

# **Verfassungsrechtliche Bedingungen der Veränderung der Zusammensetzung des Bayerischen Senats**

Rechtsgutachten

erstattet im Auftrag des Bayerischen Senats

von

Hans F. Z a c h e r

Dr. jur.; o. Professor

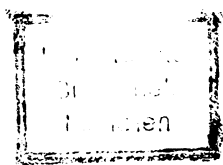
an der Universität München

---

April 1978

Herausgeber:

Bayerischer Senat – Senatsamt – 8000 München 85 – Maximilianeum



x 25828

# Inhaltsverzeichnis

Seite

## A) Ausgangspunkte

I. Zur Stabilität der Entscheidung über die Zusammensetzung des Senats . . . . .	9
II. Kritik und Anfechtung der Zusammensetzung des Senats	13
III. Das weitere Vorgehen . . . . .	16

## B) Die Wesensbezüge der im Senat vertretenen Körperschaften

I. Der korporativ-organische Ansatz . . . . .	18
1. Das körperschaftliche Element . . . . .	18
a) Allgemeines . . . . .	18
b) Zum spezifischen Begriff der Körperschaft . . . . .	18
2. Das organische Element: die Anknüpfung an eine vorgegebene, sachorientierte Gliederung . . . . .	20
a) Das positive Konzept . . . . .	20
b) Die Auswahl der Lebensbereiche . . . . .	20
3. Das Gegenbild der parteipolitisch-parlamentarischen Repräsentation . . . . .	22
4. Zwischenergebnis: Körperschaften als Ausdruck vorgegebener, sachorientierter Gliederung . . . . .	25
II. Dimensionen der Vertiefung des korporativ-organischen Ansatzes . . . . .	26
1. Der personale Charakter der Gliederung . . . . .	27
a) Die These . . . . .	27
b) Die Verwirklichung im gegenwärtigen Verfassungsrecht	28
2. Das Erfordernis der komplexen, verbandsinternen, gesellschaftlichen, dem Gemeinwesen bedeutsamen Aufgabe	33
a) Die Thesen . . . . .	33
aa) Die verbandsinterne Aufgabe . . . . .	34
bb) Bedeutung und Komplexität der Aufgabe . . . . .	34
cc) Stabilität durch Fähigkeit zum Wandel . . . . .	35
dd) Der öffentliche Charakter der Aufgabe . . . . .	36

	Seite
b) Zu Art. 179 BV . . . . .	36
c) Die Verwirklichung der Thesen im gegenwärtigen Verfassungsrecht . . . . .	38
3. Der Senator als Repräsentant und die Fähigkeit der Körperschaften, Senatoren zu stellen . . . . .	47
a) Der Senat als Volksrepräsentation – der Senator als Repräsentant . . . . .	47
b) Konsequenzen für die Natur der Körperschaften . . . . .	52
<b>III. Zusammenfassung</b>	
1. Systematisch-teleologische Ausgangspunkte . . . . .	53
2. Definition der „Körperschaften“ . . . . .	54
a) Sachliche Elemente . . . . .	54
b) Personale Elemente . . . . .	55
c) Institutionelle Elemente . . . . .	55
<b>C) Eigenart und Bedeutung vorliegender Änderungsvorschläge</b>	
I. Die Repräsentation von Frauen . . . . .	57
II. Richter, Verwaltungsfunktionäre oder Altpolitiker . . . . .	57
III. Regionale Vertreter . . . . .	58
IV. Die Vorschläge des Volksbegehrens, Sport-, Naturschutz- und Behindertenverbände in den Kreis der „Körperschaften“ aufzunehmen . . . . .	59
1. Das Konfliktfeld im Verhältnis zur gegebenen Konzeption des Senats . . . . .	59
a) Die nicht-„körperschaftlichen“ Verbandstypen . . . . .	60
aa) Der Partizipationsverband . . . . .	60
bb) Reine Interessenverbände . . . . .	63
cc) Als Sekundärverbände . . . . .	64
b) Gemeinsamkeiten dieser nicht-„körperschaftlichen“ Verbandstypen . . . . .	65

	Seite
2. Zur Exemplifikation: das Volksbegehren . . . . .	67
a) Das Beispiel der Naturschutz-Organisationen . . . . .	67
b) Das Beispiel der Sport-Organisationen . . . . .	68
c) Das Beispiel der Behinderten-Organisationen . . . . .	69
<b>V. Quantitative Veränderungen . . . . .</b>	<b>70</b>
1. Das Dilemma . . . . .	70
2. Die Unmöglichkeit eines quantitativen Schlüssels . . . . .	71
a) Zur Realisierung eines quantitativen Schlüssels . . . . .	71
b) Die zwingenden Hindernisse eines quantitativen Schlüssels . . . . .	72
aa) Die Definition der quantitativen Basis . . . . .	72
bb) Quantitativer Schlüssel und Mehrfachrepräsentation . . . . .	72
c) Ergebnis . . . . .	73
3. Der qualitative, gewichtende Schlüssel . . . . .	73
4. Die Mischung quantitativer und qualitativer Elemente im konkreten Senats-Wahlrecht . . . . .	75
a) Das System des geltenden Senats- und Wahlrechts . . . . .	75
aa) Die Bestimmung der „zuständigen Körperschaften“ . . . . .	75
bb) Die Verteilung der Gruppensitze auf die Verbände . . . . .	75
cc) Die Verteilung der Sitze durch Wahlversammlungen . . . . .	76
b) Die angewandten Prinzipien . . . . .	77
c) Zur Würdigung . . . . .	78
5. Zur Exemplifikation: Die Sachgerechtigkeit gegebener Regelungen . . . . .	78
a) Erstes Beispiel: Die Vertretung der Landwirtschaft . . . . .	78
b) Zweites Beispiel: Die Vertretung der Gewerkschaften . . . . .	80
c) Drittes Beispiel: Die Vertretung der Gemeinden und Gemeindeverbände . . . . .	82
<b>VI. Zusammenfassende Charakterisierung der Veränderungsvorschläge . . . . .</b>	<b>82</b>

## **D) Verfassungsrechtliche Würdigung**

	Seite
I. Vorschläge, die den Zugang zum Senat durch teilweisen Verzicht auf die korporative Basis verändern wollen . . . . .	87
II. Eine Frauen-Vertretung . . . . .	88
III. Die Vorschläge, die Regionen des Landes stärker zu vertreten	89
IV. Vorschläge, die auf einen erweiterten Zugang von Verbänden zum Senat zielen . . . . .	90
1. Die Plattform des Art. 34 BV . . . . .	90
2. Individualität versus Gattung . . . . .	90
3. Verbände oder Parteien? . . . . .	93
a) Die Gefährdung der Vereinigungsfreiheit . . . . .	93
b) Die Störung des Verhältnisses Parteien–Verbände . . . . .	95
4. Die Verschärfung der Probleme der Repräsentation der Organisierten und der Mehrfachrepräsentation . . . . .	97
5. Die Grenzen des demokratischen Prinzips . . . . .	98
a) Die demokratischen Anforderungen an den Senat . . . . .	98
b) Einzelne Aspekte . . . . .	101
V. Die quantitative Veränderung des Senats . . . . .	102
<b>E) Ergebnisse</b>	<b>104</b>

## Abkürzungsverzeichnis

Kalkbrenner	Helmut Kalkbrenner, Wesen und Problematik der Zweiten Kammer unter besonderer Berücksichtigung des Bayerischen Senats, Jur. Diss., 1954
Küchenhoff	Günther Küchenhoff, Die Rechtsstellung des Bayerischen Senats, DÖV, 20. Jahrg. (1967), S. 79 ff.
M - D - H - Sch	Theodor Maunz – Günter Dürig – Roman Herzog – Rupert Scholz, Grundgesetz, Stand 15. Lieferung (Mai 1977)
Mayer-Tasch	Peter-Cornelius Mayer-Tasch, Struktur und Funktionsprobleme des Bayerischen Senats, Politische Vierteljahresschrift (PVS), 13. Jahrg. (1972), S. 71 ff.
Meder	Theodor Meder, Handkommentar zur Verfassung des Freistaates Bayern, 1971
N - L	Hans Nawiasky – Claus Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, 1948
N - L Ergänzungsband	Hans Nawiasky – Hans Lechner, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, Ergänzungsband, 1953
N - L - S - Z	Hans Nawiasky – Claus Leusser – Karl Schweiger – Hans F. Zacher, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Auflage, Stand 5. Lieferung (1976)
Singer	Josef Singer, Die Bedeutung und die Aufgaben des Bayerischen Senats, in: Ratgeber für Parlament und Regierung, Vortragsreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten, 1951

Für den Bayerischen Senat und die in ihm repräsentierten Verbände hat sich dieses Problem des Rückschlages der „staatlichen“ Stellung der Verbände auf ihre gesellschaftliche Lage und Struktur bis jetzt als wenig bedeutsam erwiesen.<sup>3)</sup> Dazu haben systemexterne Gründe beigetragen. Der Bayerische Senat bestand noch nicht zwei Jahre, als die Bundesrepublik Deutschland ins Leben trat, und – mehr noch als vordem schon die Besatzungsmacht und die Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes – der Gesellschaft und ihren Verbänden einen neuen Bezugsrahmen gab. Heute ist dieser auch europäisch ausgeweitet. In diesem eigenständigen westdeutsch-europäischen Gesamtsystem verbandlicher Repräsentation konnte dem Bayerischen Senat nur geringer struktureller Einfluß zukommen. Für die Dämpfung des Rückschlages von der staatlichen Institution auf die gesellschaftliche Position gibt es aber auch systemimmanente Gründe. Da ist zunächst einmal der konsultative Charakter der Kompetenzen des Senats. Vielleicht spielt auch die Unabhängigkeit des Senators (Art. 36 Abs. 2, 37 BV, Art. 23 SenG) eine Rolle, welche die Verbindung zwischen Senatoren und Verbänden lockert.<sup>4)</sup> Endlich ist da der elementare Charakter der Auswahl der Organisationen. Er ist elementar der Form nach: die im wesentlichen unmittelbare Entscheidung einer schwer abänderbaren Verfassung (Art. 75 BV). Und er ist elementar in der Sache: die ausgewählten Organisationen (Art. 35 Satz 2 BV) sind infolge der in ihnen manifestierten sozialen Bindungen und Interessen und infolge der von ihnen bewältigten Aufgaben von robuster Eigenständigkeit. Unter den Faktoren, die ihre Substanz, Verhaltensweise und Bedeutung prägen, hat der Zugang zum Senat eine vergleichsweise geringe Bedeutung.<sup>5)</sup>

Erstaunlicher ist, daß sich auch die Zusammensetzung des Senates in den drei Jahrzehnten, seit es ihn gibt, als wenig konfliktträchtig erwiesen hat. Auch dafür gibt es systemexterne Gründe. Die Staatlichkeit Bayerns wurde durch die Staatlichkeit des Bundes und – später und schwächer – auch durch die supranationalen europäischen Organisationen relativiert. Damit schwand auch die Bedeutung des Senates – des Senates noch mehr als des Landtages, weil der Senat mehr als der Landtag auf die Gesetzgebung konzentriert ist,<sup>6)</sup> während die Abwanderung von Staatlichkeit vor allem eine Abwanderung von Gesetzgebungskompetenzen

3) S. a. Mayer-Tasch, S. 76.

4) S. zu diesem personalen, „senatorialen“ Prinzip Zacher, Struktur und Stellung S. 371, 11; Küchenhoff, S. 80.

5) S. unten B.

6) S. Zacher, Struktur und Stellung, S. 371 f.



darstellt. Je geringer die Bedeutung des Senates aber ist, desto geringer ist auch das Interesse an seiner Zusammensetzung. Sowohl systemexterner als auch systeminterner Natur ist eine weitere Erklärung für die geringe Konfliktsträchtigkeit der Zusammensetzung des Senats. Sie wurde schon angedeutet als die über Bayern hinausreichende, aber auch in Bayern unvermindert wirksame Gesamtheit verbandlicher Repräsentation von gesellschaftlichen Gruppen und Interessen. Systemextern ist sie insofern, als die Komplexität des Gesamtgefüges der Staatlichkeit in den Ebenen Europäische Gemeinschaften – Bund – Länder, die ja ergänzt, erweitert und vertieft wird durch die weiterreichende Komplexität der Gesamtheit öffentlicher Organisation – von den internationalen Organisationen bis zu den Gemeinden und Gemeindeverbänden –, den gesellschaftlichen Gruppen und Interessen nicht erlaubt, sich ausschließlich auf das Konzept der Repräsentation von Interessen und Sachkunde einzulassen, das ein Gliedstaat etabliert hat. Systemintern ist sie insofern, als sich überall, wo man in einem freiheitlichen Gemeinwesen versucht hat, Gruppen und Interessen parlamentarisch zu repräsentieren,<sup>7)</sup> erwiesen hat, daß das Ziel, den Einfluß der Verbände in das verfaßte System hineinzunehmen und so die Störungen des parteidemokratischen parlamentarischen Systems, die vom Verbandseinfluß ausgehen, aufzuheben, nicht erreicht wird. Der „natürliche“ Verbandseinfluß bleibt neben dem „parlamentarisierten“ erhalten.<sup>8)</sup> Dem entspricht die Erfahrung auch in Bayern. Der Verbandseinfluß ist weder auf den Senat beschränkt noch auf die in ihn entsendenden Organisationen.

