

Rechtsanwalt und Notar Dr. Bernhard Stüer, Münster

Der aufgezwungene Sparkassenverwaltungsrat*

I. Zur Problematik

Die Kreistagsfraktion A wendet sich gegen die Bildung des Verwaltungsrates der Kreissparkasse durch den Regierungspräsidenten im Wege der Ersatzvornahme. Der Kreistag wird durch die A-Minderheitsfraktion mit 27 Stimmen und die B-Mehrheitsfraktion mit 28 Stimmen gebildet. Der Kreistag hat gem. §§ 8—10 SpkG NW¹ den Verwaltungsrat der Kreissparkasse zu wählen, der gem. § 8 II a bis c SpkG aus dem Vorsitzenden, 9 weiteren sachkundigen Mitgliedern und 5 Dienstkräften der Sparkasse besteht. Bei der Wahl der 9 weiteren sachkundigen Mitglieder (§ 8 II b SpkG), die gem. § 10 I SpkG „nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gem. § 35 III GO“^{2, 3} zu bestimmen sind, kam es zwischen den beiden Kreistagsfraktionen zu keiner Einigung. Den Ausgangspunkt dieser Meinungsverschiedenheiten bildete eine öffentlichrechtliche Vereinbarung des Kreises mit der kreisangehörigen Stadt S dahingehend, daß eines der sachkundigen Mitglieder des Verwaltungsrates auf Vorschlag der Stadt S zu wählen ist. Das Vorschlagsrecht der Stadt S besteht seit der Fusionierung der Kreissparkasse mit der Stadtsparkasse S und ist in der Satzung der Kreissparkasse niedergelegt.

Zur Vorbereitung der Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates im Kreistag schlug der Rat der Stadt S in Wahrnehmung seines Vorschlagsrechts mehrheitlich ein Ratsmitglied vor, das der A-Partei angehört. Trotz mehrerer Versuche kam es in den Kreistagssitzungen zu keiner rechtsgültigen Wahl des Sparkassenverwaltungsrates, weil sich unterschiedliche Auffassungen zu der Frage entwickelten, ob das vom Rat der Stadt S vorgeschlagene Mitglied auf die Liste der A-Kreistagsfraktion „angerechnet“ werden müsse, wie die B-Fraktion meinte, oder ob eine derartige Anrechnung unzulässig sei, wofür sich die A-Kreistagsfraktion aussprach.

Da eine Wahl im Kreistag einerseits nicht zustande kam, andererseits jedoch für die Kreissparkasse ein Verwaltungsrat bestellt werden mußte, ordnete der Regierungspräsident die Wahl des Verwaltungsrates binnen eines Monats an und drohte für den Fall der Nichtbeachtung die Ersatzvornahme nach § 46 I und III KreisO NW i. V. m. § 109 II GO⁴ an. In den darauffolgenden Sitzungen erzielte der Kreistag wiederum keine Einigung.

Daraufhin ordnete der Regierungspräsident im Wege der Ersatzvornahme die Bildung des Verwaltungsrates der Kreissparkasse an. Die Zusammensetzung berücksichtigte die personellen Vorschläge der beiden Fraktionen, war jedoch so gewählt, daß der vom Rat der Stadt S vorgeschlagene Kandidat der Liste der A-Kreistagsfraktion zugerechnet wurde, so daß die B-Fraktion neben dem Vorsitzenden 5 weitere Mitglieder des Verwaltungsrates stellte, während die A-Fraktion sozusagen „neben dem Kandidaten aus S“ nur 3 weitere Verwaltungsratsmitglieder stellte. Das Verhältnis der sachkundigen Verwaltungsratsmitglieder war daher — rechnet man den von der Stadt S vorgeschlagenen Kandidaten der

A-Fraktion zu — 6 Mitglieder von der B-Fraktion und 4 Mitglieder von der A-Fraktion.

Gegen diesen Bescheid erhob die A-Fraktion gegen den Regierungspräsidenten Klage vor dem Verwaltungsgericht. Hinsichtlich ihrer Klagebefugnis machte sie geltend, es sei nicht entscheidend, daß nicht sie, sondern der Kreis Adressat der kommunalaufsichtlichen Maßnahme sei. Vielmehr bedürfe sie als Minderheitsfraktion des gerichtlichen Schutzes. Es stehe nicht zu erwarten, daß die Mehrheitsfraktion sich entschließen werde, den zu ihren Gunsten erlassenen Bescheid des Regierungspräsidenten als Kreis anzufechten. Wäre die Verfügung hingegen anders ausgefallen, hätte die Mehrheitsfraktion den Beschluß gefaßt, Anfechtungsklage zu erheben.

1. Ist die Klage der A-Kreistagsfraktion gegen den Regierungspräsidenten mit dem Antrag zulässig, dessen Ersatzvornahmeverfügung zur Besetzung des Sparkassenverwaltungsrates aufzuheben?

2. Kann die A-Kreistagsfraktion durch Klage gegen den Kreistag erreichen, daß dieser eine Anfechtungsklage gegen die Ersatzvornahme des Regierungspräsidenten erhebt bzw. für eine von der A-Fraktion innerhalb der Monatsfrist im Namen des Kreises vorsorglich erhobene Klage Verfahrensvollmacht erteilt?

II. Antwort auf Frage 1

Die Klage der A-Kreistagsfraktion gegen den Regierungspräsidenten könnte als Anfechtungsklage nach § 42 VwGO zulässig sein. Sie richtet sich gegen die Ersatzvornahmeverfügung des Regierungspräsidenten, also eine Maßnahme der Kommunalaufsicht, gegen die § 112 GO im Wege der Anfechtungsklage Rechtsschutz gewährt. Nach dieser Vorschrift

* Der Sachverhalt war Gegenstand mehrerer verwaltungsgerichtlicher Verfahren, in denen es allerdings zu keiner endgültigen Sachentscheidung kam, vgl. VG Aachen, B. v. 6. 10. 1981 — 4 K 1144/81 —; OVG Münster, B. v. 14. 12. 1982 — 15 A 2498/81 —; VG Aachen, B. v. 7. 12. 1982 — 4 K 253/82 —; B. v. 23. 2. 1984 — 4 K 238/83 —.

¹ Die nachstehenden landesrechtlichen Regelungen beziehen sich auf NW. Vgl. für die anderen Bundesländer §§ 12, 14 SpkG Ba.Wü., § 35 LandkreisO Ba.Wü.; Art. 6 bis 8 SpkG Bay.; § 5 SpkG Bln.; § 5 Hess. SpkG, § 55 HGO; §§ 10, 12 SpkG Nds.; §§ 5, 6 SpkG Rh.-Pf., § 45 GO Rh.-Pf.; §§ 7, 9 SpkG Saarl.; §§ 8, 10 SpkG Schl.H.

