In Art. 146 GG heißt es: „Dieses Grundgesetz, das nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt, verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist“.⁵

aa) Die Einschränkung der Mitbestimmung durch das Konstrukt der „ununterbrochenen Legitimationskette vom Amtsträger zum Volk“

Nach der Stellungnahme vom 14. 6. 1994 bedürfen die Verwaltungsratsmitglieder der Sparkasse einer demokratischen Legitimation durch den Gewährträger. Diese fehlt, wenn die Beschäftigten der Sparkasse „ihre“ Vertreter in den Verwaltungsrat wählen. Die Stellungnahme beruft sich bei dieser auf den ersten Blick überraschenden, vom überkommenen Demokratieverständnis abweichenden Interpretation des Demokratieprinzips als Sperre gegenüber der Mitbestimmung auf zwei Urteile, die im Folgenden ausführlich analysiert werden sollen. Zu beginnen ist aber mit der historischen Entwicklung der Interpretation des Demokratieprinzips. Daraus soll sich die Analyse des Auslegungswandels und der aus ihm folgenden Konsequenzen entwickeln.

Kaum ein verfassungsrechtlicher Begriff lässt sich in seinem Inhalt so schwer bestimmen wie der Begriff „Demokratie“. Das Wort kommt aus dem Griechischen und bedeutet „Volksherr-

⁵ Art. 29 und 146 GG sind in der Praxis eher peripheren Vorschriften. Anders ist die rechtliche Situation zu plebiszitären Elementen in den Verfassungen der Länder: Hier sind Volksbegehren und Volksentscheide in weit größerem Umfang zulässig. Dies gilt insbesondere auch für die kommunale Ebene.

schaft“. Es wurde für die Herrschaftsformen der griechischen Polis im klassischen Altertum verwendet. Hierbei war allerdings stillschweigend vorausgesetzt, dass zum Volk nicht die sogenannten Metöken (ortsansässige Fremdlinge ohne Bürgerrechte) und die Sklaven gehörten. Soweit jemand allerdings zum Staatsvolk gehört, ist für ihn der Wortsinn eindeutig: Das Volk soll sein eigener Herr sein.⁶ Dieser Grundsatz wird auch als Volkssouveränität bezeichnet. In Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG heißt es deshalb: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“.

Auslegungsfragen zum Demokratieprinzip spielten in den ersten Jahren des Bestehens des Bundesverfassungsgerichts eine eher geringe Rolle. In einigen frühen Entscheidungen verwendete das Gericht eine umfassende Definition des Begriffs „Demokratie“. Es umschrieb diesen mit dem Kürzel „freie Selbstbestimmung Aller“.⁷ Dieses Kürzel kommt einer wörtlichen Auslegung des Begriffs Demokratie“ im Sinne von „Volksherrschaft“ so nahe, dass man von einer Auslegung nach dem Wortlaut der Verfassung sprechen kann. Es ist das, was Art. 20 Abs. 1 GG mit dem Begriff „demokratischer Bundesstaat“ meint.

Im Anschluss an die unveröffentlichte Habilitationsschrift von Roman Herzog⁸ aus dem Jahre 1964 entwickelte sich demgegenüber eine staatsbezogene Interpretation des Demokratieprinzips, die später von Böckenförde⁹ wie folgt zusammengefasst wurde:

„Die organisatorisch-personelle demokratische Legitimation besteht in einer ununterbrochenen, auf das Volk zurückzuführenden Legitimationskette für die mit Wahrnehmung staatlicher Angelegenheit betrauten Amtswalter... Notwendig ist hierbei eine konkrete, auf den einzelnen Amtswalter individuell bezogene Legitimation, nicht lediglich eine abstrakte, die die Berufung der Amtswalter nur generell- wie in einem Thronfolgegesetz- regelt. Es gilt das Prinzip der individuellen Berufung der Amtswalter durch das Volk oder volksgewählte Organe... Entscheidend ist, dass die Legitimationskette nicht durch das Dazwischentreten eines nicht oder nicht hinreichend demokratisch legitimierten Organs bzw. Amtswalters unterbrochen wird; die Kette individueller Berufungsakte vom einzelnen Amtswalter bis hin zum Volk als Inhaber der Staatsgewalt muss lückenlos sein.“

Die Abkehr von der wörtlichen Auslegung des Begriffs „Demokratie“ als Volksherrschaft wird darin erkennbar, dass nur die staatliche Sphäre ins Blickfeld des Interpreten rückt. Es geht um die Legitimation der „Amtswalter“, die auf eine ununterbrochene Legitimationskette zurückgeführt werden muss. Andere, nicht staatsbezogene Aspekte der Volksherrschaft, also gesellschaftliche Aspekte der Selbstbestimmung, werden nicht berücksichtigt. Die Volkssouveränität wird formal zum Ausgangspunkt genommen, um die Selbstbestimmung Aller einzuschränken. Diese restriktive, offenbar nach dem Willen der Interpreten aus dem Sinn und Zweck der Schutznorm auf den staatlichen Bereich reduzierte Interpretation des Demokratieprinzips sollte sich als sehr erfolgreich erweisen. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der enormen rechtspolitischen Bedeutung Roman Herzogs und Böckenfördes, beide waren als Richter am Bundesverfassungsgericht tätig, Herzog sogar als Präsident, avancierte diese Position bald zur dominanten Auffassung der Verfassungsrechtler, zur herrschenden Lehre. Minderheitspositionen wie die von Schmidt-Assmann¹⁰ und Denninger¹¹, die auf die Gefahr einer abstrakt-prinzipalistischen Fesselung öffentlich-rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten im Ü-

⁶ Ekkehart Stein, Staatsrecht, 10. Aufl. S. 73

⁷ BVerfGE 5, 85, 147; 44, 125, 142; dazu Bryde, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Blanke u. a., Demokratie und Grundgesetz, 1998, S. 59-70

⁸ Vgl. danach Herzog, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 204-214; Herzog in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 20 Rn 52 ff.

⁹ Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Handbuch des Staatsrechts, herausgegeben von Isensee und Kirchhof, 1992, Bd. 1, § 22 Rz. 16

¹⁰ Schmidt-Assmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 1991, 329, 345

¹¹ Denninger, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 1992, § 113

bergang von Staat und Gesellschaft hinwiesen, konnten sich nicht durchsetzen. Die herrschende Lehre blieb herrschend. Davon blieb die Rechtsprechung nicht unbeeinflusst.

Im Jahre 1986 verbot der nordrhein-westfälische Verfassungsgerichtshof¹² die Wahl von Arbeitnehmervertretern in die Verwaltungsräte von nordrhein-westfälischen Sparkassen, an denen die Arbeitnehmerseite nach dem Gesetz ein Drittel der Sitze hielt, mit folgender Begründung:

„Sofern die Berufung (der Mitglieder des Verwaltungsrats) durch Wahlen erfolgt, müssen diese die demokratische Legitimation dadurch sichern, dass entweder das Volk oder seine Vertretung oder anderweitig demokratisch legitimierte Organe wählen. Gruppen- oder Bedienstetenvertretungen sind weder Volk noch eine vom Volk legitimierte Vertretung. Sie sind auch nicht Teilvolk, wie etwa das Volk in Gebietskörperschaften. Sie können daher demokratische Legitimation nicht vermitteln. Entbehrt das Wahlorgan- auch nur zum Teil- der demokratischen Legitimation, so besitzt keines der von ihm gewählten Mitglieder die für die Berufung gebotene individuelle Legitimation. Die Legitimationskette ist nicht mehr ununterbrochen. Es kommt nicht darauf an, ob es sich bei den auf diese Weise Gewählten um eine Minderheit handelt“.

Der nordrhein-westfälische Verfassungsgerichtshof verneint demnach ein Wahlrecht, gesteht aber den Arbeitnehmern in Sparkassen Nordrhein-Westfalens wenigstens noch Vorschlagsrechte zur Wahl von Arbeitnehmervertretern in die Verwaltungsräte zu, die dann im Verwaltungsrat volles Stimmrecht haben.

Die Entscheidung wurde u. a. von Nagel/Bauers¹³ kritisiert, weil sie das Demokratieprinzip unzulässig verkürze. Richtig verstanden sei das Demokratieprinzip gegenüber den Grundrechten offen. Der Gesetzgeber dürfe die Grundrechte der Beschäftigten von öffentlich-rechtlichen Unternehmen, vor allem auch deren Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, dadurch effektivieren, dass er ihnen Mitbestimmungsrechte im Verwaltungsrat einräume.

1994 erklärte der Verfassungsgerichtshof von Rheinland-Pfalz¹⁴, dass im Bereich der Unternehmensmitbestimmung schon ein Vorschlagsrecht der Arbeitnehmerseite unter bestimmten Voraussetzungen gegen das Demokratieprinzip verstoße. Er erklärte die Aufstockung von Entscheidungsgremien (Verwaltungsräten, Werkausschüssen und Krankenhausausschüssen) der Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Hand um ein Drittel auf Vorschlag des Personalrats für verfassungswidrig. Zur Begründung führte er u. a. aus:

„Denn anders als das im Bereich der privaten Wirtschaft bestehende prinzipielle Spannungsverhältnis von Arbeit und Kapital, das zwischen den Interessen der Kapital- und Anteilseigner einerseits und dem Interesse der Arbeitnehmer andererseits zu typischen Konflikt- und Befriedigungskonstellationen mit einem regelmäßig homogenen Abstimmungsverhalten auf beiden Seiten führt, gibt es dies in staatlichen Betrieben nicht. Ist deren Entscheidungsgremium aus Vertretern unterschiedlicher Fraktionen zusammengesetzt, können sich in ihm ganz unterschiedliche Koalitionen bilden- etwa zwischen Vertretern der Opposition im Gemeinderat und den Arbeitnehmervertretern- mit der Konsequenz, dass das auf allgemeiner Wahl beruhende demokratische Mehrheitsprinzip nicht mehr durchgesetzt werden kann. Solche Verbindungen aber entziehen sich zwangsläufig dem Prinzip demokratischer Regierungsverantwortung.“

Der rheinland-pfälzische Verfassungsgerichtshof erklärte in dem zu entscheidenden Fall die Personalräte für nicht persönlich-demokratisch legitimiert, um auch nur Vorschlagsrechte für die Wahl von Arbeitnehmervertretern zu unterbreiten. Jedenfalls gelte dies in dem Fall, in

¹² VerfGH NW, NVwZ 1987, 211 ff.

¹³ Nagel/Bauers, Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen und Verfassungsrecht, 1990, 25 ff. m. w. N.

¹⁴ VerfGH RH-Pf, NVwZ-RR 1994, 665 ff.

dem das Vorschlagsrecht schon dann pflichtgemäß ausgeübt werde, wenn es mit nur einem Kandidaten über die Zahl der zu wählenden Beschäftigtenvertreter hinaus gehe. Darüber hinaus fehle den auf Grund des Vorschlags gewählten Gremienmitgliedern die sachliche Legitimation, um im Gremium abzustimmen, wenn man von Bagatellfällen absieht. Damit ist jeder Mitbestimmung auf Unternehmensebene faktisch der Boden entzogen.

Die Entscheidung wurde von Teilen des Schrifttums kritisiert. Blanke¹⁵ warf dem Gericht nicht nur ein verfehltes Demokratieverständnis vor, sondern wies auch darauf hin, dass es den Vertretern der Beschäftigten selbst dann, wenn sie auf den Vorschlag der Personalräte vom Gewährträger bestellt würden, als „Vertretern von Privatinteressen“ keine Mitentscheidungsbefugnis zubillige und damit den personell-demokratischen Legitimationsmodus der Beschäftigtenvertreter im Ergebnis vollständig disqualifiziere.

Fußend auf dieser Entscheidung erklärte Strehler¹⁶ in einem Gutachten aus dem Jahre 1995 die Drittelbeteiligung von gewählten Vertretern der Beschäftigten in den Verwaltungsräten der bayerischen Sparkassen für verfassungswidrig. Zulässig sei nur ein Wahlvorschlag, der auf Wunsch des allein wahlberechtigten Gewährträgers erweitert werden müsse. Außerdem müsse das Stimmrecht dieser „Beschäftigtenvertreter“ beschränkt werden. Für Verwaltungsratsbeschlüsse mit „grundlegender Bedeutung“ müsse eine Mehrheit verlangt werden, die sich ausschließlich aus den Stimmen der nicht als Bedienstetenvertreter agierenden Verwaltungsratsmitglieder einschließlich des Verwaltungsratsvorsitzenden zusammensetzt. Im Ergebnis ist Strehler noch etwas restriktiver als der rheinland-pfälzische Verfassungsgerichtshof und als der nordrhein-westfälische Verfassungsgerichtshof, was die Zulässigkeit der Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Sparkassen anbelangt. Er ist allerdings insofern konsequent, als er die Vertretung Privater, still Beteiligter in den Verwaltungsräten der hessischen Sparkassen (§ 23 HessSpkG) gleichfalls für verfassungswidrig erklärte.¹⁷ Es folgten Gutachten von Püttner¹⁸ und Gusy¹⁹, die sich bei aller teils zaghaften, teils deutlichen Kritik in Einzelheiten auf der Grundlinie des Urteils des Rheinland-Pfälzische Verfassungsgerichtshofs bewegen.