Zu den rein systemimmanenten Gründen dafür, warum die Zusammensetzung des Senates so wenig angefochten wurde, zählt in erster Linie der prinzipiell konsultative Charakter der Kompetenzen des Senates. Auch hier ist ferner wieder die Überlagerung des verbandlichen Prinzips (Art. 34, 35, 36 Abs. 1 BV) durch das personale, „senatoriale“ Prinzip in Anschlag zu bringen, das die einfache Zurechnung Sitz – Verband erschwert. Sodann aber sind zwei Eigentümlichkeiten der Regelung des Senates hervorzuheben: die Beschränkung auf

7) S. etwa Bodo D ennewitz, Die Verfassungen der modernen Staaten, 1948, Bd. III S. 8 ff.; Dietrich S perling, Wirtschaftsräte im Europäischen Verfassungssystem, JÖR n. F. Bd. 14 (1965) S. 195 ff.; Brun-Otto B ryde, Zentrale wirtschaftspolitische Beratungsgremien in der Parlamentarischen Verfassungsordnung, 1971; Karsten W interhoff, Historischer und vergleichender Überblick über Modelle eines Wirtschafts- und Sozialrats in Deutschland und in den Nachbarstaaten, JÖR n. F. Bd. 25 (1976) S. 115 ff.

8) So z. B. Klaus S tern, Zur Einführung eines Wirtschafts- und Sozialrates, JÖR n. F. Bd. 25 (1976) S. 103 ff. (111 ff.) m. w. Nachw.

relativ wenige (zehn!) und untereinander schwer zu vergleichende Typen korporativ faßbarer Gliederungen der Gesellschaft in Art. 35 BV; und die Spannweite zwischen dieser klaren und praktikablen, aber schwer abänderbaren (Art. 75 BV) Entscheidung der Verfassung und der Gebundenheit und Elastizität ihrer Ausführung durch Gesetz (Art. 42 BV), Verordnung (Art. 14 SenG) und administrativen Vollzug (Art. 4, 5 Abs. 2, 8 Abs. 3, 9 Abs. 1 Satz 3 und vor allem Art. 13 SenG). Ist diese Elastizität geeignet, Veränderungen von untergeordneter Bedeutung aufzufangen, so geben Form und Inhalt der in Art. 35 BV getroffenen Entscheidung dieser einen elementaren Charakter, der die Auseinandersetzung mit ihr und das Verlangen ihrer Änderung erschwert. Dazu kommt, wie schon bemerkt, der hohe Grad an Individualität der durch Art. 35 BV formierten Gruppen. Von den in Art. 35 BV genannten Gruppen sind allenfalls die ersten drei (Land- und Forstwirtschaft, Industrie und Handel, Handwerk) in eine Reihe zu bringen: als nach Gegenstand und Produktionsweise verschiedene Wirtschaftsgruppen – aber selbst das mit Vorbehalten. Die Prinzipien aber, nach denen alle übrigen Gruppierungen untereinander und im Verhältnis zu den ersten drei definiert und verstanden werden dürfen, laufen ebenso vielfältig aneinander vorbei und übereinander hin, wie die Kreise der Bevölkerung, die auf diese Weise zur Basis der Repräsentation werden, teils getrennt sind, teils sich überschneiden.<sup>9)</sup> Die Sitzzahlen sind so nirgends direkter Ausdruck realer Quantitäten – auch und gerade nicht von Bevölkerungsanteilen.<sup>10)</sup> Entscheidend war dem Verfassungsgeber ein qualitativer Aspekt: ein komplexes Bündel von Werturteilen, die sowohl von den Menschen, den Bürgern, als auch vom Gemeinwesen und den seiner Verfassung zugrunde liegenden Maximen her entwickelt wurden.<sup>11)</sup> Und entscheidend war dem Verfassungsgeber das **G e g e n b i l d**, dem das Senatskonzept entsprang: statt der permanent gewillkürten, mobilen Gliederung in Parteien die vorgegebene, „natürliche“ Gliederung, die sich in Verbänden ausdrückt und bewährt;<sup>12)</sup> statt der Freizügigkeit der Wählerentscheidung über die Parteienlandschaft hin die auf das Personale

9) S. zur Interpretation etwa **Z a c h e r**, Struktur und Stellung S. 370.

10) VerfGH 14, 87 (98).

11) Zu den wenigen Bemerkungen, mit denen in der Verfassungsgebenden Landesversammlung überhaupt zur Zusammensetzung des Senats Stellung genommen wurde, zählen folgende Ausführungen des Abgeordneten **D e h l e r**, Sten.Ber. IV S. 199: „Schon die Art der Zusammensetzung, vor allem die Tatsache, daß man die so wichtigen freien Berufe, die weitgehend Träger der Intelligenz, des Fortschritts und weitgehend Garanten der Demokratie sind, so gering bedacht hat, ...“

12) **S. Dr. E h a r d**, Sten.Ber. II S. 488, IV S. 21 f.; **Dr. S c h l ö g l**, Sten.Ber.

verengte Auswahl der Senatoren in den Verbänden.<sup>13)</sup> Hier zeigt sich ein wichtiger, enger Zusammenhang: zwischen – erstens – der qualitativen Wichtigkeit der die Auswahl rechtfertigenden Gründe für die Menschen und das Gemeinwesen, – zweitens – der ihnen entsprechenden Vorgegebenheit und Eigengesetzlichkeit der gesellschaftlichen Strukturen und Organisationen und der nicht oder schwer verfügbaren Zuordnung der Bürger zu ihnen und – drittens – der definitiven und schwer veränderlichen Entscheidung der Verfassung selbst.

Der hohe Komplexitätsgrad dieser Verfassungsentscheidung über die soziale Wichtigkeit und über die vermutliche Festigkeit der herausgegriffenen Strukturen ist eine der wichtigsten Erklärungen dafür, warum die Zusammensetzung des Senates bisher relativ unbestritten blieb. Da sie nicht durch ein gleichermaßen differenziertes und geschlossenes System rationaler Prinzipien erschlossen werden kann, kann sie nur im ganzen ersetzt, schwerlich aber im Detail bloß fortgeschrieben werden.<sup>14)</sup> Die Ablösung der bestehenden Regelung durch eine neue bedarf eines Konsenses, der dem Entscheidungssubjekt – Landtag und/oder Aktivbürgerschaft – schon seinem Wesen nach, mehr noch aber aus der Natur des Entscheidungsobjektes heraus letztlich nicht rational vermittelt werden kann. Das gilt auch und gerade für Einzelveränderungen; denn ein Element in Frage stellen heißt alles in Frage stellen.<sup>15)</sup>

## II. Kritik und Anfechtung der Zusammensetzung des Senats

Gleichwohl konnte es nicht ausbleiben, daß die Zusammensetzung des Senats in Frage gestellt wurde. Das geschah in **Auseinandersetzungen**

---

II S. 490; Dr. Lacherbauer, Sten.Ber. IV S. 103. Nawiasky, N-L, S. 30, 35 f.

13) Insofern waren die ausgesprochenen Vorstellungen der Abgeordneten im Verfassungsausschuß und in der Verfassungsgebenden Landesversammlung freilich weniger klar. Einschlägig Dr. Schlögl, Sten.Ber. II S. 491; Dr. Hundhammer, Sten.Ber. II S. 495; Kaifer, Sten.Ber. II S. 497. S. generell die Beratungen zu den persönlichen Anforderungen an den Senator Sten.Ber. II S. 502.

14) S. dazu insbes. unten D III 1.

15) S. Dr. Ehard, Sten.Ber. II S. 501: „Indem wir die Frauenorganisationen hier als eine besondere Nummer aufzählen, verschieben wir das gesamte Bild. Wir müssen entweder die Zahl erhöhen oder wir müssen die anderen Vertreter kürzen, und wir werden dann erleben, daß, wenn man hier einen Stein herausbricht, soundso viel anderes auch fällt“ (Hervorhebung nicht im Original).

**über die Ausführung der Verfassung durch das Senatsgesetz.**<sup>16)</sup> Spektakulär waren vor allem die Auseinandersetzungen um den Gewerkschaftsbegriff (Art. 35 Satz 2 Nr. 4 BV, Art. 4 SenG) der so verallgemeinert wurde, daß er die Organisationen aller abhängig Beschäftigten, also auch der Beamten, umfaßt,<sup>17)</sup> und um die Verteilung der Sitze auf mehrere Gewerkschaften.<sup>18)</sup>

Aber es geschah zumeist in Auseinandersetzungen über die **Ausführung des Senatsgesetzes.**<sup>19)</sup>

Diese Auseinandersetzungen brauchten die Entscheidung des Art. 35 BV selbst nicht in Frage zu stellen. Jedoch geschah auch dies. Teils wurde die Gleichheitsgerechtigkeit der Regelung bestritten und verfassungsgerichtlich angefochten.<sup>20)</sup> Teils wurden positiv Vorschläge zur Veränderung der Zusammensetzung gemacht.<sup>21)</sup>

16) Der Gesetzgeber hat sich – abgesehen von der noch zu erwähnenden Vertretung der Gewerkschaften – beschäftigt mit:

- der Vertretung der freien Berufe (Art. 35 Satz 2 Nr. 5 BV; Art. 5 SenG). S. dazu das Gesetz zur Änderung des Senatsgesetzes vom 23. Juni 1959 (GVBl. S. 181), durch das die Zusammensetzung der Wahlversammlung der Landesorganisationen der freien Berufe teilweise neu geregelt wurde;
- der Vertretung der Hochschulen und Akademien. S. dazu das dritte Gesetz zur Änderung des Senatsgesetzes vom 26. Januar 1966 (GVBl. S. 54), durch das der Katalog der Hochschulen und Akademien in Art. 9 SenG erweitert wurde, sowie das vierte Gesetz zur Änderung des Senatsgesetzes vom 18. Dezember 1969 (GVBl. S. 399), durch das generell die Hochschulen der Kirchen und religiösen Orden aufgenommen wurden, sowie die Hochschule für Fernsehen und Film in München. Neu wurde vor allem auch Art. 9 Abs. 1 S. 2 eingeführt, der die Aufnahme neuer Hochschulen und Akademien ohne eine formelle Gesetzesänderung ermöglicht.

17) Gesetz zur Änderung des Gesetzes über den Senat vom 9. November 1953 (GVBl. S. 187); VerfGH 8, 11.

18) VerfGH 14, 87.

19) VerfGH 8, 69: Anerkennung eines Vertriebenenverbandes als Wohltätigkeitsorganisation i.S. des Art. 35 Nr. 8 BV (verneint); VerfGH 9, 86: Landesärztekammer als Körperschaft eines freien Berufs i.S. von Art. 35 Nr. 5, 36 Abs. 1 BV (verneint); VerfGH 9, 96: Anforderungen an Körperschaften freier Berufe i. S. von Art. 35 Nr. 5, 36 Abs. 1 BV; VerfGH 13, 182: Berücksichtigung des Bayerischen Richtervereins e. V. als Gewerkschaft (verneint).

20) Jedoch bestätigt in VerfGH 14, 87 (98). S. jetzt das Verfahren Vf. 12 – VII – 77: Antrag des Oberstleutnant Holger Knigge auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Art. 35 BV, soweit darin bestimmt ist, daß sich der Senat aus 11 Vertretern der Land- und Forstwirtschaft zusammensetzt.

21) S. Otto Barbarino, Staatsform und politische Willensbildung, 1949, S. 397 f.; Kalkbrenner, S. 163 ff.; Staatsvereinfachung, S. 25 f. – Die im Landtag zum Senat gemachten Vorschläge wollten diesen immer nur ab-

Zuletzt haben drei Verbände (der Bayerische Landessportverband e. V., der Verband der Kriegs- und Wehrdienstopfer, Behinderten und Sozialrentner Deutschlands Landesverband Bayern e. V. und der Bund Naturschutz in Bayern e. V.) im Wege eines – erfolglos gebliebenen – Volksbegehrens<sup>22)</sup> versucht, folgende Verfassungsänderung durchzusetzen:

„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Verfassung des Freistaates Bayern

### § 1

Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946 (BayBS I S. 3) wird in Art. 35 wie folgt geändert:

- a) In Satz 1 wird die Zahl 60 durch die Zahl 70 ersetzt.
- b) Im Anschluß an die Nummer 10 werden folgende Ziffern angefügt:
  - ,11. aus 6 Vertretern der Sport-Organisationen,
  12. aus 3 Vertretern der Behinderten-Organisationen;
  13. aus 1 Vertreter der Naturschutz-Organisationen.'

### § 2

Dieses Gesetz tritt am . . . in Kraft.

Begründung:

Der Bayerische Senat vertritt das Volk in seinen natürlichen, nichtpolitischen Gliederungen. Er ist die Vertretung der gesellschaftlichen, in Verbänden organisierten Kräfte des Volkes, als Gegenstück zum politisch gegliederten Landtag.

Wichtige Bereiche unserer Gesellschaft sind im 1946 geschaffenen Senat bis heute nicht vertreten: der Sport, die Behinderten und der Naturschutz. Die Tätigkeit dieser drei Organisationen erstreckt sich auf ganz Bayern und hat seit Inkrafttreten der Verfassung erhebliche Bedeutung erlangt:

schaffen, Antrag BHE/BP vom 15. Juli 1953, Bayerischer Landtag II. Wahlperiode Beilage 4382; Antrag des Abgeordneten Seidel vom 13. November 1961, Bayer. Landtag IV. Wahlperiode Beilage 2632. Versteckt kommt das Problem in einer Anfrage zum Ausdruck, ob Änderungen der Verfassung in bezug auf Art. 35 BV geplant seien. Staatssekretär Erich Kiesel beantwortete die Anfrage dahin, daß noch kein konkreter Entwurf vorliege, die Frage aber in dem Ausschuß behandelt worden sei, der sich mit einer Reform der Verfassung beschäftige, Bayer. Landtag VII. Wahlperiode Sten.Ber. S. 1606 f.

22) Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 4. Oktober 1977, BayStAnz Nr. 40 S. 1.

- das größere Freizeitangebot einerseits und die für die Gesundheitsvorsorge immer notwendiger werdende sportliche Betätigung andererseits, haben das Bedürfnis der Menschen, Sport zu treiben, wesentlich erhöht;
- die Probleme der ständig ansteigenden Zahl der Behinderten sind deutlich ins Bewußtsein der Bevölkerung getreten und die Rehabilitation ist noch immer in der Entwicklung;
- im Hinblick auf die großen Fortschritte von Industrie und Technik ist die Erkenntnis gereift, daß der Schutz von Natur und Umwelt für den Fortbestand der Menschen existenznotwendig ist.

Die Antragsteller halten es daher für wichtig, daß Persönlichkeiten auch aus diesem Bereich der Gesellschaft im Bayerischen Senat an der Gesetzgebung des Freistaates Bayern mitwirken.“

Dieses Volksbegehren hat zu einer öffentlichen Diskussion über die Zusammensetzung des Senats geführt. Diese Debatte hat es notwendig gemacht, ihre Eigenart und die Möglichkeiten ihrer Änderung weiter zu klären. Das ist der Anlaß und die zentrale Aufgabe dieses Gutachtens.

### **III. Das weitere Vorgehen**

Die Schwierigkeit solcher Überlegungen ergibt sich vor allem aus zwei Umständen, die es schwer machen, Änderungsvorschläge an allgemeineren Maßstäben zu messen. Der eine Umstand ist der pragmatische, direkte Charakter der Regelung des Art. 35 BV und die Aussageschwäche des prinzipielleren Art. 34 BV. Diese Konstellation der Art. 34, 35 BV macht es schwer, die Tragweite von Änderungsvorschlägen an den Prinzipien des Bestehenden zu messen. Der zweite Umstand ist, daß wegen dieses pragmatischen und direkten Charakters des Art. 35 BV Änderungen, wenn sie irgend ins Gewicht fallen sollen, solche der Verfassung selbst sein müssen. Das bedeutet, daß Änderungen des Art. 35 BV nur schwer an höherem Recht gemessen werden können, nämlich entweder nur an den höherrangigen Normen der Bayerischen Verfassung selbst – an Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BV<sup>23)</sup> oder an den sonstigen von der Rechtsprechung anerkannten höherrangigen Grundsätzen der Verfassung –<sup>24)</sup> oder am Grundgesetz, das freilich

23) S. Theodor M a u n z, Fundamentalsätze der Bayerischen Verfassung, in: Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, 1972, S. 21 ff.

24) S. dazu zusammenfassend Z a c h e r, Verfassungsentwicklung, S. 335; M e d e r, Vorbemerkung vor Art. 98 RdNr. 2; dens., JÖR n. F. Bd. 24, 9, 392 Anm. 6 b. – Im einzelnen wurden als höherrangig anerkannt: das Recht auf

durch Art. 28 Abs. 1 GG die Verfassungsautonomie der Länder nicht nur bindet, sondern primär anerkennt.<sup>25)</sup> Auf diese Weise ist es freilich auch möglich, eine Änderung des Art. 35 BV an Art. 34 BV zu messen.<sup>26)</sup> Eine Änderung des Art. 35 BV, die unter keinen Umständen mehr mit dem Art. 34 BV vereinbar wäre, wäre ein Verstoß gegen das rechtsstaatliche Verbot unklarer, insbes. unaufhebbar widersprüchlicher Gesetze,<sup>27)</sup> und somit gegen das höherrangige Rechtsstaatsprinzip.<sup>28)</sup>

Im Hinblick darauf empfiehlt sich folgendes Vorgehen:

- Zunächst sind die Prinzipien des geltenden Rechts aufzuhellen (s. u. B.). Diesem Schritt kommt angesichts des vordergründig pragmatischen, konkreten Charakters der Bestimmungen der Bayerischen Verfassung über den Senat ganz besondere Bedeutung zu. Er wird zeigen, daß der Verfassungsgeber mit sicherem Griff eine in sich geschlossene, auch prinzipieller Deutung zugängige Konzeption vorgelegt hat.
- Auf diese Weise wird es möglich, das Eigentümliche der Änderungsvorschläge faßbar zu machen, um diese auf ihre Stimmigkeit im Verband der bleibenden Strukturen des Rechts des Senats zu prüfen (s. u. C),
- aber auch auf ihre Übereinstimmung mit höherrangigem Verfassungsrecht sowohl der Bayerischen Verfassung als auch des Grundgesetzes (s. u. D).
- Daraufhin werden die Ergebnisse zusammenzufassen sein (s. u. E).

Achtung der Menschenwürde (Art. 100 BV), seit VerfGH 4, 51 (58 f.), zuletzt VerfGH 21, 76 (81); das im Gleichheitssatz des Art. 118 Abs. 1 BV enthaltene Willkürverbot, VerfGH 2, 45 (47); 27, 153 (158); die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 107 Abs. 1 BV); VerfGH 17, 94 (96); 20, 125 (128), die Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 110 Abs. 1 BV), VerfGH 30, 78 (90), das Rechtsstaatsprinzip (Art. 3 Satz 1 BV); VerfGH 3, 28 (48); s. auch VerfGH 24, 181 (195) und das hieraus abgeleitete Prinzip der Gewaltenteilung (Art. 5 BV), VerfGH 24, 181 (195).

25) S. Z a c h e r, N-L-S-Z, Teil IV RdNr. 29–38, insbes. RdNr. 30.

26) Zur Notwendigkeit der Harmonie zwischen dem allgemeineren Art. 34 BV und dem spezielleren Art. 35 BV s. Theodor M a u n z, unveröffentlichtes Gutachten über die Beteiligung des VdK am Bayerischen Rundfunk und am Bayerischen Senat vom 20. Oktober 1975, S. 21 f.

27) S. M e d e r, Art. 3 RdNr. 5 u. s. Nachw.

28) S. o. Anm. 24.

## **B) DIE WESENSZÜGE DER IM SENAT VERTRETENEN KÖRPERSCHAFTEN**

### **I. Der korporativ-organische Ansatz**

#### **1. Das körperschaftliche Element**

##### **a) Allgemeines**

Der Senat geht aus „Körperschaften“ hervor (Art. 34 BV). Die in Art. 34 BV grob benannten Felder des Sozialen, Wirtschaftlichen, Kulturellen und Kommunalen und die in Art. 35 Satz 2 BV spezieller benannten Lebensbereiche sind für die Zusammensetzung des Senates insoweit relevant, als „zuständige Körperschaften“ für sie existieren, die die Senatoren bestimmen können (Art. 36 Abs. 1 BV).<sup>29)</sup> Dem Senat ist insofern ein korporatives Prinzip wesentlich.<sup>30)</sup>

##### **b) Zum spezifischen Begriff der Körperschaft**

Dabei muß das Wort „Körperschaften“ ernst genommen werden. Wenn die Wortwahl der Verfassung einen Sinn haben soll, dann ist nicht jeder Zusammenschluß, auch nicht jeder beständige organisierte Zusammenschluß eine „Körperschaft“. Im Zusammenhang der Vereinigungsfreiheit (Art. 114 BV) spricht die Verfassung von „Vereinen und Gesellschaften“, Art. 170 BV spricht von „Vereinigungsfreiheit“. Die Wirtschaft sieht sich in „Berufsverbänden“ organisiert (Art. 154 BV). In Art. 179 BV wird einerseits von „Körperschaften“, andererseits von „Organisationen“ gesprochen. Der Ausdruck „Körperschaften“ findet sich sonst im Zusammenhang mit Körperschaften des öffentlichen Rechts (Art. 55 Nr. 5 Satz 2, 143 Abs. 2 und 3, 155 Satz 1, 160 Abs. 1 BV; siehe auch Art. 11 Abs. 2 BV). Und unter den in Art. 35 BV genannten Lebensbereichen sind denn auch eine Reihe, denen die Verfassung selbst öffentlich-rechtliche Organisationen zuschreibt

---

29) Die Übergangsregel des Art. 42 Satz 2 BV enthält eine Ausnahme, die nur die Regel zu bestätigen vermag.

30) S. dazu Zacher, Struktur und Stellung, S. 369 f. m. w. Nachw.; dens., Diskussionsbeitrag zu „Staat und Verbände“, VVDStRL Heft 24 (1966) S. 90 ff. (S. 91 f.); Küchenhoff, S. 79.



(Art. 35 Satz 2 Nr. 7 i. V. m. Art. 143 Abs. 2 und 3 BV, Art. 35 Satz 2 Nr. 9 i. V. m. Art. 138 BV, Art. 35 Satz 2 Nr. 10 i. V. m. Art. 10, 11 BV). Für andere war die öffentlich-rechtliche Organisation vertraut (Art. 35 Satz 2 Nr. 2, 3, 5 BV) oder geklärt (Art. 35 Satz 2 Nr. 1 BV i. V. m. der Verordnung Nr. 106 über die Aufgaben des Bayerischen Bauernverbandes vom 29. Oktober 1946, BayBS IV S. 318), als die Verfassung geschaffen wurde.<sup>31)</sup> So blieben nur die Gewerkschaften, die Genossenschaften und die Wohltätigkeitsorganisationen (Art. 35 Satz 2 Nr. 4, 6 und 8 BV) übrig, um der Formel von „den zuständigen Körperschaften des öffentlichen oder privaten Rechts“ (Art. 36 Abs. 1 BV) auch hinsichtlich des „privaten Rechts“ einen Sinn zu geben. Die Bedeutung aber auch dieser Organisationen wurde von der Verfassung jedenfalls hinsichtlich der Gewerkschaften (Art. 170 BV)<sup>32)</sup> und der Genossenschaften (Art. 153 Satz 2, 164 Abs. 1 BV)<sup>33)</sup> hervorgehoben, während sie hinsichtlich der Wohltätigkeitsorganisationen angesichts der Tradition und der Situation des Landes keiner Unterstreichung bedurfte.

Der Ausdruck „Körperschaft“ (Art. 34, 42 Satz 2, 179 Satz 1 BV), den die Verfassung zu dem Begriff der „z u s t ä n d i g e n“<sup>34)</sup> Körperschaft“ (Art. 36, Abs. 1, 42 Satz 2 BV) ausweitet und durch die ungewöhnliche Wortfügung der „Körperschaft des öffentlichen oder privaten Rechts“ differenzierend unterstreicht (Art. 36 Abs. 1 BV), meint somit eine besondere Qualität von Vereinigung – eine Qualität, deren genauerer Gehalt sich vom traditionellen Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts, von der „Zuständigkeit“ für die in Art. 34, 35 BV umschriebenen Sachbereiche (Art. 36 Abs. 1, 42 Satz 2 BV) und eben von der Aufgabe der Entsendung der Senatoren in die zweite Kammer des Parlaments<sup>35)</sup> her erschließt. Negativ formuliert: Nicht jeder Verein (Art. 114 BV), nicht jede Gesellschaft (Art. 114 BV), nicht jede Vereinigung (Art. 170 BV), nicht jede Organisation (Art. 179 BV), nicht jeder Berufs-

---

31) Wenn sich auch später unter dem Druck des Art. 179 BV herausstellte, daß die öffentlich-rechtlichen Kammern und sonstigen öffentlich-rechtlichen Organisationen der freien Berufe nicht als zuständige Organisationen im Sinne von Art. 34, 36 Abs. 1 BV anerkannt werden sollten. Siehe dazu Zacher, N-L-S-Z, Art. 179 insbes. RdNr. 4-7.

32) S. auch Art. 175, 176 BV.

33) Die in Art. 160 Abs. 1 BV erwähnten „Genossenschaften des öffentlichen Rechts“ gehören nicht in diesen Zusammenhang. Sie sind Sonderformen der Körperschaften des öffentlichen Rechts. Dagegen ist es für die Wertschätzung des Genossenschaftsprinzips durch die Bayerische Verfassung bemerkenswert, daß der Verfassungsgeber diese Sonderform genannt hat.

34) Hervorhebung nicht im Original.

35) S. dazu unten B II 3.

verband (Art. 154 BV) und nicht jede Wählergruppe (Art. 15 BV) können eine „Körperschaft“ im Sinne der Verfassungsbestimmungen über den Senat bilden.

## **2. Das organische Element: die Anknüpfung an eine vorgegebene, sachorientierte Gliederung**

### **a) Das positive Konzept**

Der Senat beruht also auf den organisatorischen Strukturen, die sich in der Gesellschaft herausgebildet haben. Und das Verfassungsrecht des Senats stützt sich dabei auf die Möglichkeit, als „Körperschaft“ besonders bedeutsame und leistungsfähige Organisationen zu selektieren. Aber der Senat ist nicht um der Verbände willen – auch nicht schlechterdings um der „Körperschaften“ willen – geschaffen worden. Der Senat beruht auf der Annahme, daß das Volksganze elementare, stetige Strukturen aufweist, die dem politischen Leben vorgegeben sind, und an welche die politische Ordnung anknüpfen kann. Der Senat soll „eine das Volk in seinen nichtpolitischen natürlichen Gliederungen repräsentierende Körperschaft“ sein.<sup>36)</sup> Dem liegt die Vorstellung voraus, daß die im Staat verfaßte Gesellschaft sich in partikularen Bereichen erfährt und organisiert, die durch spezifische Interessen und Ziele konstituiert werden. Soziale Befindlichkeit des einzelnen wird durch die Zugehörigkeit zu solchen Gruppierungen definiert.