² Die Kommunalverfassungen von Bremerhaven (§ 27 Verf.Brhw.), Hessen (§ 55 HGO), NW (§§ 35 GO NW, 27 KreisO) und Schleswig-Holstein (§ 40 GO Schl.-H., § 35 KreisO Schl.H.) enthalten eine zentrale Norm, die sowohl das Verfahren bei der Besetzung nur einer Stelle nach dem Mehrheitswahlprinzip als auch bei der Besetzung mehrerer gleichartiger Stellen nach dem Proporz regelt. In den übrigen Kommunalverfassungen ist das Verhältniswahlverfahren überwiegend im Zusammenhang mit seinem Anwendungsbereich geregelt, nämlich bei den Vorschriften über die Bildung von Ausschüssen, vgl. §§ 40 Abs. 2 GO Ba.-Wü., § 35 II KreisO Ba.-Wü.; § 45 GO Rh.-Pf., § 39 KreisO Rh.-Pf.; §§ 19, 168 KSVG Saarl.

³ Das Verhältniswahlverfahren findet regelmäßig dann Anwendung, wenn in einem kommunalen Gremium mehrere Stellen in der Weise besetzt werden sollen, daß sich dort die politischen Mehrheitsverhältnisse der Vertretungskörperschaft widerspiegeln. Die zu besetzenden Stellen werden dann unter Berücksichtigung der auf die einzelnen Wahlvorschläge entfallenden Stimmen nach dem d'Hondt'schen Höchstzahlverfahren (so § 27 II Verf.Brhw.; § 55 IV HGO, § 22 II Hess. KommunalwahlG; § 35 II GO NW, § 37 III KreisO NW in der Neufassung der Bekanntmachung vom 13. 8. 1984; § 45 I GO Rh.-Pf., § 39 I KreisO Rh.-Pf.; § 49 II, 169 III KSVG Saarl.; § 40 IV GO Schl.-H., § 35 IV KreisO Schl.-H.) auf die Wahlvorschläge verteilt. In NW erfolgte die Sitzverteilung zuvor nach dem System Hare/Niemeyer, vgl. dazu *Elkemann*, Neues Sitzverteilungsverfahren im Kommunalwahlrecht, Städte- und Gemeinderat 1979, S. 136.

⁴ Maßnahmen der Kommunalaufsicht sind in den Bundesländern geregelt in §§ 118ff. GO Ba.-Wü.; Art. 108ff. GO Bay.; §§ 135ff. HGO; §§ 127 HGO Nds.; §§ 106ff. GO NW, §§ 117ff. GO Rh.-Pf.; §§ 123ff. GO Saarl.; §§ 120ff. GO Schl.-H.

können Maßnahmen der Aufsichtsbehörde unmittelbar — also ohne vorangehendes Widerspruchsverfahren⁵ — mit der Klage im Verwaltungsstreitverfahren angefochten werden.

Die Zulässigkeit einer solchen Klage setzt jedoch sowohl nach § 112 GO⁶ als auch nach § 42 Abs. 2 VwGO voraus, daß der Kläger geltend machen kann, durch die Maßnahme der Aufsichtsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein. Nach diesen Grundsätzen ist etwa eine Gemeinde klagebefugt, wenn sie geltend macht, durch eine in ihre Selbstverwaltungsrechte eingreifende rechtswidrige Ersatzvornahme der Aufsichtsbehörde verletzt zu sein. Eine Verletzung eigener Rechte durch Maßnahmen der Kommunalaufsicht kann jedoch nur von der jeweiligen kommunalen Gebietskörperschaft selbst geltend gemacht werden. Nur sie ist nämlich ausschließlicher und eigenverantwortlicher Träger der Verwaltung zur Wahrnehmung der auf ihr Gebiet begrenzten örtlichen bzw. überörtlichen Selbstverwaltungsangelegenheiten⁷. Träger des Selbstverwaltungsrechts, in das die Kommunalaufsicht nach den §§ 107ff. GO eingreifen kann und dessen Verletzung in Frage steht, sind dagegen nicht das Vertretungsorgan⁸ der kommunalen Gebietskörperschaft und erst recht nicht eine Fraktion desselben⁹. Da die A-Kreistagsfraktion nicht geltend machen kann, durch die Ersatzvornahme des Regierungspräsidenten ihm gegenüber in ihren Rechten verletzt zu sein, ist eine Klage der A-Fraktion unmittelbar gegen den Regierungspräsidenten unzulässig.

III. Antwort auf Frage 2

Wird die Klage der A-Fraktion gegen den Regierungspräsidenten abgewiesen, weil die Ersatzvornahme sich nicht unmittelbar an die A-Fraktion, sondern an den Kreis als betroffene Selbstverwaltungskörperschaft richtet, so würde eine aus diesen Gründen erfolgende Klageabweisung zu dem unbefriedigenden Ergebnis führen, daß die A-Fraktion, obwohl ihre Mitgliedschaftsrechte durch eine ihren Wahlvorschlägen nicht entsprechende Ersatzvornahme des Regierungspräsidenten möglicherweise verletzt sind, keinen Rechtsschutz gegen diese Rechtsverletzungen hätte. Diesen Unzuträglichkeiten könnte das organinterne Kommunalverfassungsstreitverfahren Abhilfe leisten, das zwischen Organteilen und Organen unter der Voraussetzung zulässig ist, daß der Kläger geltend macht, durch die angegriffene Maßnahme in seinen Mitgliedschaftsrechten verletzt zu sein¹⁰.

1. Zulässigkeit des organinternen Kommunalverfassungsstreitverfahrens

Die A-Fraktion könnte gegen den Kreistag daher ein organinternes Kommunalverfassungsstreitverfahren eröffnen mit dem Klageziel, feststellen zu lassen, daß die Nichtanfechtung der Verfügungen des Regierungspräsidenten durch den Kreistag rechtswidrig ist, ferner, daß dieser verpflichtet ist, für die gegen den Regierungspräsidenten im Namen des Kreises fristgerecht vorsorglich erhobene Anfechtungsklage gem. § 112 GO Verfahrensvollmacht zu erteilen, und schließlich festzustellen, wie bei der Wahl des Verwaltungsrates der Kreissparkasse rechtmäßig zu verfahren ist. Es handelt sich dabei um die Klage einer Fraktion als Organteil gegen das Beschlüssorgan Kreistag. Die Zulässigkeit dieser Klage setzt voraus, daß die A-Fraktion gegenüber dem Kreistag geltend macht, in ihren Mitgliedschaftsrechten verletzt zu sein¹¹.