Bemerkenswert an der Stellungnahme des bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 14. 6. 1994 ist, dass es sich selbst auf der sehr restriktiven Linie des Gutachtens von Strehler nicht zu einer Beteiligung der Arbeitnehmerseite in den Verwaltungsräten der bayerischen Sparkassen durchringen konnte. Vorschlagsrechte der Beschäftigten hätten auch der rheinland-pfälzische Verfassungsgerichtshof und Strehler zugelassen. Auf diese Spielräume wird in der Stellungnahme nicht eingegangen. Dass nicht wenigstens ein Vorschlagsrecht der Beschäftigten für ein Drittel der Mitglieder der Verwaltungsräte diskutiert wurde, zwingt zu der Vermutung, dass die Mitbestimmung letztlich politisch nicht gewollt war.

In seiner Entscheidung vom 24. 5. 1995 begrenzte das Bundesverfassungsgericht²⁰ die Mitbestimmungsrechte der Personalräte in Schleswig-Holstein unter Berufung auf das Demokratie-

¹⁵ Blanke, Das direktive Mitbestimmungsrecht der Beschäftigten in wirtschaftlichen Einrichtungen der öffentlichen Hand, PersR 1997, 329 ff. und unveröffentlichtes Gutachten, Oldenburg 1997, S. 19 m. w. N.

¹⁶ Strehler, Verfassungsrechtliche Bewertung einer direktiven Mitbestimmung im Verwaltungsrat einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse in Bayern, Die Personalvertretung 1995, 342-360

¹⁷ Strehler a. a. O. S. 347

¹⁸ Püttner, Verfassungskonforme Sparkassengestaltung, Rechtsgutachten im Auftrag des Landes Rheinland-Pfalz, April 1995

¹⁹ Gusy, Voraussetzungen und Grenzen direktiver Mitbestimmung der Arbeitnehmer in selbständigen wirtschaftlichen Anstalten des Landes Rheinland-Pfalz, 1995

²⁰ BVerfGE 93,37

prinzip. Es handelt sich hier zwar um eine Entscheidung über die Reichweite der betrieblichen Mitbestimmung. Da die Stellungnahme des bayerischen Staatsministers des Innern vom 26. 3. 2007 sich aber hierauf stützt, weil das Bundesverfassungsgericht ebenfalls das Konstrukt von der ununterbrochenen Legitimationskette verwendet, soll hier eine zentrale Passage der Entscheidung zitiert werden:

„Uneingeschränkte personelle Legitimation besitzt der Amtsträger dann, wenn er verfassungsgemäß sein Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament oder dadurch erhalten hat, dass er durch einen seinerseits legitimierten, unter Verantwortung gegenüber dem Parlament handelnden Amtsträger oder mit dessen Zustimmung bestellt worden ist. Sieht das Gesetz ein Gremium als Kurationsorgan für die definitive Bestellung eines Amtsträgers vor, das nur teils aus personell legitimierten Amtsträgern zusammen gesetzt ist, so erhält der zu Bestellende volle demokratische Legitimation für sein Amt nur dadurch, dass die die Entscheidung tragende Mehrheit sich ihrerseits aus einer Mehrheit unbeschränkt demokratisch legitimierter Mitglieder des Kurationsorgans ergibt. Die Vermittlung personeller demokratischer Legitimation setzt weiter voraus, dass die personell demokratisch legitimierten Mitglieder eines solchen Kurationsorgans bei ihrer Mitwirkung an der Bestellung eines Amtsträgers ihrerseits auch parlamentarisch verantwortlich handeln.“

Das Bundesverfassungsgericht verlangt also für die Mitbestimmung der Personalräte im öffentlichen Dienst, hier vor allem die Zusammensetzung der Einigungsstelle, dass die demokratisch legitimierten Vertreter im Kurationsorgan die „Mehrheit in der Mehrheit“ besitzen, d. h., dass sich die Mehrheit der im Sinne des Konstrukts der ununterbrochenen Legitimationskette vom Amtsträger zum Volk demokratisch legitimierten Vertreter nach dem Erfordernis der doppelten Mehrheit (Mehrheit des Organs plus Mehrheit der demokratisch legitimierten Vertreter) letztlich durchsetzen kann. Das Bundesverfassungsgericht wendet sich damit von seinem ursprünglichen, offenen Demokratiebegriff der „freien Selbstbestimmung Aller“ ab, ohne dies in der Begründung auszuweisen. Die Entscheidung bezieht sich allerdings in dem zu entscheidenden Fall auf die betriebliche Mitbestimmung im öffentlichen Dienst Schleswig-Holsteins, wonach in bestimmten Fragen letztlich eine Einigungsstelle entscheidet. Die Bestellung der Mitglieder dieser Einigungsstelle muss für alle Positionen, auch für die von der Arbeitnehmerseite vorgeschlagenen Mitglieder, letztlich auf die „Mehrheit in der Mehrheit“, also die Mehrheit der demokratisch legitimierten Vertreter im Sinne der Definition des Bundesverfassungsgerichts zurückzuführen sein. Eine entsprechende sachliche Legitimation der anderen Vertreter verneint das Gericht.

Auch das Bundesverfassungsgericht bewegt sich bei seiner Einschränkung der (betrieblichen) Mitbestimmung durch das Konstrukt von der ununterbrochenen Legitimationskette auf der restriktiven Interpretationsebene des rheinland-pfälzischen Verfassungsgerichtshofs und des nordrhein-westfälischen Verfassungsgerichtshofs, fordert aber nicht mehr die Reduktion der Arbeitnehmerseite auf ein Vorschlagsrecht, sondern lässt die „Mehrheit in der Mehrheit“ im Kurationsorgan genügen.

In seiner scharfen Kritik der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts arbeitet Blanke²¹ zuerst heraus, dass es nach der engen Ausgangsposition des Gerichts eigentlich keine Mitbestimmung der Personalvertretung im öffentlichen Dienst geben dürfte (S. 42). Dann zeigt er auf, wie das Gericht den demokratischen Gesetzgeber desavouiert und sich in eine „demokratiethoretische Abseitsstellung“ begibt (S. 44). Er kommt dann doch zu dem für ihn selbst überraschenden Ergebnis, dass noch erhebliche Spielräume für die Mitbestimmung verbleiben

²¹ Blanke, Das direktive Mitbestimmungsrecht der Beschäftigten in wirtschaftlichen Einrichtungen der öffentlichen Hand, Gutachten zu § 110 des niedersächsischen Personalvertretungsgesetzes, Oldenburg 1997, abgedruckt in Der Personalrat 1997, 327-344; vgl. auch Blanke, Antidemokratische Effekte der verfassungsgerichtlichen Demokratietheorie, KJ 1998, 452 ff.

(S. 45 ff.). Es geht letztlich um eine Absenkung und Angleichung auf das Niveau der betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte (S. 48). Dieses Niveau wird vom Gericht mit der Betroffenheit der Beschäftigten, mit ihren arbeits- und dienstvertraglichen Interessen, gerechtfertigt (S. 49). Der Kritik, die z. T. abgeschwächt von anderen Autoren²² geteilt wird, ist zuzustimmen.

Es sollte sich in der Folge zeigen, dass die Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts größere Spielräume für die wirtschaftliche Mitbestimmung eröffnet als die vorangegangenen Entscheidungen der Verfassungsgerichtshöfe in Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz. Eine erste Entscheidung, in der diese Spielräume deutlich wurden, wurde 1999 gefällt. Ende 1999 erklärte der Berliner Verfassungsgerichtshof die Teilprivatisierung der Berliner Wasserwerke für verfassungskonform²³. Der Berliner Verfassungsgerichtshof verwarf aber Teile der Gebührenregelung, weil sie gegen das Demokratieprinzip verstießen. Bei rein formaler Betrachtung ist diese Entscheidung zwar, da sie nur für das Land Berlin gilt, für Bayern nicht relevant. Gleichwohl soll sie hier referiert werden, da das Demokratieprinzip in gleicher Weise auch für Bayern gilt. Das Land hatte die Berliner Wasserbetriebe, eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts, einer privatrechtlich organisierten, mehrheitlich in öffentlicher Hand stehenden Holding unterstellt und dieser ein begrenztes Weisungsrecht übertragen. Der Verfassungsgerichtshof nutzte die Konstruktion von der ununterbrochenen Legitimationskette, um die Grenzen einer derartigen Konstruktion einer Teilprivatisierung zu bestimmen. Er erklärte zwar die Teilprivatisierung für zulässig. Das Demokratieprinzip wurde aber insofern als Schranke für Privatisierungen herangezogen, als sichergestellt werden muss, dass die Entscheidung über die Erteilung von Weisungen an die Anstalt letztlich in der Hand des Gewährträgers (hier Land Berlin) verbleibt. Die demokratisch legitimierten Vertreter des Gewährträgers müssen die letztentscheidende Einflussmöglichkeit behalten. Die aus der Verfassung von Berlin herzuleitenden Grundsätze des Gebührenrechts, namentlich der Gleichbehandlungsgrundsatz und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, müssen, so das Gericht, auch im Rahmen des Verwaltungsprivatrechts bei der Erhebung privatrechtlicher Entgelte für Leistungen der öffentlichen Verwaltung beachtet werden.

Der Berliner Verfassungsgerichtshof interpretiert die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1995 mit Recht als eine Abkehr von der Rechtsprechung des nordrhein-westfälischen Verfassungsgerichtshofs von 1987²⁴. Es führt im Einzelnen aus:

„Sieht das Gesetz ein Gremium als Kurationsorgan eines Amtsträgers vor, das nur teilweise aus personell legitimierte Amtsträgern zusammengesetzt ist, so erhält der zu bestellende Amtsträger volle demokratische Legitimation für sein Amt dadurch, dass die die Entscheidung tragende Mehrheit sich ihrerseits aus einer Mehrheit demokratisch legitimerter und parlamentarisch verantwortlich handelnder Mitglieder des Kurationsorgans ergibt. Die Zusammensetzung entscheidungsbefugter Kollegialorgane fordert nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mithin nicht, dass alle an der Entscheidung Beteiligten über individuelle demokratische Legitimation verfügen müssen (anders noch u. a. NW VerfGH, NVwZ 1987, 211, 212). Entscheidend ist vielmehr, dass nicht nur die Mehrheit der Mitglieder demokratisch legitimiert ist, sondern überdies die konkrete

²² Vgl. schon Plander, Mitbestimmung Plander, Mitbestimmung durch Personalvertretungen als Verfassungsproblem, 1987; Dopatka, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, revisited, KJ 1996, 224, 236 ff. m. w. N.; Bryde StWStP 5 (1994) 305, 315; Rinken, KritV 79 (1996), 282 ff.; Fisahn, KritV 79 (1996) 267 ff.; Bull in Greven u. a. (Hg.), Festschrift für Bermbach, 1998, 241 ff.; Battis/Kersten, DÖV 1996, 584 ff. m. w. N.; schwächer Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, 281 ff.; Schuppert, Der Staat 32 (1993) 581, 595 ff.; für die Argumentation des BVerfG Ehlers in Festschrift Stein, 2002, 132 und Pieroth in Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 9. Aufl. 2007, Art. 20 Rn 9a

²³ BerlVerfGH NVwZ 2000, 794 m. Anm. Wolfers, NVwZ 2000, 765

²⁴ VerfGH NW, NVwZ 1987, 211 ff.

Entscheidung von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen wird („Prinzip der doppelten Mehrheit“; BVerfGE 93, 37, 72).

Der Berliner Verfassungsgerichtshof geht in dieser kurz gehaltenen Begründung nicht auf die Tatsache ein, dass das Bundesverfassungsgericht sich im Jahre 1995 mit einer Einigungsstelle nach dem schleswig-holsteinischen Personalvertretungsrecht und nicht mit der Mitbestimmung im Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat zu befassen hatte. Eine Einigungsstelle ist ein Entscheidungsgremium, das in einem Konfliktfall letztinstanzlich als Schlichtungsstelle tätig wird. Ein Aufsichtsrat ist ein Wahl- und Kontrollorgan; ein Verwaltungsrat, wie es ihn bei den bayerischen Sparkassen gibt, ist darüber hinaus ein Entscheidungsorgan, in dem nach dem monistischen Organisationsprinzip auch gleichzeitig die Kontrolle dieser Entscheidungen stattfinden soll.