### **b) Die Auswahl der Lebensbereiche**

Wonach wählt die Verfassung die maßgeblichen, dem Senat zugrunde liegenden Gruppierungen aus? Art. 34 BV nennt vier große gesellschaftlich-politische Bereiche als durch „zuständige Körperschaften“ besetzt.<sup>37)</sup> Sie korrespondieren mit Wertsetzungen der Verfassung selbst:

---

36) S. N a w i a s k y, N-L, S. 30, 35, 110 (vor 3. Abschnitt: Der Senat). – S. aus der Entstehungsgeschichte die Hinweise oben An. 12. S. dazu ferner Z a c h e r, Struktur und Stellung, S. 368 f. m. w. Nachw.; M a y e r - T a s c h, S. 71; VerfGH 8, 11 (21 f.); 14, 87 (98); w. Nachw. s. bei den Zitierten. – Das ist auch ein sehr wichtiger Unterschied zwischen dem Senat und Wirtschafts- und Sozialräten, die nicht als Volksrepräsentation konzipiert sind, sondern als Interessenvertretungen, als Organe überbetrieblicher Mitbestimmung im gesamtwirtschaftlichen Bereich, als sachkundige Beratungsgremien usw. S. dazu Klaus S t e r n, aaO. (Anm. 8), S. 103 ff.; Rudolf S t e i n b e r g, aaO. (Anm. 2), S. 837 ff.; Axel S a i p a, Wirtschaftsräte und gesamtwirtschaftliche Mitbestimmung, AöR. 102. Bd. (1977), S. 497 ff.

37) S. zum Zusammenhang zwischen der Struktur des Senats und den Grundprinzipien der Verfassung: K ü c h e n h o f f, S. 79 f.

- der „**soziale**“ Bereich mit dem sozialstaatlichen Verfassungsbekenntnis (Art. 3 Satz 1 BV) und den zahlreichen sozial gestimmten Verfassungsaussagen, vor allem des Dritten und Vierten Hauptteiles;<sup>38)</sup>
- der „**wirtschaftliche**“ Bereich, den die Verfassung im Vierten Hauptteil unter intensivem Rückgriff auf verbandliche Elemente<sup>39)</sup> zu strukturieren versucht;
- der „**kulturelle**“ Bereich, der mit der Kulturstaatproklamation (Art. 3 Satz 1 BV) und den Vorschriften vor allem des Dritten Hauptteiles korrespondiert,<sup>40)</sup>
- und endlich der „**gemeindliche**“ Bereich, dessen Akzente die Bayerische Verfassung mit bekannt großem Nachdruck setzt (Art. 10 ff., 83 BV).<sup>41)</sup>

In der nächsten Textstufe, in Art. 35 BV, wird die Verfassung präziser. Sie zählt zehn Lebensbereiche, die sie als Grundlage für die Zusammensetzung des Senats anerkennt, erschöpfend auf. Es sind zumeist Bereiche, denen die Verfassung selbst explizit Bedeutung beimißt:

- der **Land- und Forstwirtschaft** in Art. 163 ff. BV,<sup>42)</sup>
- der **Industrie** und dem **Handel** in Art. 151 ff. BV,
- dem **Handwerk** im weiteren Rahmen der Art. 151 ff. BV, insbes. Art. 153 BV,
- den **Gewerkschaften** in Art. 169 Abs. 2, 170, 175–177 BV,<sup>43)</sup>

---

38) S. dazu Hans F. Zacher, Zur sozialen Problematik der Bayerischen Verfassung, in: Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, 1972, S. 95 ff. S. dort zu den Vorschriften über den Senat: S. 101, 129 ff.

39) Art. 153 Satz 2, 154, 155, 160, 164 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2, 169 Abs. 2, 170, 175, 176 BV.

40) S. zu verbandlichen Elementen hier: Art. 127, 133, 138, 141 Abs. 1 Satz 1, 142 ff. BV.

41) S. insbes. die Rede von den „Gemeinden“ als „ursprünglichen Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts“ (Art. 11 Abs. 2 Satz 1 BV), die vielfältige Umschreibung der gemeindlichen Aufgaben in Art. 83 Abs. 1 BV, die Garantie des „wirtschaftlichen und kulturellen Eigenlebens“, der Gemeindeverbände in Art. 10 Abs. 4 BV und die immer wiederkehrende Erwähnung der Gemeinden bei einzelnen sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Aufgaben (Art. 106 Abs. 2, 125 Abs. 2, 130 Abs. 1, 140 Abs. 1, 141 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 2, 149 Abs. 1 Satz 1 BV).

42) In der Sache gehören hierher auch Art. 141, 152, 155, 161 BV.

43) In der Sache gehört hierher der ganze Abschnitt über die Arbeit: Art. 166 ff. BV.

- den **Genossenschaften** in Art. 153 Satz 2, 155, 160 Abs. 1, 164 Abs. 1 BV,
- den **Religionsgemeinschaften** in Art. 127, 133 Abs. 1 S. 2, 136 Abs. 4, 142 ff., 182 BV,<sup>44)</sup>
- den **Hochschulen und Akademien** in Art. 138, 140 BV<sup>45)</sup>
- den **Gemeinden und Gemeindeverbänden** in Art. 10 ff., 83 BV.<sup>46)</sup>

So daß nur den **Wohlfahrtsverbänden**<sup>47)</sup> und der Gruppe der **freien Berufe**<sup>48)</sup> kein spezifisch verfassungsbenannter Lebensbereich entspricht.

Doch nicht weniger auffallend als der Zusammenhang zwischen der Benennung dieser Lebensbereiche und ihrer verfassungsrechtlichen Bewertung ist der enge Kreis der in Art. 35 BV aufgezählten Lebensbereiche selbst – der freilich eng mit der sachlichen Verfassungsbenennung korrespondiert; denn ihr sind aus der Natur der Verfassung enge Grenzen gesetzt. Doch wie dem auch sei: Die **Verfassung zielt nicht auf Vielfalt und Vollständigkeit**.<sup>49)</sup> Die Verfassung **zielt auf** etwas anderes, nämlich auf **die Bedeutung und die Eigenständigkeit**, insbesondere auf den **elementaren Charakter** der Gliederungen, die sie zur Grundlegung dieses zweiten Repräsentationssystems neben dem parteipolitisch-parlamentarischen macht.

### 3. Das Gegenbild der parteipolitisch-parlamentarischen Repräsentation

Dieser Sinn der Art. 34, 35 BV wird noch deutlicher, wenn man genauer bedenkt, was mit der Absicht des Verfassungsgebers gemeint war, „der rein politisch zusammengesetzten Kammer des Landtags“ eine

44) S. auch Art. 107 BV.

45) S. auch Art. 108 BV.

46) S. auch die oben Anm. 40 ergänzend zitierten Verfassungsnormen.

47) S. dazu aber das Sozialstaatsprinzip (Art. 3 BV), die gemeindliche Aufgabe der Wohlfahrtspflege (Art. 83 Abs. 1 BV), die Vorschriften über Familie und Kinder (Art. 124 ff. BV) und die Zusage sozialer Fürsorge (Art. 168 Abs. 3 BV).

48) Auf die freien Berufe findet eine Reihe verschiedener Verfassungsbestimmungen recht unterschiedlich Anwendung: der Garantie der Verteidigung (Art. 91 Abs. 2 BV), die Freiheiten der Kunst, der Wissenschaft (Art. 108 BV), der Meinungsäußerung (Art. 110 BV), der Presse (Art. 111 BV), des Rundfunks (Art. 111 a), die Pflicht zur Förderung von Kunst und Künstlern, Wissenschaft und Gelehrten sowie Schriftstellern (Art. 140 BV), der Schutz der individuellen Arbeit und Leistung (Art. 151 Abs. 2 Satz 2, 166, 167 BV) und der Schutz des geistigen Eigentums (Art. 162 BV).

49) Unrichtig insofern VerfGH 8, 11 (22).

zweite Kammer gegenüberzustellen, in der „das Volk in seinen nicht-politischen natürlichen Gliederungen“ repräsentiert wird.<sup>50)</sup>

„Die zweite Kammer soll . . . ein Gegengewicht gegen das parteipolitische Denken und den bloß parteipolitischen Aufbau der Repräsentation des Volkes bilden . . . Das Volk soll in dieser zweiten Kammer in einer anderen Form und in einer anderen Gliederung repräsentiert sein und zu Wort kommen als in dem rein parteipolitisch gegliederten Landtag.“<sup>51)</sup> Der Senat solle „ein Gremium“ sein, „das nicht nach parteipolitischen Gesichtspunkten zusammengesetzt ist“. Dieser Gedanke habe „sich im bayerischen Volk nun einmal . . . sehr stark eingebürgert.“<sup>52)</sup> Im Senat „sollen dann Gruppen und Schichten die Möglichkeit haben, ihrer Meinung Ausdruck zu geben, die das auf dem Wege über die politische Vertretung allein nicht in genügendem Maße vermögen.“<sup>53)</sup> „Wir wissen, daß sich unser Volk aber auch noch nach anderen als parteipolitischen Prinzipien organisch entfaltet und zusammenschließt. Es ist uns auch bekannt, daß es wertvollen Gliedern unseres Volkes nicht gegeben ist, sich parteipolitisch zu betätigen, die aber in unserem Volkskörper von großer Bedeutung sind, und die bei der Willensbildung des Staates nicht übersehen werden können. Ich denke hierbei an die unpolitisch aufgebauten Verbände . . . Wir haben aus der von uns erkannten Notwendigkeit auf Heranziehung dieser Organisationen im staatlichen Leben im Verfassungsausschuß den Vorschlag auf Errichtung eines Senats aus Vertretern der von mir genannten Gruppen gemacht.“<sup>54)</sup>

Das Gegenbild der Repräsentation des Volkes durch den Senat ist also die Repräsentation des Volkes durch den Landtag – jener Repräsentation, die maßgeblich durch die politischen Parteien vermittelt wird, über die allein die Wählerentscheidung in Mehrheiten und Minderheiten des Parlaments und in regierungsfähige Gruppierungen übersetzt werden kann.<sup>55)</sup> Ihr entspricht das freie Spiel der individuel-

50) N a w i a s k y, oben Anm. 36.

51) Dr. E h a r d, Sten.Ber. II S. 488; s. dens., Sten.Ber. IV S. 71 f.

52) Dr. S c h l ö g l, Sten.Ber. II S. 490.

53) Dr. H u n d h a m m e r, Sten.Ber. II S. 495.

54) Dr. L a c h e r b a u e r, Sten.Ber. IV S. 103. S. ergänzend auch Z a c h e r, Struktur und Stellung, S. 369 m. w. Nachw.

55) Von der Last, „politische Gegensätze auszutragen“, soll der Senat denn auch freigestellt sein (Dr. E h a r d, Sten.Ber. II S. 488, IV S. 72), was sich vor allem in den rein konsultativen Kompetenzen ausdrückt und darin, daß die Regierung nicht vom Vertrauen des Senats abhängt (Arg. Art. 44 Abs. 1 und 3, 45 BV)

len Prioritäten im Komplex der politischen Meinungen und Interessen des Aktivbürgers gegenüber den ihrerseits komplexen, sich permanent verändernden personellen und sachlichen Gegebenheiten und Erwartungen, welche die politischen Parteien verkörpern. Dieses System der parteipolitischen Integration reflektiert die mitgebrachten Gemeinschaftsbezüge, Erfahrungen und Interessen des Bürgers ebenso, wie es sie auch wieder verdrängt. Da sie alle eingebracht werden können, hebt dieses Einbringen sich schon in der Wählerentscheidung, mehr noch aber in der Summe der Wählerentscheidungen und bei ihrem durch Parteien und Parlament geleisteten „Transport nach oben“ permanent auf. Hier tiefer anzusetzen, wichtige Gemeinsamkeiten und Unterscheidungen bis zur Zusammensetzung des parlamentarischen Organs maßgeblich bleiben zu lassen und sie vor der Amalgamierung im parteipolitisch-parlamentarischen Prozeß zu schützen, ist das Konzept des Senats.

Das Gegenbild der „Körperschaften“, die in den Senat entsenden sollen, sind also zunächst die politischen Parteien, die das Parteiengesetz<sup>56)</sup> als „Vereinigung von Bürgern“ definiert, die dauernd oder für längere Zeit für den Bereich des Bundes oder des Landes auf die politische Willensbildung Einfluß nehmen und an der Vertretung des Volkes im Deutschen Bundestag oder in einem Landtag mitwirken wollen.<sup>57)</sup> Doch genügt es nicht, allein „echte“ Parteien den „Körperschaften“ gegenüberzustellen. Daß etwa eine Organisation darauf verzichtet, sich Bundes- oder Landtagswahlen zu stellen, disqualifiziert sie zwar als „Partei“ im Sinne des Parteiengesetzes.<sup>58)</sup> Rathausparteien, politische Bünde,<sup>59)</sup> Gruppen außerparlamentarischer Opposition, Bürgerinitiativen usw.<sup>60)</sup> werden, indem sie keine Parteien sind, nicht schon „Körperschaften“. Die Gemeinsamkeiten mit den politischen Parteien können stärker sein als die Unterschiede. Diese Gemeinsamkeiten sind:

– Politische Parteien und andere politische Verbände sind zu dem Zweck gebildet, auf die Politik des Gemeinwesens<sup>61)</sup> Einfluß zu nehmen.