Die A-Fraktion will letztlich erreichen, daß der Verwaltungsrat der Kreissparkasse personell anders zusammengesetzt wird. Sie wendet sich dagegen, daß bei der Ersatzvornahme durch den Regierungspräsidenten der von der Stadt S vorgeschla-

gene Kandidat der Liste der A-Kreistagsfraktion angerechnet worden ist. Das Interesse der A-Fraktion ist also darauf gerichtet zu erreichen, daß die nach ihrer Auffassung rechtswidrige Verfügung des Regierungspräsidenten aufgehoben und eine ordnungsgemäße Besetzung des Verwaltungsrates der Kreissparkasse vorgenommen wird. Bezogen auf das organinterne Kommunalverfassungsstreitverfahren ergeben sich allerdings besondere Probleme daraus, daß diese Bestellung des Verwaltungsrates der Kreissparkasse nicht durch den Kreistag selbst, sondern im Wege der Ersatzvornahme durch den die Kommunalaufsicht über die Kreise führenden Regierungspräsidenten vorgenommen worden ist. Um die sich daran anknüpfenden Rechtsfragen zu klären, soll zunächst untersucht werden, welche Klagemöglichkeiten bestünden, wenn die Bestellung des Verwaltungsrates der Kreissparkasse unmittelbar durch den beklagten Kreistag vorgenommen worden wäre.

a) Mitgliedschaftsrechte der Fraktion bei der Wahl des Verwaltungsrates

Nach § 10 I SpkG erfolgt die Wahl der weiteren sachkundigen Mitglieder (§ 8 II b SpkG) durch die Vertretung des Gewährträgers nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gem. § 35 III GO. Die Dienstkräfte der Sparkassen (§ 8 II c SpkG) werden gem. § 10 II 2 SpkG durch Urwahl unmittelbar von den Beschäftigten gewählt¹². Mitgliedschaftsrechte der Fraktionen des Kreistags werden bei der Wahl der weiteren sachkundigen Mitglieder (§ 8 II b SpkG) insoweit berührt, als die

⁵ § 112 GO ist Gesetz im Sinne von § 68 I 2 VwGO, vgl. dazu von *Loebell*, GO NW-Kommentar, Erl. 1 zu § 112; *Kottenberg/Rehn*, GO NW-Kommentar, Erl. 1 zu § 112. Ein Widerspruchsverfahren entfällt auch in den Ländern Ba.-Wü. (§ 118 GO), Hessen (§ 135 HGO) und Rh.-Pf. (§ 117 GO). In Bayern (Art. 120 GO) und im Saarl. (§ 123 GO) ist ein Widerspruchsverfahren ausdrücklich angeordnet.

⁶ Vgl. dazu *Kottenberg/Rehn*, Erl. 1 zu § 112; von *Loebell*, Anm. 3 und 7 zu § 112; *Rauball/Pappermann/Roters*, GO NW-Kommentar, 3. Aufl. 1982, Anm. 1 zu § 112.

⁷ Vgl. *Stüer*, Funktionalreform und kommunale Selbstverwaltung, 1980, S. 90ff.

⁸ OVG Münster. Urt. v. 5. 9. 1980 — 15 A 686/76 — DVBl 1981, S. 224 = StuGR 1981, S. 116; *Fehrmann*, Kommunalverwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1983, S. 311 (317); *Kottenberg/Rehn*, Erl. I 3 zu § 112; von *Loebell*, Anm. 10 zu § 30.

⁹ VG Aachen, B. v. 6. 10. 1981 — 4 K 1144/81 — (unveröffentlicht).

¹⁰ *Bethge*, Probleme verwaltungsrechtlicher Organstreitigkeiten, Die Verwaltung 1975, S. 483; *ders.*, Grundfragen innerorganisationsrechtlichen Rechtsschutzes, DVBl 1980, S. 309; *ders.*, Zwischenbilanz zum verwaltungsrechtlichen Organstreit, DVBl 1980, S. 824; *ders.*, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 2. Aufl. 1982, S. 176ff.; *Bleutge*, Der Kommunalverfassungsstreit, 1970; Böckenförde, in: Festschrift für Wolff, 1973, S. 269; *Fehrmann* (Fn. 8), DÖV 1983, S. 3122; *Hoppe*, Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten, 1970, S. 33; *ders.*, Die Regelung der verwaltungsrechtlichen Organstreitigkeiten — Eine Aufgabe des Gesetzgebers, NJW 1980, S. 1017; *Krebs*, Rechtsprobleme des Kommunalverfassungsstreits, VerwArch. Bd. 68 (1977), S. 189; *Papier*, Die verwaltungsrechtliche Organklage, DÖV 1980, S. 292; *Püttner*, Organstreitverfahren, Dokumentation zum 6. Deutschen Verwaltungsrichtertag 1980, S. 129f.; *Scholler/Broß*, Grundzüge des Kommunalrechts, S. 142. Vgl. aus der Rechtsprechung OVG Lüneburg, OVGE 2, S. 225; OVG Münster, OVGE 17, S. 261; OVGE 27, S. 258; OVGE 28, S. 208; DVBl 1973, S. 646; DVBl 1978, S. 150; DVBl 1979, S. 522.

¹¹ *Fehrmann* (Fn. 8), DÖV 1983, S. 311 (313ff.); *Kottenberg/Rehn*, Erl. II 4 zu § 27; von *Loebell*, Anm. 10 zu § 30.

¹² § 10 SpkG ist durch das Mitbestimmungs-Artikelgesetz v. 26. 6. 1984 (GV NW 362) neu gefaßt worden. Bisher wurden auch die Dienstkräfte der Sparkasse von der Vertretung des Gewährträgers auf Vorschlag der Personalversammlung gewählt (§ 10 II SpkG a. F.). Über die Wahl aller Mitglieder des Verwaltungsrates war dabei in einem Wahlgang abzustimmen (§ 10 III 1 SpkG). Vgl. zur Verfassungsmäßigkeit des neuen Wahlverfahrens *Stüer*, Mitbestimmung im Sparkassenverwaltungsrat, Stu GB 11/1985.