An dem ablehnenden Schreiben des bayerischen Innenministers Beckstein vom 28. 3. 2007 fällt auf, dass es die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zwar zitiert, aber dessen Konsequenzen für die Entscheidung über die Petition vom 14. 3. 1994 bzw. die Initiative des Abgeordneten Neumeyer vom 22. 2. 2007 nicht diskutiert. Auch nach der restriktiven Auffassung des Bundesverfassungsgerichts wäre die Wahl eines Drittels der Verwaltungsratsmitglieder von bayerischen Sparkassen durch die Beschäftigten möglich gewesen, sofern bei bestimmten Entscheidungen die „Mehrheit in der Mehrheit“, d. h. das Erfordernis einer zusätzlichen Mehrheit der vom Gewährträger bestimmten Verwaltungsratsmitglieder gesichert worden wäre. Ähnlich wie in der Stellungnahme vom 14. 6. 1994 werden die nach dem zitierten Urteil verbleibenden Gestaltungsspielräume nicht ausgeleuchtet. Es drängt sich auch hier die Vermutung auf, dass die Mitbestimmung schlicht politisch nicht gewollt ist und die verfassungsrechtlichen Argumente zur Abstützung dieser politischen Ablehnung herangezogen werden.

Nach der Jahrtausendwende und vor der ablehnenden „Stellungnahme des bayerischen Innenministers vom 28. 3. 2007 kam es dann doch zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Unternehmensmitbestimmung im öffentlich-rechtlichen Bereich. Am 5. 12. 2002 entschied²⁵ es über den Vorlagebeschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. 12. 1997²⁶ zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Wahl von Arbeitnehmervertretern in die Unternehmensorgane des Lippe-Verbandes und der Emscher Genossenschaft. Im Einzelnen ging es um die Zusammensetzung der Verbands- und Genossenschaftsversammlung, des Verbands- und Genossenschaftsrates sowie des Vorstandes. Beim Lippe-Verband und bei der Emscher Genossenschaft handelt es sich um sog. Wasserverbände, einen Bereich der nicht-kommunalen Selbstverwaltung, der zusammen gefasst auch als funktionale Selbstverwaltung bezeichnet wird.²⁷ Hierfür kennzeichnend ist die öffentlich-rechtliche Organisationsform und die Rekrutierung der Entscheidungsorgane aus den Betroffenen bzw. Mitgliedern. Wasserverbände als öffentlich rechtlich organisierte Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung wurden bereits im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 25. 7. 1959²⁸ für verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen, wenn legitime öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden. Das Gericht bestätigt diese Rechtsprechung. Es sei Sache des gesetzgeberischen Ermes-

²⁵ BVerfGE 107,59= NVwZ 2003, 974; dazu kritisch Becker, DÖV 2004, 910 und Unruh, JZ 2003, 1061; vgl. später auch Kirchhof, JZ 2004, 981

²⁶ BVerwG NVwZ 1999, 870; BVerwGE 106, 64

²⁷ vgl. Tettinger/Mann und Salzwedel, Wasserverbände und demokratische Legitimation, 2000; Blanke, in: Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 32-58; zur funktionalen Selbstverwaltung als aufgabenbezogene, weisungsfreie Verwaltung durch juristische Personen des öffentlichen Rechts grundlegend Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991; zum Urteil Hanbeck, DÖV 2004, 901

²⁸ BVerfGE 10, 89- Erftverband

sens zu entscheiden, welche Aufgaben der Staat nicht durch seine Behörden, sondern durch eigens gegründete öffentlich-rechtliche Anstalten oder Körperschaften erfülle.

Andere Formen der funktionalen Selbstverwaltung, d. h. der Ausgliederung von öffentlichen Aufgaben aus der unmittelbaren staatlichen Verwaltung, sind die Industrie- und Handelskammern²⁹, die Stabilisierungsfonds für Wein³⁰, die Arbeitnehmerkammern³¹ sowie die Wasser- und Bodenverbände in Schleswig-Holstein³². Mit einer „funktionalen Selbstverwaltung“ im weiteren Sinne, die darin besteht, dass eine Kommune oder ein Land ein öffentliches Unternehmen in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts (Anstalt oder Körperschaft), also zum Beispiel auch eine Sparkasse, gründet und betreibt, hat sich das Bundesverfassungsgericht unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips bisher nicht beschäftigt.

Das Bundesverfassungsgericht beharrt grundsätzlich auf seiner bisherigen Rechtsprechung zur ununterbrochenen Legitimationskette vom Amtsträger zum Volk. Es führt dazu aus:

„Sowohl das Demokratieprinzip in seiner traditionellen Ausprägung einer ununterbrochen auf das Volk zurück zu führenden Legitimationskette für alle Amtsträger als auch die funktionale Selbstverwaltung als organisierte Beteiligung der sachnahen Betroffenen an den sie berührenden Entscheidungen verwirklichen die sie verbindende Idee der sich selbst bestimmenden Menschen in einer freiheitlichen Ordnung.“

Demokratisches Prinzip und Selbstverwaltung stehen, so das Gericht, unter dem Grundgesetz nicht im Gegensatz zueinander. Der Gesetzgeber darf für abgegrenzte Bereiche der Erledigung öffentlicher Aufgaben besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung schaffen. Dadurch darf zum einen ein wirksames Mitspracherecht der Betroffenen geschaffen und verwaltungsexterner Sachverstand aktiviert werden. Mit der Übertragung der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Form der Selbstverwaltung darf der Gesetzgeber zum anderen das Ziel verfolgen, einen sachgerechten Interessenausgleich zu erleichtern und so dazu beizutragen, dass die von ihm beschlossenen Zwecke und Ziele effektiver erreicht werden.³³ Gelingt es, die eigenverantwortliche Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe mit privater Interessenswahrung zu verbinden, so steigert dies die Wirksamkeit des parlamentarischen Gesetzes. Denn die an der Selbstverwaltung beteiligten Bürger nehmen die öffentliche Aufgabe dann auch im wohlverstandenen Eigeninteresse wahr; sie sind der öffentlichen Gewalt nicht nur passiv unterworfen, sondern an ihrer Ausübung aktiv beteiligt. Der Gesetzgeber darf, so das Gericht, insbesondere Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge auf Selbstverwaltungseinrichtungen übertragen. Er genießt hierbei eine weitgehende Organisationsfreiheit, darf aber keine Ausgestaltung vorschreiben, die mit dem Grundgedanken autonomer interessengerechter Selbstverwaltung einerseits und effektiver öffentlicher Aufgabenwahrnehmung andererseits unvereinbar wäre.

Der Bereich der funktionalen Selbstverwaltung, zu dem die beiden Wasserwirtschaftsverbände gehören, erfordert es, so das Gericht, nicht, dass die Befugnis zu verbindlichem Handeln mit Entscheidungscharakter im Wege einer lückenlosen personellen Legitimationskette vom Volk zum einzelnen Entscheidungsbefugten zu verleihen ist. Verbindliches Handeln mit Entscheidungscharakter ist den Organen von Trägern der funktionalen Selbstverwaltung aus der Sicht des Gerichts aber nur gestattet, weil und soweit das Volk auch insoweit sein Selbstbe-

²⁹ vgl. dazu BVerfGE 15, 235, 242

³⁰ vgl. BVerfGE 37, 1, 26

³¹ vgl. BVerfGE 38, 281, 299

³² vgl. BVerfGE 58, 45, 62

³³ Das Gericht zitiert hier sein Urteil von 1974 zu den Stabilisierungsfonds für Wein, BVerfGE 37, 1, 26

stimmungsrecht wahr, indem es maßgeblichen Einfluss auf dieses Handeln behält. Hierzu reicht es aus, dass die Aufgaben und Handlungsbefugnisse der Organe in einem von der Volksvertretung beschlossenen Gesetz ausreichend vorbestimmt sind und ihre Wahrnehmung der Aufsicht personell demokratisch legitimierter Amtswalter unterliegt.

Vor dem Hintergrund dieser Kriterien erklärt das Bundesverfassungsgericht die Organisations- und Entscheidungsstrukturen sowohl des Lippe-Verbandes als auch der Emscher Genossenschaft für vereinbar mit dem Demokratieprinzip. Für die Arbeitnehmermitbestimmung sind insbesondere die Aufgaben und die Zusammensetzung des Verbandsrats bzw. Genossenschaftsrats und des Vorstandes relevant. Der Verband bzw. Genossenschaftsrat überwacht die Führung der Geschäfte durch den Vorstand, wählt den Vorstand und bestellt ein Vorstandsmitglied zum Vorsitzenden. Die Funktion des Verbandsrats entspricht weitgehend der des Aufsichtsrats im Aktienrecht. Der Vorstand erledigt die Geschäfte der laufenden Verwaltung und besitzt eine Auffangzuständigkeit für alle diejenigen Aufgaben, welche nicht aufgrund des Gesetzes oder der Satzung anderen Verbandsorganen obliegen. Der Vorstandsvorsitzende bereitet die Beschlüsse der Verbands- bzw. Genossenschaftsorgane vor und führt sie aus; er leitet die Verbands- bzw. Genossenschaftsverwaltung. Der Vorstand kann Beschlüsse des Verbands bzw. Genossenschaftsrats, die den Interessen des Verbandes bzw. der Genossenschaft zuwider laufen, beanstanden. Die Aufgaben entsprechen weitgehend denen des Vorstandes einer Aktiengesellschaft. Im Verbands- bzw. Genossenschaftsrat kommt den Arbeitnehmervertretern eine Drittelbeteiligung zu; sie stellen fünf der jeweils fünfzehn Mitglieder. Die Verbands- bzw. Genossenschaftsversammlung wählt (ohne Arbeitnehmervertreter) die Arbeitnehmervertreter in den Verbands- bzw. Genossenschaftsrat auf einen Vorschlag des Personalrats, der die doppelte Anzahl der zu wählenden Mitglieder enthalten muss. Die Arbeitnehmerseite hat also nur ein Vorschlagsrecht, kein Wahlrecht.

Das Bundesverfassungsgericht akzeptiert das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel der Effektivitätssteigerung, das durch die Übertragung von Aufgaben auf die Arbeitnehmervertreter in den Unternehmensorganen verwirklicht werden soll. Damit wird, so das Gericht, das Demokratieprinzip gestärkt, denn der im Gesetz manifestierte Volkswille vollendet sich erst in der praktischen Durchsetzung. Das Gericht akzeptiert auch das gesetzgeberische Ziel, wonach die Arbeitnehmermitbestimmung ein spezifisches Instrument des Informationstransfers auf der Ebene der Unternehmensleitung darstellen soll. Dies fördere neben der Effizienz der Verbands- bzw. Genossenschaftsarbeit auch den Betriebsfrieden. Das Gericht meldet allerdings Zweifel daran, ob die Erhaltung des Betriebsfriedens es erfordere, dass die Arbeitnehmervertreter außerhalb der Wahrnehmung ihrer Belange in allen Angelegenheiten der Wasserwirtschaftsverbände mitbestimmen. Außerdem sei fraglich, ob Beschäftigte, die nicht den Wasserwirtschaftsverbänden angehören und auf Vorschlag der in den Verbänden vertretenen Gewerkschaften gewählt werden, imstande sind, für einen die Effektivität steigernden Informationstransfer zu sorgen. Das Gericht kann aber keine offenkundige Zweckuntauglichkeit dieser beiden Regelungen feststellen. Es erklärt sie für verfassungskonform.

In den Vorstand des Verbandes bzw. der Genossenschaft wird ein für personelle und soziale Angelegenheiten zuständiges Vorstandsmitglied gewählt, wobei den Arbeitnehmervertretern im Verbands- bzw. Genossenschaftsrat ein Vetorecht zukommt. Das Gericht hält auch diese Regelungen für mit dem Demokratieprinzip vereinbar. Zum einen sei das für personelle und soziale Angelegenheiten zuständige Vorstandsmitglied auf die Stimmenmehrheit des Rats in seiner Gesamtheit angewiesen. Außerdem besitze dieses Vorstandsmitglied im jeweils fünfköpfigen Vorstand keine Mehrheit; in allen wichtigen Angelegenheiten sei eine Entscheidung des gesamten Vorstandes vonnöten. Schließlich entscheide über die Grundsätze für die An-

stellungsverhältnisse der Beschäftigten der gesamte Vorstand und beim Abschluss von Dienstvereinbarungen handle für die Dienststelle primär der Dienststellenleiter, also der jeweilige Vorstandsvorsitzende.

Auf das Erfordernis der doppelten Mehrheit im Rat geht das Gericht nicht ein; hier unterscheidet sich der Beschluss von 2002 von dem des Jahres 1995. Es ist aber zu beachten, dass im Jahre 1995 über die direkte Wahl von Mitgliedern der Arbeitnehmerseite in der entscheidungsbefugten Einigungsstelle nach dem Personalvertretungsrecht zu entscheiden war, während im Jahre 2002 über ein Vorschlagsrecht des Personalrats für die Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Verbands- bzw. Genossenschaftsrat zu entscheiden war, wobei die ohne Arbeitnehmervertreter zusammengesetzte Verbands- bzw. Genossenschaftsversammlung über einen Vorschlag zu entscheiden hat, der die doppelte Anzahl der zu wählenden Mitglieder enthalten muss.