56) Die Bayerische Verfassung nimmt von den Parteien bekanntlich – nach Weimarer Vorbild – nur negativ Kenntnis: Art. 13 Abs. 2 Satz 1, 15, 96 Satz 1 BV.

57) § 2 Abs. 1 Satz 1 des Parteiengesetzes.

58) § 2 Abs. 2 des Parteiengesetzes.

59) S. dazu etwa Hans Nawiascky, Allgemeine Staatslehre, 2. Teil Bd. 1, 1952, S. 122 ff.

60) S. dazu etwa Peter-Cornelius Mayer-Tasch, Die Bürgerinitiativbewegung, 1976, S. 12 ff.; Gunnar Volke Schuppert, Bürgerinitiativen als Bürgerbeteiligung an staatlichen Entscheidungen, AöR Bd. 102 (1977) S. 369 ff.

61) Genauer: eines jeweils größeren Gemeinwesens.

- Die Mitgliedschaft in politischen Parteien und anderen politischen Verbänden ergibt sich aus der Übereinstimmung mit den wesentlichen Zwecksetzungen der Vereinigung, wobei vorgegebene Bedingungen (soziale Standorte usw.) eine Rolle spielen können, aber nicht müssen.
- Abgesehen von dem den politischen Parteien wesentlichen Zweck der Teilhabe an der parlamentarisch institutionalisierten Macht im Gemeinwesen sind Parteien und politische Verbände für eine beliebige Vielfalt von Zwecken und Prioritäts-Konstellationen verfügbar, ohne daß diese Vielfalt freilich im Einzelfall ausgeschöpft werden müßte.

Diese Gemeinsamkeiten sind auch die gemeinsamen Unterschiede zur „Körperschaft“. Immer wenn eine Organisation diesem weiteren Begriff eines politischen Verbandes entspricht, ist sie nicht mehr „nichtpolitisch“ im Sinne der senatorialen Repräsentation, sondern „politisch“. Daß sie sich möglicherweise auch in das Gegenbild der parteipolitisch-parlamentarischen Repräsentation nicht einfügt, sondern dort – etwa als politische Bewegung, die sich nicht in Wahlen fügt – möglicherweise ein Störfaktor ist, nimmt ihr nicht den „politischen“ Charakter, der sich aus ihrem zentralen Zweck, auf die Politik des Gemeinwesens einzuwirken, ergibt.

#### **4. Zwischenergebnis: Körperschaften als Ausdruck vorgegebener, sachorientierter Gliederung**

Die ratio der senatorialen Repräsentation wird deutlicher. Folgendes läßt sich bereits zusammenfassen:

(1) Die **Elemente** sind „**Körperschaften**“ **und Sachbereiche**. Die Körperschaften müssen durch die Sachbereiche definiert sein. Die Sachbereiche müssen körperschaftlicher Struktur zugänglich, durch sie geformt sein.

(2) Sachbereiche und körperschaftliche Struktur müssen **dem Staat vorgegeben** sein, sie müssen im Verhältnis zu ihm einen **eigenen Zweck** haben. Das gilt auch und gerade für die körperschaftliche Organisation. Die Organisation, die darauf zielt, auf die Politik des Gemeinwesens Staat Einfluß zu nehmen, ist „politisch“ und also keine senatoriale Körperschaft. Nur eine Organisation, die ihren wesentlichen Zweck außerhalb des Staates hat, kann „nichtpolitisch“ im Sinne der Absichten des Verfassungsgebers und also senatoriale Körperschaft sein.

Gerade hier wird die Abgrenzung nicht immer leicht sein. Prinzipiell stehen alle dem Staate vorgegebenen Gemeinschaften, Interessen

usw. vor der Notwendigkeit, sich im Staat und gegenüber dem Staat und durch den Staat gegenüber anderen Gemeinschaften, Interessen usw. zu behaupten und durchzusetzen. Insofern haben die in Art. 34, 35 BV umschriebenen Lebensbereiche a priori einen Gemeinwesensbezug. Entscheidend aber ist, daß das Partikulare, das Besondere vorgegeben ist, nicht nur als Sache, sondern auch als Zweck der Organisation.

(3) Dies trifft sich in dem Merkmal des **Partikularen**. Der Staat und die in ihm verfaßte Gesellschaft sind das Ganze. Parteipolitisch-parlamentarische Repräsentation integriert dieses Ganze. Das Eigenständig-Partikulare will zwar auch darin integriert sein, aber auch ausgespart bleiben. Die eigenständig-partikularen Bereiche begegnen sich in dem Integrationsprozeß der staatlichen Verfassung der Gesellschaft – einander hindernd, bekräftigend oder auch nur ausweichend. Teils aber werden sie nicht aufgenommen. Teils auch erfaßt der gesamtstaatlich-integrative Prozeß Individuen, Interessen und Sachverhalte, die in keiner Weise partikular formiert sind. Das Eigenständig-Partikulare und die staatliche Verfassung der Gesellschaft sind so trotz allen Wechselbezugs genuin ungleich. Und das ist auch der tiefste Grund dafür, daß ein System der Repräsentation des Eigenständig-Partikularen im staatlichen Integrationsprozeß ebenso wünschenswert erscheint, wie es immer unzulänglich und unvollkommen bleiben muß.

Gerade deshalb aber markiert das Eigenständig-Partikulare die Grenze zwischen der senatorialen Repräsentation und der parteipolitischen-parlamentarischen. Wo einer Organisation die Einwirkung auf den Staat, auf das Ganze also, wesentlich wird, und ebenso wo eine Organisation Individuen für den politischen Prozeß um ihrer gesamtpolitischen Prioritäten willen zusammenfaßt, verläßt sie den Bereich des Partikularen. Sie kann keine senatoriale Körperschaft sein.

Endlich ergibt sich daraus, daß für die senatoriale Repräsentation nichts in Betracht kommt, was sich als eine Gliederung des Staates selbst erweist. Im Sinne dieser Repräsentation ist der Staat das genuin Ganze. Seine Gliederungen – Verfassungsorganisation, administrative Strukturen usw. – sind Emanationen dieses Ganzen. Sie sind weder „natürlich“ noch „nichtpolitisch“. Vorgegebene sachorientierte Gliederung bedarf deshalb der Möglichkeit, sich vom Staat abzuschichten.

## **II. Dimensionen der Vertiefung des korporativ-organischen Ansatzes**

Dieser Ansatz des organisatorisch und sachlich dem Staat Vorgegebenen und Partikularen bedarf differenzierender Vertiefung. Einerseits



drängen sich weitere Gründe seiner Notwendigkeit auf. Andererseits müssen die genaueren Inhalte geklärt werden – insbesondere im Hinblick auf ihre Relevanz für das Gesamtkonzept des Senats und seine Legitimität im rechtsstaatlich-demokratischen Gesamtgefüge.

## **1. Der personale Charakter der Gliederung**

### **a) Die These**

Die verbandliche Gliederung, auf der die senatoriale Repräsentation aufbaut, muß einer möglichst stabilen, für sich und nicht erst durch den Zweck der Einwirkung auf die staatliche Willensbildung bedeutsamen personalen Zuordnung folgen.

Daß personale Zuordnung überhaupt notwendig ist, ergibt sich schon aus dem körperschaftlichen Ansatz (Art. 34, 36 Abs. 1, 42 Satz 2 BV). Körperschaften werden durch Mitglieder gebildet. Und diese Mitglieder müssen – mögen sie auch schon in Zwischenstufen in organisatorischen Verbindungen zusammengeschlossen sein – Menschen sein. Nur so kann der Senat als eine – dem Landtag gegenüber – andere Repräsentation des Volkes verstanden werden. Der Staatsbürger muß auch hier der Zurechnungspunkt der Repräsentation sein (Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 S. 1 BV). Nur eben ist die Summe der Staatsbürger nicht in einem System allgemeiner, gleicher, unmittelbarer und geheimer Wahlen „atomisiert“ und der fluktuierenden Konzeption in und um die politischen Parteien überlassen. Vielmehr wird der Staatsbürger von vornherein in spezifischen Lebensbereichen und in entsprechenden Organisationen gesehen.<sup>62)</sup>

Worin aber liegt die Gewähr, daß beide Repräsentationssysteme wirklich alternativ nebeneinander stehen und wirken? Wie kann verhindert werden, daß alsbald die „Körperschaften“ sich den Parteien angleichen, mit ihnen zusammen ein komplexes System dynamischer, fluktuierender Repräsentation bilden? Das kann nur gewährleistet werden, wenn das Merkmal, das die personale Zuordnung des Bürgers zur Körperschaft vermittelt, dem Bürger unverfügbar oder doch schwer verfügbar ist.<sup>63)</sup> Soweit es dem einzelnen verfügbar ist, muß es in seiner Entscheidungshierarchie einen hohen Rang einnehmen – in der Weise, daß er andere

62) Dr. Schlögl, Sten.Ber. VA Bd. II, S. 491: „Daher war es mir so sympathisch, daß gerade die organisierten Massen der Bevölkerung in den Berufsständen einmal eine Berücksichtigung finden sollen.“

63) Gemeint ist der Grad der Beliebigkeit mit der dieses Merkmal herbeigeführt oder verändert werden kann.

Entscheidungen unterordnen und Konsequenzen hinnehmen muß.<sup>64)</sup> Die Möglichkeit, auf die staatliche Politik Einfluß zu nehmen, darf nicht das primäre Motiv für die Wahl des Merkmales sein.

Diese Relation zwischen der Entscheidung, die zur Zuordnung führt, und dem Einfluß auf die Politik, der durch diese Zuordnung vermittelt wird, ist von der größten Wichtigkeit. Diese muß prinzipiell außer der Reichweite und der Absicht jener Entscheidung sein. Und das Kriterium der Unverfügbarkeit ist vor allem von daher zu interpretieren. Gerade hierin muß der Kontrast zur parteipolitisch-parlamentarischen Repräsentation gesehen und realisiert werden. Die Entscheidung für eine politische Partei – als Mitglied oder als Wähler – geschieht in Hinblick auf den Einfluß auf die staatliche Politik. Würde auch die Zuordnung zu einer Körperschaft im Sinne des Art. 34 BV diesem Motiv in wesentlichem Umfange folgen, so wäre das der Anfang des Zusammenfließens parteipolitisch-parlamentarischer und senatorialer Repräsentation. Der Vorgegebenheit der Gliederung der Gesellschaft, deren Vorstellung und Realität der senatorialen Repräsentation vorausliegt, entspricht die Vorgegebenheit der personalen Zuordnung des Bürgers zu den Körperschaften – sei diese Vorgegebenheit nun auch für ihn absolut, sei sie relativ i. S. des Ranges innerhalb seiner Entscheidungshierarchie.

Nicht weniger notwendig – wenn auch eher selbstverständlich – ist, daß auch der Staat nicht oder nur schwer über die Zuordnung disponieren kann. Ein Gegenbeispiel wäre etwa die Zugehörigkeit zum öffentlichen Dienst und die (hierarchische, funktionelle, örtliche usw.) Stellung in ihm. Würde der Senat an solche „Gliederungen“ anknüpfen, so wäre der Charakter der Parlamentarischen Volksrepräsentation ebenso in Frage gestellt wie das Element des partikular Vorgegebenen. Diese Zuordnung wäre vom Staat und also vom Ganzen abgeleitet.

## **b) Die Verwirklichung im gegenwärtigen Verfassungsrecht**

Die Beispiele des Art. 35 BV entsprechen dem grundsätzlich. Dies näher zu besehen, mag das generell Ausgeführte verdeutlichen, aber auch bestätigen.

---

64) Berufliche Entscheidungen haben weithin einen niedrigen Grad von Beliebigkeit – man denke an Voraussetzungen des Zuganges, der Ausbildung, der Betätigungsmöglichkeiten, später der Karriere und der Erfahrung usw. – und einen hohen Rang in der Entscheidungshierarchie, Freizeitinteressen haben in der Regel einen hohen Grad an Beliebigkeit und einen niedrigen Rang in der individuellen Entscheidungshierarchie.