Fraktionen berechtigt sind, Wahlvorschläge zu unterbreiten und die Wahl selbst den Grundsätzen des § 35 III GO entsprechen muß. Wird eine Fraktion in ihrem Recht, ordnungsgemäße Wahlvorschläge einzureichen, beeinträchtigt, oder erfolgt eine Wahl, die gegen die Grundsätze der Verhältniswahl in § 35 III GO¹³ verstößt, so wird die hiervon betroffene Fraktion in ihren Mitgliedschaftsrechten verletzt. Sie kann daher in einem organinternen Kommunalverfassungsstreitverfahren die Ordnungsmäßigkeit der Wahl in diesem Umfang nachprüfen lassen. Stellt sich heraus, daß der Beschluß des Kreistags Wahlvorschlagsrechte der Kreistagsmitglieder und Fraktionen beeinträchtigt oder die Grundsätze der Verhältniswahl in § 35 III GO verletzt, so ist die Klage der hierdurch in ihren Wahrnehmungszuständigkeiten beeinträchtigten Mitglieder, Fraktionen oder Gruppen gegen den Kreistag begründet¹⁴. Wären die Mitglieder des Verwaltungsrats der Kreissparkasse daher durch Beschluß des Kreistags gewählt worden, so wäre eine organinterne Klage der A-Kreistagsfraktion mit der Rüge, sie sei in ihrem Wahlvorschlagsrecht beeinträchtigt oder bei der Wahl seien die Grundsätze der Verhältniswahl nach § 35 III GO nicht berücksichtigt, zulässig. Die Klage wäre begründet, wenn die Wahl insoweit rechtswidrig gewesen wäre.

b) Abwehrfunktion des Kreistags bei der Verletzung von Mitgliedschaftsrechten durch die Kommunalaufsicht

Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, daß die Bestellung der Verwaltungsratsmitglieder nicht durch einen im Kreistag gefaßten Mehrheitsbeschluß erfolgt ist, gegen den ein organinternes Kommunalverfassungsstreitverfahren unter Berücksichtigung der vorstehenden Grundsätze zulässig ist, sondern durch Ersatzvornahme der Aufsichtsbehörde. Es stellt sich damit die Frage, ob auch in diesen Fällen ein organinternes Kommunalverfassungsstreitverfahren zulässig ist mit dem Ziel, Einwirkungen Dritter — insbesondere der Kommunalaufsicht — sozusagen „von außen“ auf die Mitgliedschaftsrechte der einzelnen Mitglieder, Fraktionen und Gruppen des Kreistags abzuwehren.

Hierzu bedarf es der Klärung, welchen Zwecken das organinterne Kommunalverfassungsstreitverfahren dient. Das OVG Münster hat dazu ausgeführt¹⁵:

„Der Senat ist sich dabei bewußt, daß es sich bei dem Mitgliedschaftsrecht nicht um ein subjektiv-öffentliches Recht handelt, das dem Schutz eines vom übergeordneten Interesse des Kommunalverbandes verschiedenen Individualinteresses der Organwalter dient... Das Mitgliedschaftsrecht ist vielmehr ein mit der Zuweisung und Verteilung von Kompetenzen kollegialer Kommunalverfassungsorgane verliehenes Recht; es entspricht der mit der Machtverteilung notwendigerweise verbundenen Individualisierung des Interesses des Kommunalverbandes an einem ungestörten, auf planmäßiges Zusammenwirken der Organe und Organteile abgestellten, arbeitsteiligen Funktionsablauf.“

Danach geht es beim organinternen Kommunalverfassungsstreitverfahren nicht um subjektive Rechte überstimmter Minderheiten, sondern um das Funktionieren des Gesamtorganismus, der wiederum das geordnete Zusammenwirken und die eigenständigen Funktionen (Wahrnehmungszuständigkeiten) einzelner Organteile voraussetzt.

*Böckenförde*¹⁶ hat dieses Zusammenwirken und die eigenständigen Funktionen der Organteile wie folgt beschrieben:

„Diese Befugnisse und Berechtigungen sind nicht auf die Abgrenzung von Willens- und Handlungssphären, von individuellen Freiheitsbereichen bezogen, sondern auf die Zusammenordnung einzelnen menschlichen Wirkens und Handelns zu einem einheitlichen Wirkungszusammenhang. Sie beinhalten daher zunächst und primär eine Handlungspflicht, nicht eine geschützte Handlungsfreiheit, und sie sichern nicht die Verfolgung des eigenen Interesses des Handlungsberechtigten, sondern die Wahrnehmung des Interesses der organisierten Einheit. Diese prinzipielle Andersartigkeit organisatorischer und organ-

schaftlicher Befugnisse gegenüber subjektiven Rechten muß auch rechtsbegrifflich zum Ausdruck gebracht und festgehalten werden. Kennzeichnet man diese Befugnisse gleichwohl mit dem Begriff des subjektiven Rechts, indem dieser zu einem allgemein-rechtstheoretischen Begriff heraufstilisiert wird, so gerät die Diskussion wieder unter inadäquate begrifflich-konstruktive Frage- und Frontstellungen bzw. bleibt in ihnen stecken. Die sachlichen Probleme werden dadurch verdeckt bzw. verdunkelt.“

Kennzeichnend für das organschaftliche Zusammenwirken der einzelnen kommunalen Organe ist das gemeinschaftliche Ziel, im Interesse der kommunalen Selbstverwaltung einen geordneten Funktionsablauf zu gewährleisten. Hieraus ergeben sich organschaftliche Wahrnehmungszuständigkeiten¹⁷, vornehmlich aber organschaftliche Handlungs- und Schutzpflichten. Diese bestehen nicht nur im kommunalen Innenbereich, sondern beziehen sich — soweit Mitgliedschaftsrechte anderer Organe oder Organteile betroffen sind — auch auf die Abwehr gegenüber Angriffen dieser Wahrnehmungsberechtigungen und Mitgliedschaftsrechte durch Dritte von außen. Die auf den Innenrechtsbereich bezogene Pflicht zur Respektierung der Mitgliedschaftsrechte anderer Organe und Organteile wird also durch positive Schutzfunktionen und -pflichten der kommunalen Organe mit dem Ziel der Abwehr gegenüber Angriffen durch Dritte sekundiert. Dies muß auch für die Pflicht des Vertretungsorgans zur Abwehr rechtswidriger Übergriffe der Kommunalaufsicht gelten.

Beständen derartige Abwehrfunktionen gegenüber Eingriffen Dritter nicht, so würden in diesen Fällen die Organ- und Mitgliedschaftsrechte der Organe und der Organteile ungeschützt und wehrlos Eingriffen Dritter ausgeliefert — obwohl andere Organe zu deren Abwehr in der Lage sind —, wodurch nachteilige Folgewirkungen für die kommunale Selbstverwaltung insgesamt unausweichlich wären. Das kommunale Beschlußorgan (Gemeinderat, Kreistag) ist daher nicht nur verpflichtet, bei der Beschlußfassung die Mitgliedschaftsrechte der einzelnen Fraktionen und Gruppen zu wahren, sondern hat auch im Außenverhältnis dafür Sorge zu tragen, daß die Mitgliedschaftsrechte nicht durch Eingriffe Dritter beeinträchtigt werden. Die A-Fraktion macht daher auch insoweit eine Verletzung von Mitgliedschaftsrechten geltend, als sie den Kreistag auf Schutzfunktionen gegenüber Eingriffen in die Mitgliedschaftsrechte durch Dritte — hier durch den Regierungspräsidenten in seiner Eigenschaft als Kommunalaufsicht — in Anspruch nimmt.