Festzuhalten ist, dass in allen zitierten Entscheidungen über eine Einschränkung der Mitbestimmung in Betrieben oder Unternehmen der öffentlichen Hand zu entscheiden war. Das Demokratieprinzip wurde zur Begründung dieser Einschränkung herangezogen. Demgegenüber ergeben sich mögliche Einschränkungen der Mitbestimmung in der Privatwirtschaft aus den Grundrechten der Anteilseigner.

Das Bundesverfassungsgericht befindet sich mit seiner Entscheidung von 2002 auf dem meines Erachtens richtigen Weg, der weg von einer restriktiven, formal auf die Volkssouveränität abstellenden, rein staatsgerichteten Interpretation des Demokratieprinzips und wieder zurück zum Grundgedanken der freien Selbstbestimmung Aller³⁴ führt, auf den sich das Gericht ursprünglich bezogen hatte. Zuzustimmen ist insbesondere der Position des Gerichts, dass der Gesetzgeber zur Erledigung öffentlicher Aufgaben besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung schaffen und hierbei durch ein Mitspracherecht der Betroffenen sowie durch die Aktivierung verwaltungsexternen Sachverständigen einen sachgerechten Interessenausgleich erleichtern als auch die Erreichung der Ziele und Zwecke effektivieren kann. Richtungsweisend ist die Feststellung, wonach eine gelungene Verbindung der eigenverantwortlichen Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben mit privater Interessenwahrung die Wirksamkeit des parlamentarischen Gesetzes steigert, weil die an der Selbstverwaltung beteiligten Bürger die öffentliche Aufgabe dann auch im wohlverstandenen Eigeninteresse wahrnehmen; sie sind in der Tat der öffentlichen Gewalt „nicht nur passiv unterworfen, sondern an ihrer Ausübung aktiv beteiligt“.

Bedenklich ist allerdings die hochnotpeinliche Prüfung des Gerichts, ob die Erhaltung des Betriebsfriedens es erfordere, dass die Arbeitnehmervertreter außerhalb der Wahrnehmung ihrer Belange in allen Angelegenheiten der Wasserwirtschaftsverbände mitbestimmen, und ob Beschäftigte, die nicht den Wasserwirtschaftsverbänden angehören und auf Vorschlag der in den Verbänden vertretenen Gewerkschaften gewählt werden, imstande seien, für einen die Effektivität steigernden Informationstransfer zu sorgen. Hier kehrt sich das Gericht wieder vom Demokratieprinzip ab. Mit derselben Akkuratessse könnte man fragen, ob das volle Wahlrecht einer Putzfrau zum Bundestag gerechtfertigt ist, wo sie doch möglicherweise nicht die für die Erfassung der komplizierten politischen Zusammenhänge erforderliche Sachkenntnis besitze. Die Ausgangsformel von der freien Selbstbestimmung aller geht im Gestrüpp der widerstreitenden Argumente von der Legitimationskette zum Teil verloren. Im Übrigen wird

³⁴ BVerfGE 5, 85,147; 44, 125, 142; dazu Bryde, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Blanke u. a., Demokratie und Grundgesetz, 1998, S. 59-70

die Frage nach der Sachkenntnis der übrigen Mitglieder im Verbandsrat bzw. Genossenschaftsrat, unter denen sich auch private Bergwerkseigentümer und Unernehmen befinden, gar nicht erst gestellt, die Sachkenntnis demnach also ohne Begründung unterstellt. Letztlich werden zwar die Anforderungen an die Zusammensetzung des Selbstverwaltungsorgans gegenüber der rein formalen Konstruktion von der ununterbrochenen Legitimationskette ein Stück weit zurückgenommen, festgehalten wird aber an dem Grundsatz, dass Selbstverwaltung kein Realisationsmodus der Demokratie ist.³⁵ Man muss weiter gehen und den Konstruktionsgedanken aufgeben, dass Volk nach Art. 20 Abs. 2 Satz 11 GG nur das Staatsvolk ist und die Mitglieder der funktionalen Selbstverwaltung keine legitimationsfähigen Teilmölkler bilden. Dies ist möglich, wenn man das Demokratieprinzip nicht auf eine rein staatsbezogene, bei historischer Betrachtung nicht notwendigerweise mit dem Demokratieprinzip verknüpfte Volkssouveränität nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG beschränkt, sondern auch i. S. von Art. 20 Abs. 1 GG auf den Grundgedanken der Selbstbestimmung Aller zurückführt. Funktionale Selbstverwaltung ist dann, wenn und soweit ihre Willensbildung „von unten nach oben“ organisiert ist, ein Realisationsmodus von Demokratie.³⁶

bb) Sparkassen als Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse nach Art. 16 des EG-Vertrages

Es fragt sich, inwieweit diese für den Bereich der funktionellen Selbstverwaltung formulierten Grundsätze auch für die Eigentätigkeit der öffentlichen Hand in öffentlich-rechtlichen Unternehmen wie z. B. den Sparkassen gelten soll. In die Nähe der funktionellen Selbstverwaltung gelangen wirtschaftliche Dienste im Bereich der klassischen Daseinsvorsorge. In der Terminologie des europäischen Gemeinschaftsrechts nennt man sie Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse. Nach Art. 16 des EG-Vertrages (EGV) und Art. 36 der Europäischen Grundrechtscharta werden für den Bereich der Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse Besitzstände der Mitgliedstaaten, d. h. ihre Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten in Bezug auf den Zugang zu diesen Diensten, zu Werten erklärt, welche die Europäische Gemeinschaft anerkennen und achten muss, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern.³⁷ In Art. 16 EGV heißt es:

„Unbeschadet der Art. 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer

³⁵ Vgl. Neumann, Demokratieprinzip und funktionale Selbstverwaltung, in: Rechtstheorie in rechtspraktischer Absicht, Freundesgabe zum 70. Geburtstag von Friedrich Müller, herausgegeben von Christensen und Pieroth, 2008, S. 155-170, 159

³⁶ Vgl. Neumann a. A. O. S. 165 mit dem Hinweis, dass Volkssouveränität ursprünglich der Gegenbegriff zur Fürstensouveränität war.

³⁷ Zur Begrifflichkeit ist zu sagen, dass die Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse in Art. 16 EG etwas anders definiert sind als in der Alltagssprache. Im Französischen heißt es: „services d'intérêt économique général“ im Gegensatz zur Alltagssprache „service public“, im Englischen „services of general economic interest“ im Gegensatz zum alltäglich gebrauchten Begriff „universal service“. Im Italienischen heißt es „servizi di interesse economico“ und im Spanischen „servicios de interés económico general“. In der deutschen Alltagssprache wird der Begriff „Daseinsvorsorge“ verwendet. In Deutschland gibt es eine sprachliche Besonderheit: In Art. 86 Abs. 2 heißt es „Dienstleistungen“, in Art. 16 heißt es „Dienste“. In den anderen Mitgliedstaaten werden einheitliche Begriffe (services, servizi bzw. servicios) verwendet. Die deutsche Besonderheit resultiert daraus, dass Art. 16 die Dienste „an sich“ meint, während Art. 86 Abs. 2 an die Erbringung der Dienste anknüpft. Die Regelungen beziehen sich auf denselben Gegenstand: Es geht um Dienstleistungen, bei denen die Mitgliedstaaten sich nicht darauf verlassen können und müssen, dass sie in der erforderlichen Qualität und im erforderlichen Umfang durch den Markt bereitgestellt werden, sondern im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse Vorschriften erlassen dürfen, welche die Erbringung dieser Dienste quantitativ und qualitativ sicherstellen.

Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrags dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können“.

Zu verstehen ist diese Vorschrift vor dem Hintergrund der Wettbewerbsregeln in Art. 81 EG-Vertrag (Kartellverbot), Art. 82 (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) Art. 86 (öffentliche Monopole) und Art. 87 (Beihilfenkontrolle). Bisher wurden öffentliche und monopolartige Unternehmen nach Art. 86 Abs. 2 ganz oder zum Teil von den Wettbewerbsregeln ausgenommen. Staatliche Beihilfen sind nach Art. 87 EGV nur eingeschränkt zulässig. Art. 16 verweist auf Art. 86 und Art. 87 des EG-Vertrages; damit ist das EG-Wettbewerbsrecht indirekt über Art. 86 wieder als Einschränkung in den Anwendungsbereich des Artikels 16 EG-Vertrag eingefügt worden. Bestehen bleibt lediglich das Postulat, die Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse besser als bisher zu schützen. Auch hier kann es sich um Selbstverwaltungseinrichtungen handeln, die in ihrer praktischen Tätigkeit der funktionalen Selbstverwaltung nahe kommen.

Artikel 86 hat folgenden Wortlaut:

Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten.

Die Kommission definiert den Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse als „marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden“. Da sich der Begriff der Daseinsvorsorge in keinem anderen EG-Mitgliedstaat außer Österreich findet, ist für die folgenden Überlegungen streng am Wortlaut des EG-Vertrages festzuhalten, der diese Begrifflichkeit vermeidet und stattdessen die Übersetzung „Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ verwendet. Demnach ist auch offen, ob diese Dienste vom Staat oder von Privaten erbracht werden. Der Staat hat nach Art. 16 lediglich zu gewährleisten, dass die Dienste erbracht werden, nicht, dass sie von der öffentlichen Hand erbracht werden. Zu fragen ist, ob die deutschen Sparkassen als Anstalten des öffentlichen Rechts Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse i. S. von Art. 16 EGV sind und als solche ebenso wie die als Träger der funktionalen Selbstverwaltung genannten Institutionen geschützt sind.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs weisen Dienstleistungen zugunsten sämtlicher Nutzer im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs ein allgemeines wirtschaftliches Interesse auf. Man spricht ja auch von Universaldiensten. An einem allgemeinen

Charakter fehlt es, wenn die Dienstleistung Privat- oder Partikularinteressen dient. Ein besonderes Interesse der Gemeinschaft ist hingegen nicht erforderlich, es genügt vielmehr das Interesse einer Gemeinde oder der Bevölkerung eines Teils eines Mitgliedstaats.

Nach der Systematik des EG-Wettbewerbsrechts und der Marktfreiheiten fallen grundsätzlich nur wirtschaftsbezogene Tätigkeiten in den Anwendungsbereich von Art. 86 Abs. 2 Satz 1, so dass lediglich insoweit Konfliktfälle denkbar sind. Insbesondere die Unternehmensdefinition setzt ein marktbezogenes Handeln voraus. Im Falle des mangelnden wirtschaftlichen Charakters der Tätigkeit entfällt bereits die Unternehmensqualität. Folglich entstehen zumindest keine Konflikte mit den Wettbewerbsregeln und den wirtschaftsbezogenen Regeln des EG-Vertrags. Man ist sich einig in der Auffassung, dass nicht wirtschaftliche Tätigkeiten wie z. B. die Flugsicherung, das nationale Bildungssystem und die nationalen Pflichtsysteme der Sozialversicherung mangels Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln von vorne herein nicht in den Anwendungsbereich von Art. 86 des EG-Vertrages fallen und auch nicht als Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, sondern lediglich als Dienst im allgemeinen Interesse zu kennzeichnen sind. Dies bedeutet: Diese Dienste unterliegen nicht dem EG-Wettbewerbsrecht.

Zwar handelt es sich bei dem Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse um einen autonomen Begriff der Gemeinschaftsrechtsordnung. Den Mitgliedstaaten kommt aber – unter Beachtung ihrer jeweiligen Kompetenzen – ein weiter Spielraum bei der Definition des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses der Leistungserbringung zu. Sie verfügen – juristisch formuliert – über eine Einschätzungsprärogative.³⁸ Die Kontrolle der europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs beschränkt sich darauf, zu untersuchen, ob eine missbräuchliche Anwendung im Einzelfall festgestellt werden kann. Unproblematisch ist die Bejahung des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses bei der Abwicklung des Flussverkehrs über einen Hafen³⁹, bei der Forschung und Entwicklung landwirtschaftlicher Erzeugnisse⁴⁰, bei öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten⁴¹, im Verkehrs-⁴², Telekommunikations-⁴³, Post-⁴⁴ und Energiebereich⁴⁵ sowie in der Abfallentsorgung⁴⁶.

Der Europäische Gerichtshof hat auch die flächendeckende Deckung des Bedarfs von Apotheken durch den Großhandel⁴⁷ als allgemeines wirtschaftliches Interesse anerkannt; hinzu kommt der flächendeckende Notfalltransport zu einheitlichen Benutzungsentgelten bei gleicher Qualität.⁴⁸ Allgemein kann wohl auch die Gesundheitsvorsorge durch den Betrieb von Kurhäusern und die Tätigkeit von Krankenhäusern als allgemeines wirtschaftliches Interesse angesehen werden.⁴⁹ Hierzu gibt es aber noch keine Gerichtsentscheidung.