- Die **beruflichen** Entscheidungen (Art. 35 Satz 2 Nr. 1–5 BV) haben in der individuellen Entscheidungshierarchie einen hohen Rang. Zuweilen lassen Veranlagung, soziale Bedingungen, vor allem aber bisherige berufliche Tätigkeit die berufliche Zuordnung sogar als mehr oder minder unverfügbar erscheinen. Politische Einstellungen sind ihnen gegenüber im allgemeinen – abgesehen etwa von Berufspolitik – sekundär.<sup>65)</sup> Dem Staat andererseits sind berufliche Entscheidungen positiv (im Sinne der Zuweisung eines Berufs) vollends, negativ (i. S. der Grenzen von Berufswahl und -ausübung) nur sehr beschränkt zugänglich (Art. 12, 12 a GG, Art. 151 Abs. 2 S. 2, 166 Abs. 2 und 3 BV). Eine natürliche Einschränkung gilt hier für den öffentlichen Dienst (Art. 33 Abs. 2–5 GG, Art. 4, 94, 95, 116 BV). Doch ist dieser auch nicht als selbständige Gruppe repräsentiert, vielmehr in der Gruppe der Gewerkschaften (Art. 35 Satz 2 Nr. 4 BV) amalgamiert.<sup>66)</sup>
- Die Repräsentation der **Genossenschaften** im Senat (Art. 35 Satz 2 Nr. 6 BV) scheint auf den ersten Blick diese Anforderung zu desavouieren. Die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu Genossenschaften hat in der Tat einen hohen Grad an Beliebigkeit. Doch wird das durch die strenge Typik der Genossenschaften kompensiert. Das Gesetz definiert sie als „Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs bezwecken“, und läßt sie nur für begrenzte Zwecke und in bestimmten Erscheinungsformen zu (§§ 1, 2, 4 des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften). Nur wer in einer wirtschaftlichen Lage ist, die durch eine Genossenschaft gefördert werden kann, und wer hinreichend Gleich-Interessierte findet, kann sich dieses Instruments bedienen. Und er muß es von vornherein dafür offenhalten, daß auch andere sich diesen Zusammenschluß zunutze machen (§§ 1 Abs. 1, 15 GenG). Das engt den Spielraum der Beliebigkeit ein. Die wirtschaftliche Lage, die jemand „genossenschaftsfähig“ macht, ist weitgehend unverfügbar. Der Wille, diese wirtschaftliche Lage durch den genossenschaftlichen Zusammen-

---

65) Das gilt grundsätzlich auch für den öffentlichen Dienst. Politische Ausrichtung oder politische Ambiance als Voraussetzung für den Eintritt in den öffentlichen Dienst sind Ausnahmen. Und die gebotene Verfassungstreue ist ein sehr allgemeines, elementares Kriterium, das gleichsam den Rand der Plattform für politischen Einfluß überhaupt anvisiert.

66) Angesichts der unten noch zu erörternden Vorschläge, hohe politische, administrative oder richterliche Funktionäre als solche in den Senat aufzunehmen, ist diese Problematik festzuhalten. S. dazu unter C II und D I 1.

schluß zu verbessern, ist zwar frei. Aber seine Betätigung ist nach Voraussetzungen und Wirkungen eng gebunden.

Auch dem Staat ist die Zugehörigkeit zu Genossenschaften nicht verfügbar (Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 114 Abs. 1, 179 S. 2 BV).<sup>67)</sup>

- Deutlich tritt das Kriterium der Schwer-Verfügbarkeit bei den **Religionsgemeinschaften** (Art. 35 Satz 2 Nr. 7 BV) hervor. Zwar entspricht der Religionsfreiheit (Art. 107 BV) die Freiheit des Ein- und Austrittes in eine Religionsgemeinschaft.<sup>68)</sup> In der sozialen Realität dagegen ist der hohe Rang der religiösen Bindung und Entscheidung in der individuellen Entscheidungshierarchie evident. Im Selbstverständnis der Religionen hat er weithin den Charakter der Unverfügbarkeit. Zweckhafter politischer Gebrauch religiöser Entscheidung ist ihrem Wesen fremd. Staatliche Disposition ist ohnedies ausgeschlossen (Art. 4 GG, Art. 107 BV).
- **Wohltätigkeitsorganisationen** (Art. 35 Satz 2 Nr. 8 BV) sind Organisationen „der freien Wohlfahrtspflege“, in denen „auf freiwilliger Grundlage Kräfte und Mittel zusammengeschlossen sind, die aus einer bestimmten geistigen Grundhaltung heraus selbstlose, uneigennützigte Nächstenliebe zum Wohl der Allgemeinheit üben wollen. Ihren Nährboden finden diese Bestrebungen regelmäßig in einer gemeinsamen Weltanschauung, auf religiöser oder humanitärer Grundlage ... Es ist ... mit dem Wesen der Wohlfahrtspflege nicht vereinbar, daß eine Organisation ihre Hilfstätigkeit auf ihre eigenen Mitglieder beschränkt, denn das stünde mit dem erwähnten Erfordernis der Selbstlosigkeit als Beweggrund des Tuns nicht im Einklang. Ein solcher Zusammenschluß wäre ein Interessenverband, eine Selbsthilfeeinrichtung, könnte aber nicht der freien Wohlfahrtspflege zugerechnet werden.“<sup>69)</sup>

Ähnlich wie bei den Genossenschaften – zu denen (als „egoistischen“ Hilfsverbänden) die Wohltätigkeitsorganisationen (als „altruistische“ Hilfsverbände) ohnedies ein gewisses Gegenstück bilden – bestimmt auch hier die Typik den Grad der Verfügbarkeit der

67) Auf die besondere Problematik öffentlich-rechtlicher Genossenschaften (Art. 160 Abs. 1 BV) braucht hier nicht eingegangen zu werden. S. dazu Zacher, N-L-S-Z, Art. 179 RdNr. 1, 8. Auch kann und muß offenbleiben, inwieweit Art. 155 S. 1 BV öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Genossenschaften meint.

68) S. Art. 2 Abs. 3 des Kirchensteuergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. März 1967 (GVBl. S. 317); Bekanntmachung über den Austritt aus einer Kirche, Religions- oder weltanschaulichen Gemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, v. 27. Juli 1976 (MABl. S. 689).

69) VerfGH 8, 69 (72).

persönlichen Zuordnung. Im einzelnen sind die Umstände der Zugehörigkeit freilich sehr verschieden: von den „ehrenamtlichen“ Helfern und Funktionären über die beruflichen Mitarbeiter bis zu den zahlenden Mitgliedern. Entscheidend ist jedoch, daß alle zusammen den umrissenen Charakter der Wohltätigkeitsorganisationen real darstellen müssen und ihre Position in der Organisation für sie davon abhängen muß, in welchem Maße sie sich in diesen Charakter einfügen, wenn nicht damit identifizieren.

Auch hier steht die Unverfügbarkeit der Mitgliedschaft und der sonstigen Zuordnung von seiten des Staates her wieder außer Frage (Art. 9 Abs. 1, 12 GG, Art. 114 Abs. 1, 166 Abs. 1 und Abs. 2 BV).<sup>70)</sup> Daß der Zweck des Beitritts oder der Mitwirkung primär ein „politischer“ im Sinne des konkurrierenden parteipolitisch-parlamentarischen Repräsentationssystems ist, ist vom umschriebenen Wesen der Wohltätigkeitsorganisationen her ausgeschlossen.

Zu erwägen ist aber auch noch folgender Gedankengang. Den Wohltätigkeitsorganisationen liegt eine elementare „Gliederung“ der Gesellschaft voraus, die sich in der Existenz der Wohltätigkeitsorganisationen, aber gerade nicht in der Zugehörigkeit zu ihnen ausdrückt: nämlich die Gliederung der gesellschaftlichen Elemente, die sich nicht selbst helfen können, deren Interessen sich auch schlecht organisieren lassen. Armut läßt sich bekanntlich extrem schlecht organisieren.<sup>71)</sup> Diesen Elementen ist Wohltätigkeit (moderner: Sozialarbeit) vertretend – oder wie man heute gerne sagt: „advokatisch“ – zugeordnet.<sup>72)</sup> Die Zugehörigkeit zu der so mittelbar repräsentierten Schicht der Armen, Bedürftigen und Benachteiligten hat einen hohen Grad von Unverfügbarkeit. Die Repräsentation der Wohltätigkeitsorganisationen im Senat geschieht sicher letztlich um derer Willen, denen sich die Wohltätigkeitsorganisationen zuwenden. Da nun die Zugehörigkeit zu dieser Gruppe weitgehend unverfügbar ist, kann um so leichter anerkannt werden, daß sich die Wohltätigkeitsorganisationen für die senatoriale Repräsentation dadurch legitimieren, daß sie sich in adäquater Intensität altruistisch dieser Gruppe zuwenden. Die Prämisse des Altruismus ist ohnedies eine Barriere, die – um es

---

70) S. zur Freiheit karitativen Helfens Hans F. Zacher, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964, S. 101 ff.

71) S. dazu z. B. Hans F. Zacher, Faktoren und Bahnen der aktuellen sozialpolitischen Diskussion, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 3. Jahrg. (1972), S. 241 ff. (248 f.).

72) S. zu diesen Strukturen Zacher, aaO. (Anm. 71), S. 258 ff., insbes. S. 260.

noch einmal zu sagen: bei vielen Unterschieden im einzelnen – insgesamt schwer zu nehmen ist.

- Die Zugehörigkeit zu **Hochschulen und Akademien** (Art. 35 Satz 2 Nr. 9 BV) beruht auf schwer verfügbaren Prämissen und hat einen hohen Rang in der individuellen Entscheidungshierarchie. Das ist für die in erster Linie angesprochenen Kreise der Hochschullehrer evident (s. auch Art. 33 Abs. 2, 4 und 5 GG, Art. 94 Abs. 2, 95, 96 BV). Es gilt aber selbst für die durch Art. 138 Abs. 2 S. 2 BV einbezogenen Studenten. Die Schwierigkeiten und die Bedeutung des Zugangs zu den Hochschulen und der erfolgreichen Nutzung ihrer Angebote für den Studenten sind heute jedermann offenkundig. Für die aktive Repräsentation der Hochschulen kommen Studenten aus Gründen des Alters und der Dauer der Zugehörigkeit freilich kaum in Betracht (Art. 36 Abs. 2, 37 Abs. 1 S. 1 BV).

Die Zugehörigkeit der Hochschullehrer und sonstigen Beamten und Angestellten in den Hochschulen zu der repräsentierten Gruppe ist staatlicher Einflußnahme ausgesetzt (Art. 94 Abs. 1 BV). Jedoch sind gerade bei der in erster Linie maßgeblichen Gruppe der Hochschullehrer dieser Auswahl Sachzwänge vorgelagert, die eine politische Manipulation rechtlich prinzipiell ausschließen (Art. 5 Abs. 3, 33 Abs. 2 GG, Art. 94 Abs. 2, 108, 138 Abs. 2 S. 1 BV), praktisch jedenfalls minimalisieren.<sup>73)</sup> Der Zugang der Studierenden ist – abgesehen von sachlichen Notwendigkeiten – ohnedies frei (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG, Art. 128 BV).<sup>74)</sup>

- Schwierig ist die Beurteilung hinsichtlich der **Gemeinden und Gemeindeverbände** (Art. 35 Satz 2 Nr. 10 BV). Für den Bürger geht die Verfassung davon aus, daß er – als Einwohner oder als Bürger (Art. 15 der Gemeindeordnung) – einer Gemeinde zugehören muß (Art. 11 Abs. 1 und 5 BV). Dem entspricht die Zugehörigkeit zu den Gemeindeverbänden (Art. 10 BV). Die Zugehörigkeit zu einer konkreten Gemeinde und einem konkreten Gemeindeverband folgt dem Wohnsitz (Art. 8, 11 Abs. 5 BV). In der Wahl des Wohnsitzes ist der Bürger frei (Art. 11 GG, Art. 109 BV). In der individuellen Sphäre ist diese Entscheidung jedoch von vielen Determinanten abhängig. In der Regel ist so der Wohnsitz, ja selbst der ständige Aufenthalt schwer verfügbar. Ist der Wohnsitz gewählt, so nimmt er einen hohen Rang in der individuellen Entscheidungshierarchie ein. Die

---

73) S. auch Art. 46, 47 des Bayerischen Hochschulgesetzes, § 45 des Hochschulrahmengesetzes (HRG) v. 26. Januar 1976 (BGBl. S. 185).

74) S. auch Art. 49 ff. des Bayerischen Hochschulgesetzes; §§ 27 ff. des Hochschulrahmengesetzes.

Wahl eines Wohnsitzes allein oder vorwiegend aus politischen Gründen ist eine zu vernachlässigende Ausnahme. Sowohl die Zugehörigkeit zu Gemeinden und Gemeindeverbänden überhaupt, als auch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gemeinde und einem bestimmten Gemeindeverband entsprechen also dem Erfordernis der Nicht- oder Schwer-Verfügbarkeit.

Die eingangs angedeutete Schwierigkeit ergibt sich daraus, daß die Repräsentation der Gemeinden und Gemeindeverbände nicht allein den in den Gemeinden und Gemeindeverbänden organisierten Bürgern gilt, sondern auch und gerade ihrer Organisation. D. h. sie gilt auch den Amtsinhabern in den Gemeinden und Gemeindeverbänden und allen, die in gesteigertem Maße zur Integration dieser Gemeinwesen beitragen. Die Schwelle, die der einzelne nach außen und im Gefüge seiner eigenen Lebensbedingungen zu überwinden hat, um hierzu zu zählen, ist je nach Art und Größe des Gemeinwesens, Art, Bedeutung und Gestalt des Amtes oder der sonstigen Stellung und je nach den individuellen Verhältnissen extrem unterschiedlich hoch. Auch ist ein – im Sinne der parteipolitisch-parlamentarischen Dynamik – weiter zielender und führender politischer Zweck des Engagements nicht auszuschließen. Er ist dem Verfassungssatz, daß die Selbstverwaltung in den Gemeinden dem Aufbau der Demokratie von unten nach oben dient (Art. 11 Abs. 4 BV) sogar durchaus gemäß. Alles in allem aber leben die Gemeinden, Landkreise und Bezirke auch politisch aus der lokalen und regionalen Gebundenheit der Engagierten. Die vom Gemeinwesen her allgemein gefällte, konkret aber unverfügbare, für die einzelnen schwer verfügbare Entscheidung über den Wohnsitz, die den Bürger einer bestimmten Gemeinde zuordnet, ist das durchgreifende Prinzip auch für den Zugang zum kommunalpolitischen Engagement.