2. Begründetheit des organinternen Kommunalverfassungsstreitverfahrens

Das organinterne Kommunalverfassungsstreitverfahren ist begründet, wenn die A-Kreistagsfraktion in ihren Mitgliedschaftsrechten verletzt ist. Die Fraktion wendet sich gegen die Bestellung des Verwaltungsrates der Kreissparkasse durch den Regierungspräsidenten. Sie rügt, daß der Regierungspräsident bei der personellen Zusammensetzung den von der Stadt S vorgeschlagenen Kandidaten als Kandidaten der A-Kreistagsfraktion gewertet und ihn auf die Liste der A-Fraktion „angerechnet“ hat. Dieses Verfahren verletzt die A-Fraktion in

¹³ Vgl. dazu *Stüer*, Die Besetzung von Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen nach dem Mehrheitswahlsystem — Zum Grundsatz der Funktionentrennung im Spannungsfeld von Kommunal- und Gesellschaftsrecht —, Städte- und Gemeinderat 1981, S. 243.

¹⁴ OVG Münster, DVBl 1981, S. 244.

¹⁵ OVG Münster, OVGE 27, S. 258 (263); vgl. auch *Fehrmann* (Fn. 8), DÖV 1983, S. 311 (313ff.).

¹⁶ *Böckenförde*, in: *Festschrift für Wolff*, 1973, S. 289 (303).

¹⁷ Zu diesem Begriff OVG Münster, DVBl 1981, S. 224; *Hoppe* (Fn. 10), NJW 1980, S. 1017f.).

ihren Mitgliedschaftsrechten, wenn dabei ihr Wahlvorschlagsrecht nicht ausreichend berücksichtigt worden ist oder — für den Fall einer Wahl durch den Kreistag — gegen die Grundsätze der Verhältniswahl in § 35 III GO verstoßen wurde.

a) Wahlverfahren gem. § 10 I SpkG, § 35 III GO (Willensbildungs-Innenrecht)

Der Regierungspräsident war bei der Bestellung der Mitglieder des Verwaltungsrates, die er anstelle einer Wahl durch den Kreistag ersatzweise vornahm, an das Wahlverfahren nach § 10 I SpkG, § 35 III GO gebunden. Er hatte in diesem Rahmen die eingereichten Listenvorschläge sowie die im Kreistag bestehenden Fraktionsstärken zu berücksichtigen. Nach § 10 I SpkG erfolgt die Wahl der 9 weiteren sachkundigen Mitglieder (§ 8 II b SpkG) unter Berücksichtigung der Grundsätze der Verhältniswahl nach § 35 III GO. Im Regelfall treten insoweit keine Schwierigkeiten auf, da die Mitglieder des Verwaltungsrates faktisch nach den jeweiligen Fraktionsstärken besetzt werden. Allerdings ist für die Bestellung der Verwaltungsratsmitglieder letztlich nicht das Verhältnis der Fraktionsstärken, sondern die jeweilige Stimmenzahl entscheidend, die auf die einzelnen Listen entfällt. Die Abstimmungsergebnisse bei derartigen Wahlen zeigen übrigens vielfach, daß es insoweit durchaus zu Abweichungen kommen kann. Jedes Kreistagsmitglied kann im übrigen eine eigene Liste aufstellen, wodurch die Abstimmungsmöglichkeiten noch vielfältiger gestaltet werden können.

b) Bindung des Kreises an die Vereinbarung mit der Stadt S (Außenrecht)

Eine Besonderheit bei der Bestellung der Verwaltungsratsmitglieder ergibt sich hier daraus, daß nach der Satzung der Kreissparkasse eines der sachkundigen Mitglieder auf Vorschlag des Rates der Stadt S zu wählen ist. Nach dieser Bestimmung, die aus einer Vereinbarung mit der Stadt S hervorgegangen ist und von deren Wirksamkeit auszugehen ist¹⁸, hat der Rat der Stadt S ein Vorschlagsrecht für die Besetzung einer Stelle im Verwaltungsrat. Dieses Vorschlagsrecht ersetzt allerdings eine Wahl durch den Kreistag des Kreises nicht. Es gibt dem Rat der Stadt S lediglich die Möglichkeit, für die durch den Kreistag vorzunehmende Wahl einen Vorschlag zu machen. Aus der Fusionierung der Kreissparkasse mit der Stadtparkasse S folgt jedoch, daß das in der Satzung enthaltene Vorschlagsrecht des Rates der Stadt mehr ist als eine unverbindliche Empfehlung und mehr oder sogar etwas anderes ist als ein Kandidatenvorschlag, der aus der Mitte des Kreistages kommt und über den — neben den anderen Vorschlägen — nach Listen abgestimmt wird. Das Vorschlagsrecht des Rates der Stadt S soll vielmehr eine Art vertraglich abgesicherte Kompensation dafür sein, daß die Stadtparkasse S vormals ihre Eigenständigkeit aufgab und mit der Kreissparkasse zusammengeschlossen wurde.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheint es interessengerecht, dem Rat der Stadt S ein für den Kreistag verbindliches Vorschlagsrecht einzuräumen, von dem nur abgewichen werden darf, wenn sich der Kreistag hierfür auf wichtige, überzeugende Gründe berufen kann. Diese in der Satzung der Kreissparkasse zum Ausdruck kommende Bindung an das Vorschlagsrecht des Rates wirkt aufgrund der damaligen Vereinbarung gegenüber dem Kreis als Selbstverwaltungskörperschaft. Sie beeinflußt zugleich auch das Wahlverfahren im Kreistag, der insoweit als Organ des Kreises an die Satzung und das dort niedergelegte Vorschlagsrecht des Rates der Stadt S gebunden ist. Der Kreistag ist danach

verpflichtet, dieser (Außen-)Bindung des Kreises an die Vereinbarung mit der Stadt S gerecht zu werden und bei der Gestaltung des Wahlverfahrens das aus der Sparkassensatzung folgende Vorschlagsrecht des Rates der Stadt S zu berücksichtigen.

c) Die Gestaltung des Wahlverfahrens bei der Bestellung der Mitglieder des Verwaltungsrates nach dem Verhältniswahlrecht unter Berücksichtigung des Vorschlagsrechts der Stadt S (Verschränkung von Willensbildungs-Innenrecht und Außenrecht)