³⁸ Im Fall *Almelo*, Slg. 1994, I-1477, Rs. C 393/92, Rz. 50, hat der EuGH dem Mitgliedstaat einen Beurteilungsspielraum darüber zugestanden, ob eine Verpflichtung zu Universaldiensten eine möglicherweise wettbewerbsbeschränkende Ausschließlichkeitsbindung eines Energielieferanten rechtfertigen kann. Von einer Einschätzungsprärogative sprechen Koenig/Kühling in Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 86 Rz. 47.

³⁹ EuGH Slg. 1971, 723 Rz. 8 und 12

⁴⁰ EuGH Slg. 1982, 2015 Rz. 9 - Nungesser

⁴¹ EuGH Slg. 1974, 409 Rn. 15

⁴² EuGH Slg. 1989, 838, Rz. 47 ff. weitere Zitate, auch der Gegenmeinungen, bei Koenig/Kühling in Streinz, EUV/EGV, 2003, Rz. 48 zu Art. 86

⁴³ EuGH Slg. 1991, I-5941 Rz. 16

⁴⁴ EuGH Slg. 1993, I-2533 Rz. 14

⁴⁵ EuGH Slg. 1997, I-5815 Rz. 59, Rs. C-159/94

⁴⁶ Vgl. Koenig/Kühling in Streinz, EUV/EGV, 2003, Rz. 49 zu Art. 86

⁴⁷ EuGH Slg. 2001, I-9067, Rs. 53/2000, Rz. 52 ff. - Ferring

⁴⁸ EuGH Slg. 2001, I-8089, Rz. 55

⁴⁹ Vgl. Koenig/Kühling a.a.O. Rz. 50

Letztlich geht es um die Befreiung einer wirtschaftlichen Betätigung von den Wettbewerbsregeln aufgrund politischer Gemeinwohlziele. So stellen beispielsweise die Gewährleistung einer flächendeckenden Versorgung (eines regionalen Netzes) und die Förderung des Mittelstandes sowie der wirtschaftlich schwächeren Bevölkerungskreise (soziales Netz) ein derartiges Gemeinwohlziel dar. Diese Zielsetzung ist im Falle der Sparkassen relevant. Fraglich ist nur, wo der wirtschaftliche Kontext anfängt. Wenige Tätigkeiten weisen keinen wirtschaftlichen Charakter auf. Man kann auch bei karitativer, fürsorgerischer, sozialer und kultureller Zweckerfüllung von einer unternehmerischen Betätigung sprechen. Hier ist ein Konfliktpotenzial gegeben, auf das im Rahmen dieser Untersuchung jedoch nicht weiter einzugehen ist, da die Kreditversorgung für wirtschaftlich schwächere Bevölkerungskreise und den Mittelstand sowie die Bereitstellung eines Zweigstellennetzes in der Fläche durch die Sparkassen in jedem Fall einen wirtschaftlichen Charakter aufweisen.

Aufgrund der Erklärung Nr. 37 der Schlussakte der Konferenz von Amsterdam zu den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland ist die Qualifikation der flächendeckenden Versorgung und der Kreditversorgung für den Mittelstand sowie die wirtschaftlich schwächeren Bevölkerungskreise und durch öffentlich-rechtliche Banken, jedenfalls, soweit sie der deutschen Konzeption entspricht, als Dienst im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse anerkannt.⁵⁰

Die Erklärung Nr. 37 lautet wie folgt:

Die Konferenz nimmt die Auffassung der Kommission zur Kenntnis, dass die bestehenden Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft es zulassen, Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, welche die in Deutschland bestehenden öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute erfüllen, sowie ihnen zum Ausgleich für die mit diesen Leistungen verbundenen Lasten gewährten Fazilitäten voll zu berücksichtigen. Dabei bleibt es der Organisation dieses Mitgliedstaats überlassen, auf welche Weise er insoweit den Gebietskörperschaften die Erfüllung dieser Aufgabe ermöglicht, in ihren Regionen eine flächendeckende und leistungsfähige Finanzinfrastruktur zur Verfügung zu stellen. Diese Fazilitäten dürfen die Wettbewerbsbedingungen nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen, das über das zur Erfüllung der besonderen Aufgaben erforderliche Maß hinausgeht und zugleich dem Interesse der Gemeinschaft entgegenwirkt.

Die Konferenz erinnert daran, dass der Europäische Rat die Kommission ersucht hat, zu prüfen, ob es in den übrigen Mitgliedstaaten vergleichbare Fälle gibt, auf etwaige Fälle dieselben Maßstäbe anzuwenden und dem Rat in der Zusammensetzung der Wirtschafts- und Finanzminister Bericht zu erstatten.

Da der EG-Vertrag keine Definition der Dienste im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse enthält und eine Harmonisierung dieser Dienste zwischen den Mitgliedstaaten nicht fordert, bleibt es im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative Sache jedes einzelnen Mitgliedstaates, die Reichweite dieser Dienste zu definieren. Dies entspricht auch dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EGV, das in Amsterdam und Nizza verstärkt wurde. Für die Sparkassen ergibt sich aus der Erklärung Nr. 37 von 1997 im Zusammenhang mit der Definitionshoheit der Mitgliedstaaten, dass er Organisation und Reichweite des Sparkassensektors autonom regeln darf, soweit er bei der Regelung der Aufgabenerfüllung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet, wenn es um die Beeinträchtigung der Wettbewerbsbedingungen geht. Dasselbe gilt, wenn die deutsche Organisation des Sparkassensektors ganz allgemein auf ihre Vereinbarkeit mit den Interessen der Gemeinschaft überprüft wird, die im Spannungsfeld der Marktfreihei-

⁵⁰ Vertrag von Amsterdam, 37. Erklärung zur Schlussakte, Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland, ABIEG 1997 Nr. C 340 S. 1 ff. 138; vgl. dazu Koenig/Kühling in Streinz, EUV/EGV, Anm. 6 zu Art. 16 EGV; vgl. auch Jung in Callies/Ruffert, Kommentar zu EUV und EGV, Anm. 40 zu Art. 86 EGV

ten und des Schutzes der Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse definiert werden müssen.

Wenn ein Mitgliedstaat neue Tätigkeiten als Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse kennzeichnet, dann kann diese Festlegung von den Gemeinschaftsorganen nur auf offensichtliche Fehler hin überprüft werden. Dies bedeutet: Der Mitgliedstaat hat einen weiten Ermessensspielraum, wenn er darüber entscheidet, was er unter diese Dienste subsumieren will. Verlangt wird lediglich, dass der Mitgliedstaat die Leistungsverpflichtungen in einem Rechtsakt klar und eindeutig definiert.

Ein offensichtlicher Fehler der Bundesrepublik Deutschland bei der Entscheidung für eine öffentlich-rechtliche Organisation der Dienste der Sparkassen in Form von Anstalten des öffentlichen Rechts scheidet aus. Historisch handelt es sich hier um eine Antwort auf die schwere Bankenkrise des Jahres 1931, durch die der Reichspräsident im Wege einer Notverordnung eine rechtliche Verselbständigung der Sparkassen gegenüber den sie tragenden Gebietskörperschaften (Gemeinden, Kreise oder Länder) erreichte und damit ihr Vermögen und die Einlagen ihrer Kunden dem Zugriff dieser Gebietskörperschaften entzog. Durch die öffentlich-rechtliche Organisation der über 400 Sparkassen ist noch heute ihre Präsenz in der Fläche und die Versorgung des Mittelstandes sowie der wirtschaftlich schwächeren Bevölkerungskreise mit Konten und Krediten gesichert. Diese Versorgung kann im Verhältnis zu anderen EU-Mitgliedstaaten nur als hervorragend bezeichnet werden. Aufschlussreich ist insbesondere der Vergleich mit Großbritannien, das seine savings banks als Ergebnis seiner Liberalisierungs- und Privatisierungspolitik abgeschafft hat. Dort hat ein enges Oligopol von Geschäftsbanken eine marktbeherrschende Stellung gegenüber Privatleuten sowie kleinen und mittleren Unternehmen, die im Ergebnis zu sehr hohen Kreditzinsen führt. Da diese Geschäftsbanken in der Fläche kaum präsent sind, haben die wirtschaftlich schwächeren Bevölkerungskreise und die weit von den Zentren entfernt Wohnenden keinen Zugang zum Zahlungssystem und den Bankdiensten, wenn man vom Internet-Banking absieht, wofür aber ein Computer erforderlich ist. Dass wie bei den deutschen Sparkassen praktisch jeder einen Zugang zu einem Girokonto hat, ist in Großbritannien gegenwärtig undenkbar.⁵¹ Insofern ist die deutsche Entscheidung für selbständige Sparkassen als Anstalten des öffentlichen Rechts von 1931 noch heute sinnvoll und durch die deutsche Einschätzungsprärogative zu den Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse gedeckt.

Hinzu kommt ein makroökonomisches Interesse, das in den letzten Jahren deutlich wurde: Es gibt ein Marktversagen in der Kreditwirtschaft, das aus dem Risiko des Schwankens von Einkommen und daraus abgeleitet von Vermögenswerten resultiert. Ein Beispiel ist der Verfall der Aktienkurse und der Immobilienpreise während der gegenwärtigen Weltwirtschaftskrise und während der neunziger Jahre in Japan. Das Risiko der gesamtwirtschaftlichen Einkommensschwankungen im Zeitablauf kann von privaten Banken, deren Aktien an den Börsen gehandelt werden, nicht verringert werden. Sie bilden in guten Jahren nicht genügend Reserven für die schlechten, sondern schütten unter dem Diktat des shareholder value die Gewinne an die Aktionäre aus. Andernfalls müssten sie in guten Jahren auch befürchten, von Finanzinvestoren übernommen zu werden, die diese Ausschüttung dann nachholen würden. Öffentlich-rechtliche Sparkassen können derartige Reserven bilden, da es keine Aktienkurse gibt, an deren Steigerung sich ihre Manager messen lassen müssen. Sie bilden stille Reserven und

⁵¹ Vgl. Mullineux/Terberger, *The British Banking System: A good role model for Germany?* London 2006, insbesondere S. 5-8 (Deutschland) und S. 11-16 (Großbritannien); vgl. für Deutschland Gärtner, *Sparkassen als Akteure einer integrierten Regionalentwicklung: Potential für die Zukunft oder Illusion?* Gelsenkirchen 2003

lösen sie wieder auf. Sie verringern nicht nur die intertemporalen Risiken, sondern stabilisieren auch durch die Schaffung von risikofreien Vermögenspositionen das Finanzsystem. Damit bilden sie auch Schutzwälle gegen „Ansteckungsrisiken“, die infolge der in letzter Zeit wieder sehr deutlich gewordenen Krisenanfälligkeit des Bankensystems auftreten. Dies lässt sich bildhaft am Beispiel des Pharaos aus dem Alten Testament verdeutlichen, der von sieben fetten und sieben mageren Kühen geträumt hat, die dem Nil entstiegen sind. Josef rät ihm, in den sieben fetten Jahren Lagerhäuser einzurichten und die Überschüsse für die sieben mageren Jahre zu horten. Intertemporale Einkommensschwankungen werden abgemildert. Derartige „Lagerhäuser“ sind auch die öffentlich-rechtlichen Sparkassen.⁵² In ihrer Gesamtheit und in ihrem Finanzverbund bilden sie deshalb einen Dienst im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse i. S. von Art. 16 EGV.

Die Bedeutung von Art. 16 liegt im Allgemeinen darin, dass die Unternehmen, welche Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse erbringen, ganz oder zum Teil vom Wettbewerbsrecht der EU ausgenommen werden können. Insofern ergibt sich eine Verknüpfung mit Art. 86 Abs. 2 EGV und mit den Vorschriften zum Beihilfenverbot in Art. 87 EGV. Was die Sparkassen anbelangt, ist eine solche Ausnahme vom Wettbewerbsrecht der EG jedoch nicht gegeben. Die Sparkassen müssen sich voll dem Wettbewerb stellen. Ihnen wird von den Sparkassengesetzen und ihren Trägern sogar auferlegt, zusätzliche Dienste zu erbringen, die sie im Wettbewerb mit den privaten Geschäftsbanken vielleicht nicht aus eigenen Stücken erbringen würden. Derartige zusätzliche Dienste bestehen z. B. darin, dass jeder in einer bestimmten Region Wohnende berechtigt ist, bei der für diese Region zuständigen Sparkasse ein Girokonto zu eröffnen. Andere Verpflichtungen der Sparkasse, die sie im Wettbewerb aus Kostengründen möglicherweise nicht oder nicht in dieser Höhe erbringen würden, bestehen darin, die kulturellen Bedürfnisse der Region zu befriedigen. Auch die Aufrechterhaltung eines flächendeckenden Zweigstellennetzes erfordert zusätzliche Aufwendungen, die ihre Wettbewerber nicht tätigen müssen. Aus alledem ergibt sich, dass die Sparkassen in den deutschen Ländern spätestens seit dem Wegfall der Anstaltslast und der Gewährträgerhaftung der öffentlichen Hand im Wettbewerb nicht privilegiert sind, sondern sogar zusätzlich belastet werden. Im Gegenzug unterliegen sie nicht der Vorgabe der Gewinnmaximierung, wie dies bei finanzmarktdominierten Banken in der Regel der Fall ist. Dass sie im Vergleich zu den privaten Geschäftsbanken dennoch wirtschaftlich erfolgreich sind oder dies jedenfalls in den letzten Jahren waren, hängt vor allem mit ihrer Vorsicht gegenüber riskanten Geschäften zusammen, durch die sie erhebliche Verluste vermieden haben und noch vermeiden. Außerdem haben sie sich durch ihr Geschäftsgebaren eine Reputation erworben, die viele private Geschäftsbanken nie hatten oder in den letzten Jahren verloren haben.