## **2. Das Erfordernis der komplexen, verbandsinternen, gesellschaftlichen, dem Gemeinwesen bedeutsamen Aufgabe**

### **a) Die Thesen**

Haben diese Überlegungen der Beziehung Personen–Sache–Organisation gegolten, so ist nun ergänzend zu fragen, welche Anforderungen der Grundgedanke der vorgegebenen, „nichtpolitischen“, sachlichen Gliederung an die Organisation selbst stellt, wenn diese „senatsfähig“ sein soll. Mit anderen Worten: Es geht darum zu verdeutlichen, was der Wechselbezug von Organisation und Sache, die Vorgegebenheit von Sache und Organisation und der partikulare Charakter dieser vorgegebenen Gesamtheit von Sache und Organisation bedeuten.

## aa) Die verbandsinterne Aufgabe

Sache und Organisation sind dadurch miteinander verbunden, daß die Sache die Aufgabe der Organisation ist.<sup>75)</sup> Sollen Sache und Organisation dem Staat vorgegeben, wirklich „partikular“ sein, so muß diese Aufgabe – jedenfalls primär – eine innere Aufgabe der Organisation sein. Die Sache darf der Organisation nicht nur und auch nicht primär zur äußeren Wahrnehmung – etwa zur Vertretung dem Staat gegenüber – übertragen sein. Die Organisation muß in erster Linie dazu da sein, die Sache in sich zu leisten. Darum auch spricht die Verfassung nicht von Verbänden, Organisationen usw., sondern – gleichsam feierlicher – von „Körperschaften“ und noch deutlicher von „zuständigen Körperschaften“ (Art. 34, 36 Abs. 1, 42 S. 2 BV<sup>76)</sup> und darum nennt sie diese Körperschaften ferner selbst „soziale, wirtschaftliche, kulturelle und gemeindliche Körperschaften“ (Art. 34 BV). Woher endlich sollte der Senator „Sachkenntnis und Erfahrung“ nehmen und sich durch sie „auszeichnen“ (Art. 36 Abs. 3 BV), wenn er sie nicht in der „Körperschaft“ erwerben und bewähren kann?

## bb) Bedeutung und Komplexität der Aufgabe

Nicht jede beliebige eigene, innere Aufgabe qualifiziert eine Organisation als „Körperschaft“. Daß die Art. 34 und 35 BV Körperschaften herausgreifen, deren **Aufgaben der Verfassung wichtig** sind, wurde schon dargestellt.<sup>77)</sup> Hinzu muß das **Eigengewicht** der Aufgabe treten. Die „Schwerkraft“ der Aufgabe muß die Absonderung der Organisation aus dem parteipolitisch-parlamentarischen Repräsentationssystem gewährleisten. Sie muß Widerstände dagegen entwickeln, daß die Willensbildung in der Organisation und ihr Verhalten gegenüber dem Staat von parteipolitischem Betrieb her determiniert wird. Ist dies nicht gewährleistet, so „kippt“ das senatoriale Repräsentationssystem. Es wird zu einem zweiten intransparenten, nicht verantwortlichen, der Kontrolle der allgemeinen, gleichen und unmittelbaren Wahlen entzogenen parteipolitisch-parlamentarischen Repräsentation. Man wird sagen dürfen, daß dies neben der Bedeutung der Aufgabe für die Mit-

75) S. dazu Günther K ü c h e n h o f f, Diskussionsbeitrag zu „Staat und Verbände“, VVDStRL Heft 24 (1966) S. 87 ff. (87 f.): „Im BayS. sind nun – abgesehen von den Gemeinden und Gemeindeverbänden, die zusammengefaßt sind auf der Grundlage des gemeinsamen Ortes (vgl. Art. 28 II GG), – diejenigen Körperschaften vorhanden, die zusammengefaßt sind auf der Grundlage einer gemeinsamen **A u f g a b e** (Hervorhebung im Original!), wie immer diese Aufgabe formal bewältigt wird...“.

76) S. nochmals oben B I 1 b.

77) S. oben B I 2 b.



glieder und den Staat und neben der Notwendigkeit und Möglichkeit primär innerer Bewältigung der Aufgabe auch eine gewisse Breite und **Vielfalt** dieser Aufgabe – eine gewisse **Komplexität** der Aufgabe – voraussetzt. Je vielfältiger die Aufgabe eines Verbandes in sich ist, desto stärker ist die Eigengesetzlichkeit des Verbandsgeschehens. Desto stärker auch tritt also der wirklich eigenständig-partikulare Charakter des Verbandes hervor. Desto weniger dagegen ist es möglich, daß der Verband durch Politik von außen „erobert“ wird, oder daß der Verband sich in einer nach außen gerichteten Wirksamkeit erschöpft.

### **cc) Stabilität durch Fähigkeit zum Wandel**

Umfang und Komplexität der Verbandsaufgabe erweisen sich aber noch aus einem weiteren Grunde als nötig. Zu den wesentlichen Werten senatorialer Repräsentation gehört die Stabilität.<sup>78)</sup> Die Verfassung bringt dieses Element vor allem in der, im Vergleich zu den Abgeordneten des Landtags, längeren Amtsdauer der Senatoren und in der roulierenden Erneuerung des Senats zum Ausdruck (Art. 37 BV). Mittelbar weisen auch die Erfordernisse des Alters und der Erfahrung (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV) in diese Richtung.

Gleichwohl muß der Senat imstande sein, den Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse – der unvermeidlich und zum Teil auch wünschenswert ist – zu reflektieren. Wie sollte er eine andere Repräsentation des Volkes sein, wenn er die Veränderungen im Volk nicht darzustellen vermöchte? Es liegt der Konzeption des Senats auch fern, auf einer korporativistischen Formierung der Gesellschaft aufzuruhen, welche die Gesellschaft „einfrieren“ soll (Art. 114, 170, 179 BV).<sup>79)</sup>

Ausgehend von der Prämisse, daß der Senat dem Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse offen sein muß, gibt es aber nur zwei Möglichkeiten, dem Rechnung zu tragen. Die eine ist, daß der gesellschaftliche Wandel sich durch neue organisatorische Strukturen ausdrückt und diese permanent in die Basis des Senats einzuarbeiten sind. Die andere Möglichkeit ist, daß die „Körperschaften“, welche die Basis des Senats bilden, ihrerseits gewährleisten, daß sie diesen Wandel aufnehmen und in den Senat einbringen. Die erste Möglichkeit ist dadurch ausgeschlossen, daß die Verfassung die Ent-

78) S. dazu Dr. Ehard, Sten.Ber. II S. 488 f., IV S. 71; Staatsvereinfachung, S. 25; Zacher, Struktur und Stellung, S. 371 m. w. Nachw.; Hans Nawiasky, Ein Jahrzehnt Bayerische Verfassung, BayVBl. 2. Jahrg. n. F. (1956) S. 355 ff. (355 f.).

79) S. dazu auch Zacher, Diskussionsbeitrag usw. (Anm. 30) S. 92 f. S. ferner unten b und c. – Zum reglementierenden Charakter korporativer Strukturen s. etwa Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 643.

scheidung über die Basis des Senats unmittelbar und definitiv getroffen hat (Art. 35 Satz 2 BV). Die Verfassung kennt keinen anderen Mechanismus, die Zusammensetzung des Senats dem Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse wesentlich anzupassen, als die Änderung der Verfassung. Angesichts der Schwierigkeiten, die Bayerische Verfassung zu ändern (Art. 75 BV) heißt das, daß die Verfassung einen Mechanismus laufender Anpassung an den gesellschaftlichen Wandel nicht kennt, ja negiert. Es bleibt nur die andere Möglichkeit, daß die in den Senat entsendenden Körperschaften in sich im Stande sind, den gesellschaftlichen Wandel aufzunehmen und in die Entscheidungen des Senats einzubringen. Diese Fähigkeit wächst mit dem Umfang, der Vielfalt und der Komplexität der Aufgabe eines Verbandes. So besteht also eine klare Entsprechung zwischen dem Stabilitätswert der senatorialen Repräsentation und dem Umfang, der Vielfalt und der Komplexität der Aufgaben der Körperschaften, welche die Basis des Senats bilden.

#### **dd) Der öffentliche Charakter der Aufgabe**

Die Aufgaben der Körperschaften müssen schließlich im Grenzbereich zwischen Staat und Gesellschaft liegen. Vordergründig bringt die Verfassung das darin zum Ausdruck, daß die „zuständigen Körperschaften“ solche „des öffentlichen oder privaten Rechts“ sein können (Art. 36 Abs. 1 BV). In der Sache ergibt es sich daraus, daß Aufgaben und Organisationen von solcher Bedeutung, daß die Verfassung auf die so gegebene Gliederung eine eigene parlamentarische Repräsentation aufbaut, dem Gemeinwesen nicht gleichgültig sein können. Sie müssen ihm sogar Wesentliches bedeuten. Das entspricht denn auch der Verfassungsbenennung dieser Aufgaben und Organisationen.<sup>80)</sup> Wegen der Vielfalt der gesellschaftlichen Lebensbereiche haben Nähe und Distanz von „Körperschaft“ und Staat jedoch ganz unterschiedliche Gestalt.

#### **b) Zu Art. 179 BV**

Die größte Irritation geht insofern von Art. 179 BV aus, der einer korporativistischen Strukturierung der Gesellschaft entgegenwirken sollte.<sup>81)</sup> Nach Art. 179 S. 1 BV sind die in den Senat wahlberechtigten „sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Körperschaften ... keine öffentlichen Behörden und dürfen keine staatlichen Machtbefugnisse ausüben“.<sup>82)</sup> Man könnte sich danach eine Lösung vorstellen, daß die

80) S. noch einmal oben B I 2 b.

81) S. noch einmal Z a c h e r, aaO. (Anm. 30).

82) Zu der Interpretation, daß dieses Verbot nicht alle sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Körperschaften trifft, sondern nur diejenigen, die zugleich

zuständigen gesellschaftlichen Körperschaften ohne die „verbotenen“ Befugnisse auskommen und diese vom Staat selbst<sup>83)</sup> ausgeübt werden. Die Entwicklung ging jedoch andere Wege. Auf dem Gebiet der Industrie, des Handels und des Handwerks erleichterten es zunächst zurückhaltende Befugnisse und später bundesrechtliche Regelungen, Art. 179 BV zu ignorieren.<sup>84)</sup> Die Einheit der körperschaftlichen Organisation blieb weitgehend erhalten.<sup>85)</sup> Bei den öffentlich-rechtlichen Kammern der freien Berufe lagen die Verhältnisse insofern anders, als schärfere Befugnisse notwendig schienen, die Regelung aber weithin landesrechtlicher Natur war. Deshalb verwies man die freien Berufe für die Repräsentation im Senat auf – eventuell zusätzliche – privatrechtliche Organisationen.<sup>86)</sup> Damit ist – für die einzelnen Berufe unterschiedlich – die Frage aufgeworfen, ob den in den Senat entsendenden privatrechtlichen Organisationen noch eine hinreichend eigenständige, innere Aufgabe verblieben ist.

Doch darf aus dieser unausgeglichenen, holprigen Entwicklung der Konsequenzen, die aus Art. 179 BV gezogen wurden, mitnichten ein Widerspruch zwischen Art. 179 BV und hier nachgezogenen Grundlinien der Verfassungskonzeption des Senats geschlossen werden. Art. 179 BV bestätigt vielmehr, daß die Bedeutung der Aufgaben der Körperschaften, die in den Senat entsenden sollen, diese in den Grenzbereich von Staat und Gesellschaft führt, daß m. a. W. eine Spannungslage von Staat und Gesellschaft entsteht, die der Konfliktlösung bedarf. Art. 179 BV sucht nur sehr unvermögend, diese Konfliktlösung zu geben.

- Art. 179 S. 2 BV etabliert in diesem Sinne das Prinzip, daß die Gliederung, auf der der Senat aufruht, abgesehen von den Gemeinden und Gemeindeverbänden eine natürliche, gesellschaftsimmanente sein soll, nicht eine vom Recht vorgeschriebene.

---

auch berechtigt sein sollen, in den Senat zu wählen, s. Zacher, N-L-S-Z, 179 RdNr. 4 ff.; ders., Arbeitskammern im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1971, S. 50 ff. Der Verfassungsgerichtshof meint entgegen dem Verfasser, die Natur einer „sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Körperschaft“ unmittelbar erschließen und ihr die genannten Befugnisse ohne Rücksicht auf die Beteiligung am Senat vorenthalten zu müssen (s. dazu die Nachweise bei Zacher, N-L-S-Z, RdNr. 6 bzw. S. 52 ff.).

83) Vor allem von der unmittelbaren Staatsverwaltung, aber auch vom staatlichen Gesetzgeber und von den staatlichen Richtern.

84) Zacher, N-L-S-Z, Art. 179 RdNr. 5.

85) S. auch Art. 2, 3 SenG. S. unten c.

86) S. die Nachweise bei Zacher, N-L-S-Z, RdNr. 5; s. auch Art. 5 SenG und unten c.

- Art. 179 S. 1 BV bestätigt die Trennung von Staat und Gesellschaft. Genauer heißt das hier: Art. 179 S. 1 BV bestätigt das Gegenüber des staatlichen Ganzen, der staatlichen Einheit, mit dem gesellschaftlich Partikularen.