Das Wahlverfahren im Kreistag, das durch die Verschränkung von Innenrecht und Außenrecht gekennzeichnet ist, hat danach einerseits den sparkassenrechtlichen Vorschriften in § 10 I SpkG, § 35 III GO gerecht zu werden (Willensbildungs-Innenrecht), andererseits das vertraglich und in der Satzung geregelte Vorschlagsrecht des Rates der Stadt S für ein sachkundiges Mitglied des Verwaltungsrates zu berücksichtigen (Außenrecht). Das Wahlverfahren muß daher folgenden Rechtsgrundsätzen und Forderungen gerecht werden:

- Nach § 10 I SpkG, § 35 III GO sind die Grundsätze der Verhältniswahl anzuwenden.
- Gem. § 10 I SpkG, § 35 III GO wird über die Wahl der weiteren sachkundigen Mitglieder des Verwaltungsrates in Listenwahl abgestimmt. Dies setzt einen einheitlichen Wahlgang voraus¹⁹.
- Ein sachkundiges Mitglied des Verwaltungsrates ist entsprechend der Sparkassensatzung auf Vorschlag der Stadt S zu bestimmen.

Wegen der Notwendigkeit, über die Wahl aller vom Gewährträger zu bestellender Mitglieder des Verwaltungsrates durch Liste in einem Wahlgang abzustimmen (§ 10 I SpkG, § 35 III GO), ist auch das auf Vorschlag des Rates der Stadt S zu wählende Mitglied in den einheitlichen Wahlgang einzubeziehen.

Andererseits verbietet es sich, diesen Kandidaten einseitig (nur) einer Liste zuzurechnen. Dies folgt zunächst daraus, daß die Mitglieder des Kreistages bei der Zusammenstellung ihrer Wahlvorschläge zu einer Liste grundsätzlich frei sind, zum anderen auch daraus, daß gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen würde, wenn der Vorschlag der Stadt S — etwa nach parteipolitischer Zugehörigkeit — lediglich einer der Listen zugerechnet würde, den anderen Listen jedoch nicht. Die Parteimitgliedschaft des vom Rat der Stadt S vorgeschlagenen Kandidaten kann für dieses Anrechnungs- und Zuschlagsverfahren keine Rechtfertigung bilden, weil der Kreistag aufgrund der Sparkassensatzung und der Vereinbarung zwischen der Stadt S und dem Kreis den Bindungen an den Vorschlag der Stadt unabhängig von der Parteizugehörigkeit des vorgeschlagenen Rechnung tragen muß.

Für dieses Mitglied muß daher bezogen auf die Verpflichtung des Kreistages ein *Neutralitätsgebot* mit dem Inhalt gelten, daß nicht die jeweilige Parteizugehörigkeit, sondern nur etwa offensichtliche Sachkunde oder andere gravierende Gründe für die Nichtwahl des von der Stadt S vorgeschlagenen Mitglieds durch den Kreistag angeführt werden können.

¹⁸ Die Abstimmungsmodalitäten innerhalb des Kreistages als (lediglich) eines Organs des Kreises (Innenrecht) müssen auf die Verpflichtungen des Kreises als Selbstverwaltungskörperschaft gegenüber der kreisangehörigen Stadt S (vertraglich vereinbarte Außenrechtsverpflichtung) Rücksicht nehmen.

¹⁹ Körner, GO NW-Kommentar, 4. Aufl. 1985, Rdn. 8 zu § 35.

Eine einseitige „Anrechnung“ auf eine der Listen verbietet sich nicht zuletzt deshalb, weil die Zusammensetzung des Verwaltungsrates letztlich nicht nach den jeweiligen Fraktionsstärken im Kreistag, sondern nach den auf die einzelnen Listen abgegebenen Stimmzahlen erfolgt und zwischen den Fraktionsstärken einerseits und den auf die Listen abgegebenen Stimmzahlen andererseits keinesfalls Identität bestehen muß. Ist aber nicht die jeweilige Fraktionsstärke, sondern letztlich die für die einzelne Liste abgegebene Stimmzahl für die Zusammensetzung des Verwaltungsrates entscheidend, so geht es nicht an, unter Verletzung des zuvor dargelegten „Neutralitätsgebots“ den Vorschlag der Stadt S einer Liste zuzurechnen, anderen Listen jedoch nicht.

Das Vorschlagsrecht wird übrigens vom Rat als Willensbildungsorgan der Stadt S und damit für diese in ihrer Eigenschaft als ehemalige Gewährträgerin der aufgelösten Sparkasse wahrgenommen. Der Vorschlag wird daher nicht für eine Fraktion des Rates, sondern für die gesamte Stadt dem Kreis unterbreitet. Außerdem können die Abstimmungen im Rat „quer durch die Parteien“ gehen, so daß eine eindeutige parteipolitische Zuordnung des vorgeschlagenen Kandidaten weder hinsichtlich seiner eigenen parteipolitischen Ausrichtung noch hinsichtlich der ihn tragenden Mehrheit vielfach nicht gelingen wird.

Um sowohl dem sparkassenrechtlichen Gebot gerecht zu werden, in einem Wahlgang über die weiteren sachkundigen Mitglieder des Verwaltungsrates abzustimmen (Listenwahl), als auch der Bindung an die Vereinbarung mit der Stadt Rechnung zu tragen (Vorschlagsrecht), ist das Wahlverfahren wie folgt auszugestalten: In einem ersten Wahlgang ist mehrheitlich vom Kreistag darüber abzustimmen, ob das auf Vorschlag des Rates der Stadt S zu wählende Mitglied für eine Wahl in den Verwaltungsrat in Betracht kommt oder ob sich überzeugende Gründe für eine Zurückweisung des Vorschlags finden. Über diese Frage sowie gegebenenfalls über die Begründung der Zurückweisung des Vorschlags der Stadt S ist im Kreistag mehrheitlich abzustimmen. Der Kreistag hat dabei der Verpflichtung gerecht zu werden, die sich aus dem Sinngehalt der Sparkassensatzung und der Vereinbarung zwischen der Stadt S und dem Kreis ergibt.

Wird der Vorschlag des Rates mehrheitlich nicht zurückgewiesen, so nimmt er an dem sich anschließenden einheitlichen Wahlgang (§ 10 I SpkG, § 35 III GO) einer Listenwahl teil. Da es aus den vorgenannten Gründen einerseits unzulässig ist, den Vorschlag nur einer Liste zuzurechnen, andererseits in nur einem Wahlgang jeweils über Listen abzustimmen ist, muß das auf Vorschlag des Rates zu wählende Mitglied in *allen* Listen enthalten sein. Hinsichtlich dieses Vorschlags ist dabei so zu verfahren wie bis zur Einführung der Urwahl (12) bei der Gruppe der Dienstkräfte der Sparkasse (§ 8 II c SpkG), die — neben der Gruppe der übrigen sachkundigen Mitglieder (§ 8 II b SpkG) — *in einer eigenen Gruppe* aufgeführt werden mußten, über deren personelle Zusammensetzung in den Vertretungen der Gewährträger zwischen allen Fraktionen aber regelmäßig Einigkeit bestand.