Daraus ergibt sich eine Sperre gegenüber rein neoliberalen Staats- und Gesellschaftsvorstellungen, welche die durch öffentliche Institutionen abgesicherte Daseinsvorsorge als Relikt des 19. und 20. Jahrhunderts ansehen und zugunsten von reinen Marktlösungen abschaffen wollen. Die Sperre besteht aber nur insofern, als die Handlungskompetenzen der Europäischen Union betroffen sind. Die Mitgliedstaaten sind frei, ihre sozialstaatlichen Institutionen an die veränderten Bedingungen des 21. Jahrhunderts anzupassen. Der Bundesrepublik Deutschland wäre es z. B. unbenommen, die Sparkassen zu privatisieren, wobei zu fragen ist, ob eine solche Maßnahme zweckmäßig wäre. Die Europäische Gemeinschaft darf nach Art. 16 des EG-Vertrages und Art. 36 der Europäischen Grundrechtscharta der Bundesrepublik Deutschland eine solche Maßnahme aber nicht vorschreiben, weder direkt noch indirekt. Anderenfalls

⁵² Vgl. Allen/Schmidt, Der gute Pharaos des Finanzsystems, Die Zeit, 21. 7. 2005, S. 25 und Allen/Gale, Comparing Financial Systems, 2000, S. 153-190 (Intertemporal Smoothing)

würde sie die Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Deutschlands missachten. Insofern genießen die öffentlich-rechtlichen Sparkassen der Bundesrepublik Deutschland und damit auch des Bundeslandes Bayern den Schutz des Art. 16 EGV.

cc) Verfassungsrechtliche Schutzpflichten des Gesetzgebers in Bezug auf die öffentlich-rechtlichen Sparkassen und Mitbestimmung

Der Schutz, welchen die Bundesrepublik Deutschland im Außenverhältnis gegenüber der Europäischen Union genießt, ist im Innenverhältnis gegenüber den Bürgern der Republik im Sinne einer gesetzlichen Schutzpflicht zu interpretieren. Insofern schlägt der Schutz des Art. 16 EGV auf die innere deutsche Rechtsituation um. Der Gesetzgeber muss die rechtlich geschützten Interessen der Bürger, so wie sie gegenwärtig ausgeformt sind, schützen.⁵³ Zu diesen schützenswerten Interessen zählt auch ein Bestand an Sparkassen in der Fläche, die dem Mittelstand und den wirtschaftlich schwächeren Bevölkerungskreisen zugute kommen sollen. Es fragt sich, ob im Zuge der Erfüllung dieser Schutzpflichten auch die Einführung einer Mitbestimmung der Beschäftigten in den Verwaltungsräten der Sparkassen gerechtfertigt ist. Hinweise darauf, dass in anderen EU-Mitgliedstaaten gerade in öffentlichen Unternehmen zumindest politische Schutzpflichten des Gesetzgebers erkannt worden sind, ergeben sich daraus, dass z. B. Frankreich und Griechenland in öffentlichen Unternehmen eine Unternehmensmitbestimmung der Beschäftigten vorschreiben, während sie eine derartige Verpflichtung für private, nach nationalem recht organisierte Unternehmen ablehnen. Ähnlich ist die Situation in Spanien. Dort gibt es eine Unternehmensmitbestimmung in 26 staatlichen Unternehmen und in 46 Sparkassen, aber nicht in nach dem nationalen Recht organisierten privaten Unternehmen.⁵⁴ Offensichtlich wird in einigen EU-Mitgliedstaaten die Unternehmensmitbestimmung gerade in öffentlichen Unternehmen positiver betrachtet als in privaten. Hier manifestiert sich ein Verständnis, nach dem gerade in öffentlichen Unternehmen besondere staatliche Schutzpflichten gegenüber den Beschäftigten bestehen, das Innenverhältnis des in Art. 16 EGV für die Bürger, denen die Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse erbracht werden, gewährten Schutzes.

Bemerkenswert ist, dass im Vorlagebeschluss des Bundesverwaltungsgerichts von 1997⁵⁵ in Sachen Lippe-Verbandsgesetz die staatlichen Schutzpflichten angesprochen werden. Das Gericht führt aus:

„Die Erhaltung und Pflege des überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes „Wasser“ ist maßgeblicher Zweck des Verbandes. Diese Aufgabe wird umfassend für das gesamte Verbandsgebiet wahrgenommen. Für diesen Bereich geht es um die Regelung des Wasserabflusses einschließlich Sicherung des Hochwasserabflusses (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 Lippe-Verbandsgesetz), die Unterhaltung der oberirdischen Gewässer und der dazugehörigen Anlagen (Nr. 2), die Rückführung ausgebauter oberirdischer Gewässer in einen naturnahen Zustand (Nr. 3), die Abwasserbeseitigung (Nr. 6) bis hin zur Vermeidung, Minimierung und Rückgängigmachung nachteiliger Veränderungen des Grundwassers (Nr. 5 und Nr. 8).

Allgemein obliegen hinsichtlich des Gemeinschaftsgutes Wasser dem Staate Schutzpflichten (vgl. etwa Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 29 a Verfassung von Nordrhein-Westfalen), deren er sich nicht dadurch begeben darf, dass er die bei Entscheidungen über die Pflege und Erhaltung des Schutzgutes auszuübende Staatsgewalt in die Hände von Organen legt, denen hierzu die ausreichende demokra-

⁵³ vgl. zu den Schutzpflichten auch Sterzel, Die Einheit von Grundrechtsidee und Demokratieprinzip des Grundgesetzes, in: Demokratie und Grundgesetz, S. 156-176, 164 ff.; vgl. ferner Blanke a. a. O. S. 32-58

⁵⁴ Vgl. die Darstellung von Kluge/Stollt, Die europäische Aktiengesellschaft (SE) – Perspektiven für eine europäische Unternehmensmitbestimmung, Brüssel 2006, S. 84 f. und den speziellen Bericht von Taylor, S. 88-100

⁵⁵ BVerwG NVwZ 1999, 870; BVerwGE 106, 64

tisch-personelle Legitimation ermangelt. Solche Schutzpflichten treffen das Land Nordrhein-Westfalen auch im Einzugsgebiet der Lippe.“

Aus diesen Schutzpflichten folgert das vorliegende Gericht eine Einschränkung der Arbeitnehmermitbestimmung, weshalb es den Fall dem Bundesverfassungsgericht vorlegt. Diese Schutzpflichten können aber auch im Sinne einer Sperre gegen Privatisierung interpretiert werden, wie dies kurz zuvor in dem oben zitierten Urteil des Berliner Verfassungsgerichtshofs vom 21.10.1999⁵⁶ ausgeführt worden ist.

Was die Einschränkung der Mitbestimmung anbelangt, hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Vorlagebeschluss von 1997 die Frage nach den staatlichen Schutzpflichten zwar in seine Argumentation aufgenommen. Es übersieht aber, dass staatliche Schutzpflichten primär zugunsten von Minderheiten und Benachteiligten greifen, weshalb die Konstruktion auch mit dem Begriff „Untermaßverbot“ beschrieben wird. Im Folgenden soll untersucht werden, ob auch – vom vorlegenden Bundesverwaltungsgericht nicht beachtet - staatliche Schutzpflichten zugunsten der Beschäftigten bestehen können, deren Grundrechte in öffentlich-rechtlichen Unternehmen wie den Sparkassen effektiviert werden sollen.

Nach dem Grundgesetz sind u. a. die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) auch im Wirtschaftsleben zu schützen. In gleicher Weise oder jedenfalls sehr ähnlich wie das Grundgesetz schützen die europäische Grundrechtscharta und der EuGH die Berufsfreiheit, das Eigentum und die allgemeine Handlungsfreiheit. Die Regelungen sind zum Teil fast wörtlich identisch mit dem Grundgesetz. Entgegen den aus dem Konstrukt der ununterbrochenen Legitimationskette vom Amtsträger zum Volk folgenden, fast maschinellen Vorstellungen vom Funktionieren einer Verwaltung und eines in öffentlichem Eigentum stehenden Unternehmens sind diese Grundrechte mitbestimmungsrelevant. Sie können die Interpretation des Demokratieprinzips beeinflussen. Ob und wie dies möglich ist, soll im Folgenden untersucht werden.⁵⁷

Das Volk soll sein eigener Herr sein.⁵⁸ Dieser Grundsatz wird auch als Volkssouveränität bezeichnet. In Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG heißt es deshalb: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“. Allerdings wäre es zu kurz gegriffen, wenn man das Demokratieprinzip auf die Herrschaftsform beschränken würde. Es geht auch um eine Methode der Legitimation von Herrschaft⁵⁹. Legitim ist die Herrschaft nur, wenn sie materiell gesehen vom Volke ausgeht. Daher ist eine Loslösung der Regierung vom Staatsvolk mit dem so verstandenen Demokratieprinzip nicht vereinbar. Der Volkswille muss sich, wenn auch mittelbar über Repräsentanten, durchsetzen können. Dies bedeutet aber nicht, dass das Demokratieprinzip auf eine i. S. von Herzog und Böckenförde formal verstandenen Volkssouveränität reduziert werden darf. Es ist vielmehr i. S. von Art. 20 Abs. 1 GG als der Grundsatz der freien Selbstbestimmung Aller zu interpretieren.

⁵⁶ BerlVerfGH NVwZ 2000, 794 m. Anm. Wolfers, NVwZ 2000, 765

⁵⁷ Zur Konstruktion der Beeinflussung des Demokratieprinzips über die Effektivierung von Grundrechten durch die Mitbestimmung vgl. Nagel/Bauers, Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen und Verfassungsrecht, 1990, S. 38-52 und Nagel, Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform und Demokratieprinzip, 2002, S. 26-30

⁵⁸ Ekkehart Stein, Staatsrecht, 10. Aufl. S. 73

⁵⁹ Nagel, Wirtschaftsrecht I, 4. Aufl. 2000, S. 114 ff. m. w. N.

Umstritten ist, ob sich der Geltungsbereich des Demokratieprinzips auf das Verhältnis zwischen Staatsgewalt und Bürger beschränkt oder ob er auch die übrigen Strukturen der Gesellschaft ergreift. Interpretiert man den Begriff „Demokratie“ historisch, so zeigt sich, dass auch die unteren Bevölkerungsschichten in die Ausübung von Herrschaft einbezogen werden sollen. Herrschaft soll nicht einer Elite vorbehalten, sondern dem gesamten Volk geöffnet werden. Diese Materialisierung des Demokratieprinzips führt – konsequent zu Ende gedacht - zu einer Demokratisierung aller gesellschaftlichen Strukturen. Fraglich ist allerdings, ob der verfassungsrechtliche Begriff der Demokratie im Grundgesetz so weit geht. Eine derartige, unmittelbare Wirkung des Demokratieprinzips ist zumindest im Bereich der Wirtschaft abzulehnen. Das Grundgesetz äußert sich nicht zu Fragen der Wirtschaftsdemokratie und Mitbestimmung.⁶⁰ Es gilt lediglich der Grundsatz der freien Selbstbestimmung Aller i. S. von Art. 20 Abs. 1 GG.

Das Grundgesetz hat sich in einigen Fragen, wie z. B. in der Entscheidung für die parlamentarische Demokratie, festgelegt. In anderen Fragen ist es offen. Hierzu zählt auch die Wirtschaftsdemokratie. Von der Ermächtigung des Art. 15 GG, die Überführung von Grund und Boden, Naturschätzen und Produktionsmitteln in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft zu regeln, hat der Gesetzgeber bisher noch keinen Gebrauch gemacht. Soweit man die Mitbestimmung als wirtschaftsdemokratisches Element begreift, haben die Parlamente in Bund und Ländern hingegen eine Fülle von Gesetzen verabschiedet. Im Rahmen dieser Gesetze sind insbesondere die Grundrechte für die Bestimmung der Reichweite des Demokratieprinzips bedeutsam.

Demokratie ist ohne Freiheit nicht denkbar. Freiheit ist immer auch die Freiheit jedes einzelnen Staatsbürgers. Hierzu zählen die allgemeine Handlungsfreiheit, die Berufsfreiheit und der Eigentumsschutz. Das Demokratieprinzip ist demnach nicht nur ein formales Organisationsprinzip, sondern auch ein den Grundrechten zugeordnetes materiales Prinzip.⁶¹ Das materielle Funktionieren der Demokratie erfordert auch eine inhaltliche Zielvorgabe, die man abgekürzt als ein auf Mitwirkung zielendes Prinzip bezeichnen kann.

Ebenso wie auf dem Demokratieprinzip ist das Grundgesetz auf der Menschenwürde in Art. 1 GG und auf den Grundrechten aufgebaut, im Bereich der Wirtschaft insbesondere auf der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, die auch zugunsten der Arbeitnehmer, auch der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst gilt.⁶² Ihre Berufsfreiheit stellt ein Schranke für das Durchgreifen“ von Entscheidungsträgern dar, die sich bei ihren Entscheidungen auf ihre Legitimation durch das mechanistisch im Sinne einer formalen Volkssouveränität verstandene Demokratieprinzip berufen wollen. Hinzu kommen die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG, die nicht nur im Rahmen von gewerkschaftlichen Aktivitäten und Tarifverhandlungen, sondern auch im Bereich der kollektiven Aktivitäten im Bereich der Mitbestimmung geschützt ist. Als Auffanggrundrecht ist schließlich die in Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit zu nennen.

Die Schranke zugunsten der Minderheiten und der Schwächeren ist eigentümlich für eine Demokratie, die sich nach dem Grundgesetz nicht nur den Grundrechten öffnet, sondern auf

⁶⁰ Mit Rücksicht auf die damalige Ungewissheit der künftigen wirtschaftlichen Entwicklung verzichtete der Parlamentarische Rat bewusst darauf, konkrete Bestimmungen über die verfassungsmäßige Gestaltung der Sozialordnung aufzunehmen (vgl. dazu *Ballerstedt*, in: Grundrechte (Hrsg.: Bettermann/Nipperdey/Scheuner), 3. Band, 1. Halbband, S. 49 m. w. N.).

⁶¹ Nagel, *Wirtschaftsrecht I*, 4. Aufl. 2000, S. 114 ff.

⁶² Vgl. BVerfGE 7, 377, 397 f.; 73, 280, 295; 73, 301, 315; 80, 257, 265; 84, 133, 147

der Achtung der Grundrechte gegründet ist. Der Staat, der die freie Selbstbestimmung Aller i. S. von Art. 20 Abs. 1 GG in den Blick nimmt, darf diese Grundrechte dadurch effektivieren, dass er Mitbestimmungsrechte der Beschäftigten gesetzlich verankert. Insofern stellt die Mitbestimmung sowohl ein wirtschaftsdemokratisches Element als auch eine Effektivierung der Grundrechte der Beschäftigten dar. Zu erinnern ist daran, dass der Staat keine Grundrechte hat, eine Abgleichung von Grundrechtpositionen bei der Bestimmung der Schutzpflichten also nicht erforderlich ist. Die zu effektivierenden Grundrechte stehen bei der Güterabwägung aus der Sicht des Staates ausschließlich dem Erfordernis gegenüber, die Vorgaben des Demokratieprinzips einzuhalten. Sparkassen sind nach herrschender Auffassung⁶³ nicht grundrechtsfähig, da ihre Interessenverbindung zu den Kunden zu lose ist und die Gewährträger (Kommunen, Kreise oder aus ihnen gebildete Verbände) nicht grundrechtsfähig sind.⁶⁴

Diese Mitwirkung beim materiellen Funktionieren der Demokratie kann sich nicht allein auf den politischen Prozess im herkömmlichen Sinne beschränken. Das wäre nur möglich, wenn sich Staatsverfassung und Gesellschaftsverfassung trennen ließen. Dies ist aber nicht der Fall. Nur emanzipierte Mitglieder der Gesellschaft können eine Demokratie mit Leben erfüllen. Dies setzt entsprechende Strukturen in der Gesellschaft voraus.⁶⁵ Wegen der existenziellen Bedeutung des Arbeitsplatzes für die abhängig Beschäftigten sind solche emanzipatorischen Strukturen auch in der Wirtschaft notwendig. Es ist zumindest legitim, wenn der Gesetzgeber solche Strukturen als notwendig ansieht, weil das Wirtschaftsleben nicht von der Struktur des Staates getrennt werden kann.

In den letzten Jahren hat sich die Situation der Beschäftigten in den deutschen Sparkassen immer mehr der Situation in den privaten Geschäftsbanken und Genossenschaftsbanken angenähert. Die Entwicklung geht weiter. In seinem am 27. Januar 2009 versandten Papier „Geschäftsstrategie der Sparkassen“ stellt der Deutsche Sparkassen- und Giroverband (DSGV) für die Sparkassen-Finanzgruppe fest:

Die Sparkassen-Finanzgruppe ist führend bei Bündelung und Outsourcing von Funktionsbereichen. Die Outsourcingquote der Sparkassen ist etwa doppelt so hoch wie im Bankendurchschnitt in Deutschland.

Dennoch werden weitere Einsparungen verlangt. Unter anderem sollen sich die Mitarbeiter, Führungskräfte und Sparkassen selbst auf Vertrieb und Steuerung konzentrieren und sich nicht durch Tätigkeiten ablenken lassen, die für den konkreten Kunden bzw. die Unternehmenssteuerung nicht entscheidend sind. Angesichts der Erosion der Zinsspanne fordert das Strategiepapier, Kosteneinsparungen nicht mehr vorrangig bei den Sachkosten, sondern zunehmend auch über Maßnahmen des Personalum- und abbaus zu erzielen, und zwar in „sozialverträglichem, aber konsequentem Umfang“. Dass hier strategische Weichenstellungen angegangen werden, die zu erheblichen Anforderungen an die Beschäftigten führen, ist klar. Die Grundkonstellation unterscheidet sich nicht wesentlich von der in den privaten Geschäftsbanken. Die Betroffenheit, an der die Mitbestimmungsinteressen der Beschäftigten anknüpfen, ist dieselbe.

Die ökonomische und soziale Wirklichkeit der deutschen Sparkassen, die voll im Wettbewerb mit den übrigen Kreditinstituten stehen, hat sich so sehr an die Wirklichkeit der übrigen Kre-

⁶³ Vgl. schon Dürig in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 3 Rn 49

⁶⁴ Vgl. für den Nachweis der Gegenmeinungen Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht III, 5. Aufl. 2004, § 88 VIII Rn 122

⁶⁵ So auch Böckenförde. Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Handbuch des Staatsrechts (Hrsg.: Isensee/Kirchhof), Band 1, S. 927.

ditinstitute angenähert (**Daten!**), dass es schon bei kursorischer Betrachtung legitim erscheint, auch den Beschäftigten der Sparkassen Mitbestimmungsrechte nicht nur im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung, sondern auch in dem der Unternehmensmitbestimmung zuzugestehen. Der völlige Ausschluss der Beschäftigten von der Unternehmensmitbestimmung in Bayern, der im Gegensatz zu allen anderen Bundesländern steht, erscheint begründungsbedürftig. Die formale Begründung, die Beschäftigten seien nicht Bedienstete der Sparkassen, sondern des jeweiligen Gewährträgers, erscheint als bloße Ausflucht, weil die Beschäftigten, deren Arbeitsverträge von den jeweiligen Sparkassenvorständen abgeschlossen wurden, als Arbeitnehmer persönlich und sozial von der jeweiligen Sparkasse abhängig und von den jeweiligen Entscheidungen der Vorstände und Verwaltungsräte betroffen sind.

Das Argument, die persönlichen und sozialen Interessen der Sparkassenbeschäftigten würden bereits im Rahmen der Personalvertretung „ausreichend“ geschützt, ist doppelt zu problematisieren. Zum einen ergreift die betriebliche Mitbestimmung aus der Sicht der Unternehmensleitung in erster Linie die personellen und sozialen Folgen ihrer Entscheidungen für die Beschäftigten, die strategischen Festlegungen werden vorher getroffen. Zum andern sind die Mitwirkungsrechte der Beschäftigten nach dem bayerischen Personalvertretungsgesetz vergleichsweise schwach ausgeprägt. Eine Mitbestimmung oder Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten existiert nicht. Die Beschlüsse der Einigungsstelle können der Novelle von 2007 zufolge ausnahmslos aufgehoben werden, wenn der Dienstherr bestimmte Voraussetzungen als gegeben ansieht. Die Voraussetzungen, unter denen ein Personalrat nach Art. 75 die Zustimmung verweigern kann, sind zudem in Art. 75 Abs. 2 eng gefasst. Es erscheint jedenfalls nicht abwegig, diese betriebliche Mitbestimmung durch ein Element der Unternehmensmitbestimmung wie die vorgeschlagene Drittelbeteiligung der Beschäftigtenvertreter im Verwaltungsrat zu verbessern. Die Beschäftigten würden dann die Möglichkeit erhalten, die strategischen Unternehmensentscheidungen aus einer Minderheitsposition heraus zu beeinflussen und den zur Wahrnehmung der betrieblichen Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte erforderlichen Informationsstand zu verbessern.

Dass die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und die Anerkennung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) auch im Wirtschaftsleben zu realisieren sind, folgt also nicht allein aus den Grundrechten.⁶⁶ Die Realisierung dieser Freiheit ist notwendig, um den demokratischen Prozess selbst zu ermöglichen.

Der Gesetzgeber ist im Rahmen der Vorgaben, die durch die Grundrechte und die Kompetenzzuweisungen des Grundgesetzes gegeben werden, zwar frei, die Unternehmensmitbestimmung einzuführen oder davon Abstand zu nehmen. Er muss aber die Grundrechte schützen. Im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt⁶⁷, ist er an ein Übermaßverbot gebunden. Er muss auch kollidierende und konkurrierende Freiheitsrechte ausgleichen. Formal gleiche Freiheiten können real in ein Recht des Stärkeren umschlagen. Private Herrschaftsverhältnisse können die grundrechtlich gewährleisteten Freiheiten für einen Teil der Gesellschaft wirkungslos werden lassen. Daher muss der Gesetzgeber die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte beachten. Die Grundrechte müssen gesichert sein, die von ihnen gewährleisteten Freiheiten sollen sich wirksam entfalten können.

⁶⁶ Siehe Schuppert, EuGRZ 1985, 525 f.

⁶⁷ Rechtsstaatsprinzip, vgl. BVerfGE 61, 126, 134; 69, 1, 35; 76, 256, 359; 80, 109, 120, st. Rspr.

Den Staat trifft insofern eine Schutzpflicht, als er die Gefahr der Grundrechtsverletzung durch andere vorbeugend abwehren muss.⁶⁸

Der Gedanke der Schutzpflicht ist auch für die Konstellation fruchtbar zu machen, in der eine bürokratisch-formale Legitimation des Entscheidungsträgers im Unternehmen gegen die von diesen Entscheidungen abhängigen Beschäftigten ins Feld geführt und die Mitbestimmung dieser Beschäftigten mit dem aus einem formalen Verständnis der Volkssouveränität gewonnenen Argument abgewehrt wird, diese verstoße gegen das Gebot der persönlichen und sachlichen Legitimation, die einem „Teilvolk“, d. h. den Beschäftigten der Sparkasse, nicht gegenüber dem formal durch das Gesamtvolk legitimierten Entscheidungsträger zugebilligt werden dürfe. Eine Art „Untermaßverbot“⁶⁹ verbietet es dem Gesetzgeber, ohne sachlichen Grund Beschäftigte gegenüber den Entscheidungsträgern im Unternehmen zu benachteiligen, nur weil diese sich auf das formale Argument berufen, sie seien Repräsentanten des Gesamtvolks. Er muss die unterschiedlichen, teilweise gegenläufigen Interessen der Beschäftigten und der Entscheidungsträger im Unternehmen gegeneinander abwägen. Dieses „Untermaßverbot“ verbietet ihm nicht, den Unterschieden zwischen öffentlich-rechtlichen Anstalten, den Sparkassen, und öffentlichen Unternehmen in anderen Organisationsformen⁷⁰ Rechnung zu tragen. Er kann aber die Organisationsstruktur der Sparkassen durch mehr Mitbestimmung freiheitlich „durchlüften“. Bei vergleichender Betrachtung ergeben sich Zweifel, ob das Bundesland Bayern seiner Schutzpflicht genügt hat, indem es als einziges Bundesland die Beschäftigten der öffentlich-rechtlichen Sparkassen von jeglicher Beteiligung an den Verwaltungsräten ausgeschlossen hat und gleichzeitig im Rahmen des Personalvertretungsrechts vergleichsweise schwache Beteiligungsrechte gewährt. Auf die Frage, ob diese Zweifel im Ergebnis durchgreifen, kommt es aber nicht an. Es ist zumindest zulässig, dass Bayern diesen Rückstand durch Schaffung einer Unternehmensmitbestimmung in den Sparkassen verringert oder ausgleicht.