Bei der Wahl des Verwaltungsrates der Kreissparkasse dürfen danach nur Vorschlagslisten zugelassen werden, in denen das vom Rat der Stadt S vorgeschlagene und vom Kreistag des Kreises mehrheitlich als Kandidat zugelassene sachkundige Mitglied neben der Gruppe der übrigen sachkundigen Mitglieder (§ 8 II b SpkG) *in einer eigenen Gruppe* aufgeführt ist. Die Verteilung der übrigen Wahlstellen hat unabhängig davon nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gem. § 10 I SpkG, § 35 III GO zu erfolgen.

Für die Besetzung des Verwaltungsrates der Kreissparkasse folgt daraus, daß die B-Kreistagsfraktion — wenn die beiden Fraktionen jeweils geschlossen für ihre Listen abstimmen — den Vorsitzenden sowie 4 weitere sachkundige Verwaltungsratsmitglieder stellt und die A-Kreistagsfraktion ebenfalls 4 sachkundige Mitglieder in den Verwaltungsrat entsendet. Hinzu tritt das auf Vorschlag der Stadt S zu wählende sachkundige Mitglied, so daß hinsichtlich der parteipolitischen Zugehörigkeit — rechnet man den Kandidaten der Stadt S der A-Partei zu — ein Gleichgewicht von je 5 Mitgliedern der A- und der B-Partei besteht²⁰. Hinzu kommen die fünf Arbeitnehmervertreter, die von den Dienstkräften der Sparkasse in Urwahl gewählt werden.

IV. Gesamtergebnis

1. Die Klage der A-Kreistagsfraktion gegen den Regierungspräsidenten auf Anfechtung der Ersatzvornahme ist unzulässig, da die Verfügung nicht an die A-Fraktion, sondern an den Kreis als Träger der kommunalen Selbstverwaltungsrechte gerichtet ist.

2. Zulässig und begründet ist eine Klage der A-Fraktion gegen den Kreistag in der Form des organinternen Kommunalverfassungsstreitverfahrens. Das Klageziel ist dabei darauf gerichtet festzustellen, daß die Mitglieder des Verwaltungsrates der Kreissparkasse nach folgenden Grundsätzen zu wählen sind: Für das auf Vorschlag der kreisangehörigen Stadt S zu wählende Mitglied muß das Gebot der parteipolitischen Neutralität gelten. Bei der Wahl des Verwaltungsrates dürfen daher nur Vorschlagslisten zugelassen werden, in denen das vom Rat der Stadt S vorgeschlagene und vom Kreistag mehrheitlich als Kandidat zugelassene sachkundige Mitglied neben der Gruppe der übrigen sachkundigen Mitglieder (§ 8 II b SpkG) in einer eigenen Gruppe aufgeführt ist. Die Verteilung der übrigen Wahlstellen hat unabhängig davon nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gem. § 10 I SpkG, § 35 III GO zu erfolgen. Ferner hat das Gericht festzustellen, daß der Kreistag durch die rechtswidrige Nichtanfechtung der Ersatzvornahmeverfügung des Regierungspräsidenten Mitgliedschaftsrechte der A-Fraktion verletzt hat. Der Kreistag ist daher verpflichtet zu beschließen, gegen die rechtswidrige Ersatzvornahmeverfügung des Regierungspräsidenten Klage nach § 112 GO zu erheben bzw. für eine im Namen des Kreises vorsorglich erhobene Anfechtungsklage gegen den Regierungspräsidenten Verfahrensvollmacht zu erteilen.

3. Daraus folgt zugleich, daß eine nach § 112 GO erhobene Anfechtungsklage des Kreises — vertreten durch den Oberkreisdirektor²¹ — gegen die Ersatzvornahmeverfügung des

²⁰ Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird durch folgende Überlegung bestätigt: Würde das auf Vorschlag der Stadt S zu wählende sachkundige Mitglied des Verwaltungsrates derjenigen Liste zugerechnet, der es parteipolitisch nahesteht, so verschiebt sich die Problematik in die Abstimmung über das vorzuschlagende Mitglied und damit in die Entscheidungsfindung des Rates der Stadt S. Würde die A-Ratsfraktion etwa für den Kandidaten der B-Ratsfraktion stimmen, so könnte sie hierdurch erreichen, daß der Kandidat der B-Partei dem Kreis als Kandidat vorgeschlagen würde und daher auf die Liste der B-Kreistagsfraktion angerechnet werden müßte. Er würde hier einen anderen Kandidaten der B-Kreistagsfraktion sperren mit dem Ergebnis, daß die A-Kreistagsfraktion einen ihrer Kandidaten mehr durchbrächte, als wenn von der Stadt S ein Kandidat der A-Ratsfraktion vorgeschlagen worden wäre. Die richtige Lösung kann daher nur in einer politischen „Neutralisierung“ des von der Stadt S vorzuschlagenden Bewerbers für den Verwaltungsrat der Kreissparkasse liegen.

²¹ Richtiger Kläger in einem Rechtsstreit der Gemeinde oder des Kreises gegen die Aufsichtsbehörde ist grundsätzlich die Gemeinde bzw. der Kreis als Träger der Selbstverwaltungsrechte, in die von der Aufsichtsbehörde eingegriffen wird und deren Verletzung mit der Klage gerügt wird. Regel-

Regierungspräsidenten erfolgreich ist. Die Bildung des Verwaltungsrates der Kreissparkasse hat so zu erfolgen, daß das auf Vorschlag der Stadt S zu wählende sachkundige Verwaltungsratsmitglied nicht einseitig einem im Kreistag eingebrachten Listenvorschlag zugerechnet werden darf.

mäßig wird die Gemeinde im Rechtsstreit kraft Gesetzes durch den Gemeindedirektor und der Kreis durch den Oberkreisdirektor vertreten. Will jedoch die Aufsichtsbehörde einen Beschluß des Rates aufheben, der zuvor vom Gemeindedirektor bzw. vom Oberkreisdirektor gem. § 39 GO NW beanstandet wurde (§ 108 I GO), so ist die Aufhebungsverfügung an den Rat — dieser vertreten durch den Bürgermeister — zu richten. In diesen Fällen vertritt der Bürgermeister als Ratsvorsitzender die Gemeinde auch in einem sich anschließenden Verwaltungsstreitverfahren, weil der an sich zur gesetzlichen Vertretung berufene Gemeindedirektor (Oberkreisdirektor) infolge einer Mitwirkung an der angefochtenen Aufsichtsmaßnahme verhindert ist, die Gemeinde bzw. den Kreis zu vertreten, so OVG Münster, DVBl 1981, S. 224; *Fehrmann* (Fn. 8), DÖV 1983, S. 311 (313).