Bedenkt man, dass der Gesetzgeber nach Art. 15 GG sogar zur Sozialisierung ermächtigt ist, so ist er nach dem Demokratieprinzip bei einer Gesamtwürdigung der vorgenannten Argumente zumindest legitimiert, Mitbestimmung in Unternehmen mit öffentlich-rechtlicher Organisationsform einzuführen. Er ist hierzu allerdings nicht verpflichtet. Das Grundgesetz ist wirtschaftspolitisch offen. Es könnte auch ein anderes Wirtschaftssystem eingerichtet werden, also könnten auch andere Beteiligungsformen der Arbeitnehmer zur Effektivierung ihrer Grundrechte geschaffen werden. Ihre Interessen können auch auf andere Weise als durch die Einführung einer Unternehmensmitbestimmung gesichert werden. Es ist dem Gesetzgeber lediglich durch das Demokratieprinzip nicht verboten, Unternehmensmitbestimmung in Sparkassen als öffentlich-rechtlichen Anstalten einzuführen. Und wenn der Gesetzgeber eines einzigen Bundeslandes, Bayern, sich nicht dazu durchringen kann, die Beschäftigten der öffentlich-rechtlichen Sparkassen an den Verwaltungsräten zu beteiligen, ergeben sich wie bereits erwähnt gravierende Indizien für die Annahme, dass er seiner Schutzpflichten nicht Genüge getan hat, die Beschäftigteninteressen mit den Interessen der Entscheidungsträger im Unternehmen und den Interessen der Gewährträger angemessen abzugleichen.

⁶⁸ Vgl. Dieterich in ErfK, 7. Aufl. 2007, Einl. Rn. 37

⁶⁹ Vgl. zum Begriff BVerfGE 88, 203, 254 – Schwangerschaftsabbruch für gegenläufige Interessen von Grundrechtsträgern; kritisch zur Entscheidung Hain, DVBl. 1993, 982 ff. und Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, S. 88 ff.

⁷⁰ Vgl. dazu Nagel, Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform und Demokratieprinzip, Düsseldorf 202, S. 23 ff. m. w. N.

dd) Verfassungsgerichtliche Korrektur der Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Anstalten und Gewaltenteilung

Die Korrektur des Gesetzgebers in seiner Regelung der Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Anstalten durch die Gerichte anhand des Konstrukts der ununterbrochenen Legitimationskette berührt auch den in Art. 20 GG verankerten Grundsatz der Gewaltenteilung. Vor allem muss bei der Prüfung der Reichweite des „Untermaßverbotes“ im Zusammenhang mit Demokratieprinzip und Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen beachtet werden, dass die Gesetzgebung nach dem Demokratieprinzip in seiner grundgesetzlichen Ausprägung in die ausschließliche Kompetenz des Parlaments fällt. Eine verfassungsgerichtliche Kontrolle dieser parlamentarischen Prärogative kann sich aber nicht auf eine pauschale Behauptung stützen, das Demokratieprinzip sei in einem vom Bundesverfassungsgericht festgelegten Sinne zu interpretieren, sondern nur auf eine konkrete, durch Fakten belegte Analyse, wonach verfassungsrechtliche Schutzpflichten verletzt sind. Andernfalls würden der bayerische Gesetzgeber oder das Bundesverfassungsgericht in unzulässiger Weise verfassungsrechtliche Rahmenvorschriften zu Handlungsprogrammen konkretisieren.⁷¹

Insofern ist es zwar zulässig, unter Berufung auf das Demokratieprinzip die Prärogative des parlamentarischen Gesetzgebers im System der Gewaltenteilung zu korrigieren, denn das Grundgesetz hat sich für eine Verfassungsgerichtsbarkeit in diesem Sinne entschieden. Das Bundesverfassungsgericht muss aber aufzeigen, dass und inwieweit es hierbei konkrete, aus dem Grundgesetz abgeleitete Schutzpflichten erfüllt. Es wäre eine paradoxe Durchbrechung des Systems der Gewaltenteilung, wenn das Gericht sich unter pauschaler Berufung auf ein von ihm authentisch interpretiertes Demokratieprinzip über den Willen des vom Volk durch Wahlen legitimierten parlamentarischen Gesetzgebers hinwegsetzen würde. Jedenfalls kann es dem bayerischen Gesetzgeber nicht verwehrt werden, die Beschäftigten der Sparkassen an den Verwaltungsräten zu beteiligen, wobei das Ausmaß dieser Beteiligung auch durch den Status dieser Sparkassen als Anstalten des öffentlichen Rechts beeinflusst wird.

ee) Hilfsargumentation im Sinne des Bundesverfassungsgerichts

Unabhängig davon, wie man zu dem aus einem formalen Verständnis von Volkssouveränität und Demokratie entwickelten Konstrukt der ununterbrochenen Legitimationskette vom Amtsträger zum Volk steht, ist bei der Interpretation des Demokratieprinzips als einschränkendes Verfassungsprinzip gegenüber einer Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen wie den deutschen Sparkassen als Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse i. S. von Art. 16 EGV zumindest die gleiche Betrachtungsweise wie bei der funktionalen Selbstverwaltung in Wasserwirtschaftsverbänden geboten. Demnach ist es nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 2002⁷² dem Gesetzgeber unbenommen, durch Mitbestimmungsregelungen den Betriebsfrieden zu sichern, den Informationsfluss im Unternehmen zu verbessern und durch die Beteiligung der betroffenen Arbeitnehmer an den Unternehmensentscheidungen und ihrer Kontrolle die Effektivität des Unternehmens zu erhöhen. Die Sparkassen stehen voll im Wettbewerb mit den anderen Kreditinstituten. Je mehr sich wie bei den Sparkassen die Tätigkeit der öffentlichen Hand von der klassischen hoheitlichen Tätigkeit entfernt, desto eher sind Mitbestimmungs- und Selbstverwaltungsregelungen des Gesetzgebers sinnvoll und zulässig. Angesichts der realen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen in den Sparkassen, die voll im Wettbewerb mit den anderen Kreditinstituten stehen, ist eine

⁷¹ Vgl. zur Kritik Schuppert, Funktionellrechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 20 ff., 38

⁷² Vgl. BVerfGE 107, 59

Drittelbeteiligung der Beschäftigten in den Verwaltungsräten nicht als unzulässige Beeinträchtigung des Demokratieprinzips zu betrachten.

ff) Verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensmitbestimmung in öffentlichen Unternehmen

Allerdings muss es in Unternehmen, die im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, insoweit eine Grenze der Mitbestimmung geben, als der Gesetzgeber sichern muss, dass sich die Vertreter der öffentlichen Hand im Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat zumindest dann, wenn sie geschlossen abstimmen, in Konflikten mit der Arbeitnehmerseite durchsetzen können. Dies gilt insbesondere für Verwaltungsräte, die neben ihrer Kontrollbefugnis auch Entscheidungsbefugnisse haben, aber auch für Aufsichtsräte.⁷³ Insoweit greifen die staatlichen Schutzpflichten zugunsten aller Bürger ein, denen die öffentlichen Unternehmen Nutzen stiften sollen, ein, unter Umständen auch in Konkurrenz oder Kollision mit den rechtlich geschützten Interessen der in diesen Unternehmen Beschäftigten. Die Volkssouveränität im Sinne einer Zurückführung der Staatsgewalt auf das Volk stellt insofern eine Schranke für die freie Selbstbestimmung Aller in gesellschaftlichen Teilbereichen dar, als die Einräumung dieser Freiheit in einer Anstalt des öffentlichen Rechts wie einer Sparkasse rückholbar sein muss. Den Vertretern der öffentlichen Hand im Verwaltungsrat oder Aufsichtsrat muss, wenn sie geschlossen abstimmen, ein Letztentscheidungsrecht zukommen. Diese Rückholbarkeit ist auch deshalb erforderlich, weil ansonsten der Schutz der Sparkassen als Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse nach Art. 16 EGV im Innenverhältnis der innerdeutschen Rechtssituation nicht gerechtfertigt wäre.

Dieses Letztentscheidungsrecht ist aber im Falle einer Drittelbeteiligung der Arbeitnehmerseite im Verwaltungsrat von Sparkassen, wie er hier in Frage steht, nicht bedroht. Eine Drittelbeteiligung der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat ist unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips verfassungsrechtlich unbedenklich.

gg) Konsequenzen und Perspektiven

Gegenwärtig liegt dem Bundesverfassungsgericht kein Fall aus dem Bereich der Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen zur Entscheidung vor. Insbesondere ist kein strittiger Fall vorgelegt worden, in dem es um die Mitbestimmung in Unternehmen öffentlich-rechtlicher Rechtsform ginge. In der Entscheidung des Berliner Verfassungsgerichtshofs von 1999 zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe wird zustimmend, aber relativ knapp auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Mitbestimmung der Personalräte aus dem Jahre 1995 Bezug genommen. Es ist aber davon auszugehen, dass die neuere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 2002 im Vergleich zu der des Verfassungsgerichtshofs Nordrhein-Westfalen von 1986⁷⁴ und des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz von 1994⁷⁵ mitbestimmungsfreundlicher ist, da sie die Arbeitnehmerseite im Gegensatz zu den drei anderen Entscheidungen in ihren bestehenden Rechten schützt (vgl. oben). Die Argumentation bewegt sich zwar in die richtige Richtung, kann aber noch nicht befriedigen, da sie immer noch mechanisch das Konstrukt von der ununterbrochenen Legitimationskette vom Amtsträger zum Volk verwendet, die das Demokratieprinzip zu restriktiv interpretiert.

⁷³ Vgl. Nagel/Bauers, Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen und Verfassungsrecht, Baden-Baden 990, S. 38 – 52 m. w. N.

⁷⁴ VerfGH NW NVwZ 1987, 211

⁷⁵ VerfGH RhPf NVwZ-RR 1994, 665

Betrachtet man das Demokratieprinzip, das Rechtsstaatsprinzip und Art. 16 EGV im Zusammenhang, so ergibt sich Folgendes: Aus den Schutzpflichten des Gesetzgebers und dem Sinn und Zweck der Aufrechterhaltung von öffentlichen Sparkassen als Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse nach Art. 16 EGV folgt nicht nur keine Einschränkung der Mitbestimmungsmöglichkeiten der in den Sparkassen tätigen Arbeitnehmer, sondern im Gegenteil eine Legitimation des Gesetzgebers in dem Sinne, dass er die Grundrechte der Arbeitnehmer, die von den in „ihren“ Sparkassen getroffenen Entscheidungen abhängig sind, durch die Einführung einer Unternehmensmitbestimmung effektivieren darf. Er darf ihnen Mitbestimmungsrechte im Verwaltungsrat zugestehen, soweit er die Grenzen dieser Rechte zumindest so zieht, dass die von der Gewährträgerseite bestimmten Mitglieder, wenn sie geschlossen abstimmen, nicht überstimmt werden können. Eine Drittelbeteiligung der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat ist unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips verfassungsrechtlich unbedenklich. Es ist zu bezweifeln, dass der bayerische Gesetzgeber, indem er die Beschäftigten der bayerischen Sparkassen im Unterschied von allen anderen Bundesländern von jeglicher Beteiligung an den Verwaltungsräten ausgeschlossen und gleichzeitig nur relativ schwache Beteiligungsrechte im Rahmen der Personalvertretung geschaffen hat, seine verfassungsrechtlichen Schutzpflichten gegenüber diesen Beschäftigten erfüllt hat.

3. Zusammenfassung

Die bayerischen Sparkassen sind in der Rechtsform von Anstalten des Öffentlichen Rechts organisierte Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, die nach Art. 16 des EG-Vertrages in ihrem Bestand geschützt sind. Sie stehen voll im Wettbewerb mit den privat organisierten Kreditinstituten. Dem Gesetzgeber obliegt im Innenverhältnis zu den Sparkassenbeschäftigten eine Schutzpflicht, die zu einem „Untermaßverbot“ mit der Wirkung führt, dass die Sparkassenbeschäftigten nicht ohne einen sachlichen Grund gegenüber den anderen Beschäftigten ungleich behandelt werden dürfen. Ohne Verletzung des Demokratieprinzips kann der Gesetzgeber die Grundrechte der Sparkassenbeschäftigten aus Art. 1, 2 Abs. 1, 9 Abs. 3 und 12 Abs. 1 des Grundgesetzes dadurch effektivieren, dass er – auch zur Vermeidung des „Untermaßverbots“ – eine Drittelbeteiligung der von ihnen gewählten Vertreter in den Verwaltungsräten der bayerischen Sparkassen einführt.