Assessor Ulrich Wussow, Dortmund

Zum 150. Todestag Wilhelm von Humboldts — Aspekte der Grenzen von Recht und Staat

I. Grenzen der „Wirksamkeit“ des Staates

Wilhelm von Humboldt, mit vollem Namen Friedrich Christian Carl Ferdinand Wilhelm von Humboldt, 22. 6. 1767–8. 4. 1835, preußischer Staatsmann und Verfechter einer liberalen Verfassung, zugleich vielseitiger Gelehrter, nach dem noch heute Schulen benannt sind und dem Berlin die Humboldt-Universität verdankt, verfaßte im Jahre 1792 seine „Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen“. Hiermit stellte Humboldt dem Gedanken des Polizei- und Wohlfahrtsstaates seine idealen Vorstellungen freier Entfaltung und Bildung des Individuums gegenüber. Hiernach sollte sich der Staat aller Sorgfalt für den positiven Wohlstand der Bürger enthalten; er sollte in seinen Regelungen nicht weiter gehen, als es zur Sicherstellung der Bürger gegen sich selbst und gegen auswärtige Feinde notwendig schien; zu keinem anderen Zweck sollte er ihre Freiheit beschränken. Im Titel der Schrift fällt Humboldts selbstkritische Bescheidenheit auf. Er nennt seine Arbeit nicht „Grenzen der Wirksamkeit des Staates“, bezeichnet sie auch nicht als Versuch, diese Grenzen zu bestimmen, sondern spricht lediglich von Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen. Auf diesen Versuchscharakter sowie seine Berechtigung und Notwendigkeit wird noch zurückzukommen sein.

In der Einleitung seiner Schrift wirft Humboldt einen „historischen Blick“ auf die Grenzen, welche die Staaten ihrer Wirksamkeit gesetzt haben; er behandelt den Zweck der Staatsverbindung überhaupt und kommt dann zu der für ihn zentralen Frage, ob dieser Zweck allein in der Sorgfalt für die Sicherheit oder auch in der Sorge für das Wohl der Nation überhaupt bestehen solle. Zur Prüfung dieser Frage geht Humboldt vom einzelnen Menschen und dem „höchsten Endzweck“ seines Daseins aus, der höchsten und proportionier-

lichsten Ausbildung seiner Kräfte in ihrer individuellen Eigentümlichkeit. Hierfür seien Freiheit des Handelns und Mannigfaltigkeit der Situationen notwendige Bedingungen. Die Sorgfalt des Staates für das „positive“ Wohl der Bürger erklärt Humboldt schlicht für schädlich, u. a. weil sie Einförmigkeit hervorbringe, weil sie die Entwicklung der Individualität und Eigentümlichkeit des Menschen hindere, die Staatsverwaltung selbst erschwere und die dazu erforderlichen Mittel vervielfältige. Öffentliche Erziehung lehnt Humboldt ab, insbesondere darum, weil sie die Mannigfaltigkeit der Ausbildung hindere. Auch „Sittenverbesserung“ sieht Humboldt als einen Bereich, auf den sich die Wirksamkeit des Staates nicht erstrecken sollte: Jeder Versuch des Staates, auf die Sitten positiven Einfluß zu nehmen, wirke nur auf die äußeren Handlungen und bringe mannigfaltige und gewichtige Nachteile hervor.

Die Sorgfalt des Staates für das „negative“ Wohl der Bürger, für ihre Sicherheit, hält Humboldt für notwendig; er erklärt sogar, diese Sorgfalt mache den eigentlichen Endzweck des Staates aus. Eingehend erörtert Humboldt die Sorgfalt des Staates für die Sicherheit gegen auswärtige Feinde sowie auch für die Sicherheit der Bürger untereinander; er behandelt die Sorgfalt des Staates für die Sicherheit durch Bestimmung solcher Handlungen, die sich unmittelbar und geradezu nur auf den Handelnden selbst beziehen, und andererseits durch Bestimmung von Handlungen, die sich auf andere beziehen. Kurzum, es wird unter verschiedensten Gesichtspunkten die Sicherheit und die Sorge des Staates für die Sicherheit behandelt. Nicht nur Prozeßordnungen und Strafgesetz erörtert Humboldt, sondern auch die letztendlichen Hauptgesichtspunkte, aus welchen alle Gesetze fließen müßten. Er trennt das Verhältnis der Bürger zum Staat und das Verhältnis der Bürger untereinander und erläutert die Notwendigkeit dieser Trennung.

Man muß sich vor Augen halten, daß Humboldt unter wesentlich anderen Verhältnissen lebte als wir heutigen Menschen in der technisierten Welt des zwanzigsten Jahrhunderts. Die Fragen und Probleme aber, die Humboldt behandelt, — um welche Angelegenheiten der Staat sich zu kümmern habe bzw. aus welchen Dingen er sich heraushalten sollte, werden von Interesse bleiben, solange es Staaten gibt, die nach Ausdehnung ihres Betätigungsfeldes, nach Expansion ihres Macht- und Ordnungsanspruchs streben, und solange es andererseits Menschen gibt, die Wert darauf legen, nicht vollends als Objekt staatlichen Handelns vereinnahmt zu werden, die sich einen gleichsam „staatsfreien“ Raum eigenen Subjekt-Seins bewahren und nach Möglichkeit auch entwickeln möchten.

II. Zur Bedeutung der Grenzen von Recht und Staat

Aspekte der Grenzen von Recht und Staat sind u. a. darum von Bedeutung, weil es im Interesse der Freiheit wie auch der freiheitlichen Ordnung wichtig, wenn nicht gar notwendig ist, die Anwendung des Rechts wie auch die staatliche Aktivität überhaupt kontrollierbar zu machen bzw. unter Kontrolle zu halten. Denn unkontrollierte Rechtsanwendung und unkontrollierte Staatstätigkeit führt — zwar nicht notwendigerweise, aber doch nicht ganz unwahrscheinlich — zu vermeidbaren Rechtswidrigkeiten, seien sie nun beabsichtigt oder nicht, zu Fehlentscheidungen, denen durch Kontrolle weitgehend vorgebeugt werden könnte, m. a. W., die durch vermehrte Beachtung der Grenzen von Recht und Staat zu vermeiden wären. Hinzu kommt, daß Fehlentscheidungen, sei es in Justiz, Verwaltung oder Gesetzgebung, zum Schwenden des Vertrauens