Die Spannung zwischen Art. 179 BV und den Artikeln 34 ff. BV liegt in der historisch erklärlichen Ungeschicklichkeit des Ausdrucks in Satz 1 des Art. 179 BV. Mehr noch liegt sie in der Allgemeinheit des Prinzips, das der Vielfalt der Lebensverhältnisse nicht gerecht wird. Der Verfassungsgeber selbst hatte die „dunkle Ahnung“, daß die Vorschrift zu weit geht. Eine einstimmig beschlossene Erklärung zu Protokoll sollte sie relativieren.

„Satz 2 über den Ausschluß der Zwangsmitgliedschaft bezieht sich nicht auf die für besondere Zwecke (Entwässerung, Flurbereinigung und dergleichen) gebildeten Zwangsgenossenschaften.“<sup>87)</sup>

Aber es gelang ihm nicht mehr, der Unvollkommenheit seiner Regel hinreichend Rechnung zu tragen.

### **c) Die Verwirklichung der Thesen im gegenwärtigen Verfassungsrecht**

Für die einzelnen Bereiche des Art. 35 BV sei ergänzend folgendes bemerkt:

- Für den Bereich der **Land- und Forstwirtschaft**, den die Verfassung ebenso als gesellschaftlichen versteht, wie sie ihn vom Gemeinwesen her bewertet (Art. 163 ff. BV), besteht als konkurrenzlose umfassende Organisation mit entsprechend wichtigen und vielfältigen inneren Aufgaben der Bayerische Bauernverband (VO Nr. 106 über die Aufgaben des Bayerischen Bauernverbandes vom 29. Oktober 1946, BayBS IV, S. 318.<sup>88)</sup> Er entsendet die Vertreter der Land- und Forstwirtschaft in den Senat (Art. 1 SenG).
- Auch **Industrie und Handel** versteht die Verfassung als einen gesellschaftlichen Bereich, der freilich nicht nur staatlichen Interesses, sondern auch staatlicher Kontrolle bedarf (Art. 151 ff. BV). Während die in der Verfassung angedeuteten Organisationsstrukturen (Art. 154, 155 BV) – abgesehen von der „genossenschaftlichen Selbsthilfe“ – nicht Realität geworden sind, haben Industrie und Handel vielfältige öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Organisations-

<sup>87)</sup> Sten.Ber. IV S. 231, 237.

<sup>88)</sup> Dem mit Bekanntmachung des Bay. Staatsministeriums für Ernährung, Landw. und Forsten vom 17. Februar 1960 (Bay. StAnz. 15. Jahrg. Nr. 9) die Eigenschaft einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verliehen wurde.

formen gefunden,<sup>89)</sup> unter denen die Industrie- und Handelskammern die umfassendsten sind (Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern vom 18. Dezember 1956, BGBl. I, S. 920). Ihre Aufgaben sind entsprechend weit gespannt<sup>90)</sup> und machen eine Zusammenarbeit mit fast allen anderen Organisationen der Wirtschaft nötig. Sie entsenden in den Senat (Art. 2 SenG).

- Das **Handwerk**, das die Verfassung als wichtiges gesellschaftliches Element beurteilt (Art. 153 BV), ist nach Maßgabe der Handwerksordnung differenziert organisiert. Die umfassendste, zentrale und übergreifende Organisation innerhalb dieses mit Aufgaben reich befrachteten Systems sind die Handwerkskammern. Sie entsenden in den Senat (Art. 3 SenG).
- Die **Gewerkschaften** sind in einem gesellschaftlichen Bereich maximaler staatlicher Verantwortung (Art. 166 ff. BV) als Elemente kollektiver Freiheit verankert (Art. 169 Abs. 2, 170 BV; siehe auch Art. 175, 176 BV). Die Vielfalt ihrer Aufgaben – innerhalb und für die „Arbeitschaft“, innerhalb der Tarifautonomie und in der Gesellschaft – ist evident. Eine Konkurrenz im Sinne öffentlich-rechtlicher Arbeitskammern gibt es bisher in Bayern wie in den meisten anderen Ländern nicht. Andere privatrechtliche Organisationen der Arbeitnehmer, die nicht Gewerkschaften sind, spielen nur eine sehr begrenzte Rolle. Der ursprünglichen organisatorischen Situation zufolge hat das Senatsgesetz zunächst<sup>91)</sup> den „Bayerischen Gewerkschaftsbund“ als die Organisation bezeichnet, die zum Senat entsendet. Dem Freiheitscharakter der Koalitionsfreiheit entsprechend, mußte jedoch diese Wahlberechtigung auf alle Gewerkschaften von hinreichendem Gewicht ausgedehnt werden.<sup>92)</sup>
- Schwieriger als für alle bisher erwähnten Gruppen stellt sich die Situation auf dem Gebiet der **freien Berufe** dar. Ihnen entspricht keine geschlossene Verfassungsaussage. So elementar sie für die Ausübung von Freiheiten sind, der Verwirklichung von Freiheiten dienen, Rechte realisieren und sichern helfen und so letztlich – gewollt oder ungewollt – dazu beitragen, daß der Rechts-, Kultur- und

---

89) S. Hans F. Zacher, Bericht über das in der Bundesrepublik Deutschland geltende Wirtschaftsrecht, Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Reihe Wettbewerb – Rechtsangleichung – Nr. 20, Bd. 1, 1973, S. 97 ff.; Gerd R i n c k, Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 1977, S. 182 ff.

90) S. R i n c k, aaO. (Anm. 89) S 191 ff.

91) Fassung vom 31. Juli 1947, GVBl. S. 162.

92) Art. 4 SenG. i. d. F. vom 9. November 1953, GVBl. S. 187. – VerfGH 8, 11; 13, 182; 14, 87.

Sozialstaat (Art. 3 Satz 1 BV) sich realisieren kann,<sup>93)</sup> so vielfältig ist doch dieser Verfassungsbezug, und so diffus ist die verfassungsrechtliche Benennung.<sup>94)</sup> Dieser genuinen Vielfalt der freien Berufe entspricht auch ihr organisatorischer Zustand. In besonderem Maße haben sich hier öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Organisationen nebeneinander gebildet. Die **öffentlich-rechtlichen Organisationen (Kammern)**, wie sie für Rechtsanwälte, Steuerberater und Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer, Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker und Architekten bestehen, dienen primär der im Interesse des Gemeinwesens notwendigen Berufsordnung (Disziplinierung) durch die Gesamtheit der Berufsangehörigen, die ihren Kammern zu diesem Zweck regelmäßig zwangsweise angehören. Für die Ärzte besteht daneben ein besonderer öffentlich-rechtlicher Zusammenschluß, der ihre Beteiligung an der kassenärztlichen Versorgung der Bevölkerung organisiert (Kassenärztliche Vereinigungen; Kassenzahnärztliche Vereinigungen). Diese öffentlich-rechtlichen Organisationen sind aus einer Reihe von Gründen unterschiedlich, zum Teil jedenfalls nur unzulänglich geeignet, dem vollen Organisationsbedürfnis der erfaßten Berufsgruppen zu genügen. Diese Unzulänglichkeit zeigt sich zunächst einmal im Hinblick auf die organisatorischen Ebenen. Soweit die berufsständischen Organisationen (wie für Ärzte, Tierärzte, Apotheker, Architekten) landesrechtlich geregelt sind, bedürfen die erfaßten Berufsgruppen einer zusätzlichen Organisation schon für ihre Repräsentation und Koordination auf der Bundesebene, mehr und mehr auch auf europäischer Ebene. Ein weiterer Bedarf zusätzlicher Organisation ergibt sich aus Gruppeninteressen. Einzelne Teilgruppen haben besondere Organisationsbedürfnisse, die in den Gesamtorganisationen eines Berufsstandes, wie sie die öffentlich-rechtlichen Kammern darstellen, nicht zum Ausdruck kommen. Endlich kommt ein funktionaler Aspekt hinzu. Der primär berufsordnende Charakter der öffentlich-rechtlichen Kammern erlaubt es ihnen nicht, alle im Interesse einer Berufsgruppe notwendigen Funktionen auszuüben. Vor allem die Interessenwahrung nach außen und die entsprechende Koordination und Artikulation des Willens der Berufsgruppe und die Dienstleistungen für die Berufsangehörigen (Information, Beratung, Fortbildung, Freizeitangebote usw.) finden in den öffentlich-rechtlichen Organisationen nicht immer ein ausreichendes Instrument. Andere freie Berufe haben bis jetzt keine öffentlich-rechtliche

---

93) S. noch einmal D e h l e r, Sten.Ber. IV S. 199.

94) S. dazu noch einmal oben B I 2 b Anm. 48.

Organisation gefunden (Ingenieure, Übersetzer, Schriftsteller, Journalisten, Musiker, bildende Künstler).

Somit erweist sich das Instrumentarium freier privatrechtlicher Berufsorganisation als ein unerlässliches Komplement der öffentlich-rechtlichen Berufsorganisation der freien Berufe, auch wenn in einigen freien Berufen die öffentlich-rechtliche Organisation dominiert. Mehr noch: Trotz der umfassenden öffentlich-rechtlichen Organisation einzelner freier Berufe (z. B. der Ärzte) stellt sich die freie, privatrechtliche Organisation als die allen freien Berufen zugängliche und von allen freien Berufen ergriffene Regel der Selbstorganisation dar. Obwohl der Bayerische Verfassungsgerichtshof so nicht argumentierte, war es im Ergebnis also richtig, wenn er angesichts des Art. 179 BV für die freien Berufe, die nach Art. 35 Satz 2 Nr. 5 BV ja in ihrer Gesamtheit repräsentiert werden sollen, dem Prinzip der freien, privatrechtlichen Organisation den Vorzug gab.<sup>95)</sup>

Zwei Postulate, die für die „Körperschaften“ aufgestellt wurden, scheinen damit für einzelne freie Berufe freilich nicht recht erfüllt: der vielfältige und komplexe Charakter der Repräsentation und der öffentliche Charakter der Verbandsaufgabe. Je bedeutsamer für einen bestimmten freien Beruf dessen öffentlich-rechtliche Organisation ist, um so enger, möglicherweise auch um so weniger gemeinwesenbezogen sind tendenziell die Aufgaben der freien, privatrechtlichen Organisation des jeweiligen freien Berufs. Eine umfassende Repräsentation dieses freien Berufes schiene dann nur möglich, wenn zur Wahlbasis des Senats dessen öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Organisation gleichermaßen herangezogen würden. Wie die Verhältnisse im einzelnen liegen, bedürfte, wenn es darauf ankäme, eingehender Sachverhaltsermittlung, die hier nicht geleistet werden kann. Drei Argumente erleichtern diesen Verzicht. Erstens: Da es an einer umfassenden Organisation der freien Berufe als solcher hier wie dort fehlt, muß das Senatsgesetz ohnedies auf eine notwendigerweise in sich ungleiche Vielzahl verschiedener Organisationen zurückgreifen. Der Wählerversammlung (Art. 5 SenG) kommt eine zusätzliche integrierende Bedeutung für die Repräsentation der „freien Berufe“ zu. Im Zusammenspiel von Wahlversammlung und Verbänden hat die Repräsentation der freien Berufe eine komplexe und umfassende Basis in Verbänden, die eindeutig auch gemeinwesenbezogene Aufgaben haben. Zweitens: Auch wenn für

---

95) So für die öffentlich-rechtlichen Standesorganisationen der Rechtsanwälte (VerfGH 4, 30) und Ärzte (VerfGH 4, 150; 9, 86) und für die Kassenärztlichen Vereinigungen (VerfGH 4, 150).

einzelne freie Berufe, deren Selbstorganisation auf öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Organisationen verteilt ist, diese als Wählerbasis für den Senat zusammengefaßt würden, würde damit noch nicht kompensiert, daß die eine oder andere Organisationsform nicht umfassend und komplex, sondern spezifisch, und weniger gemeinwesenbezogen, sondern stärker gruppeninterner Natur ist. Drittens: Schließlich muß die Möglichkeit ins Auge gefaßt werden, daß die Verhältnisse auf den verschiedenen in Art. 35 Satz 2 BV genannten Gebieten unterschiedlich sind, so daß es letztlich darauf ankommt, ob die senatoriale Repräsentation insgesamt den entwickelten Postulaten entspricht, während für einzelne Bereiche gewisse Abweichungen in Kauf genommen werden müssen und können, wenn sie das System als solches nicht zersetzen. Im Bereich der freien Berufe muß mit einer solchen Abweichung gerechnet werden. Angesichts der Vielfalt der freien Berufe, angesichts gerade auch ihrer unterschiedlichen organisatorischen Traditionen und Bedürfnisse, angesichts ferner der von Art. 179 BV ausgehenden Irritation scheint Art. 5 SenG i. V. m. den ausführenden Verzeichnissen und Wahlordnungen das mögliche Optimum zu erreichen.

- Die **Genossenschaften** (Art. 35 Satz 2 Nr. 6 BV) qualifizieren sich für den Senat dadurch, daß sich in ihnen die zusammengeschlossenen Einzelnen auf eine Weise, die auch im Interesse des Gemeinwesens liegt (Art. 153 Satz 2, 155, 164 Abs. 1 BV),<sup>96)</sup> kollektiv selbst helfen. Je für sich haben Genossenschaften einen sekundären und spezifischen Charakter. Spezifisch sind sie im allgemeinen, weil der Typ der Genossenschaft den Zusammenschluß meist nur im Hinblick auf ein bestimmtes gemeinsames Interesse zweckmäßig erscheinen läßt (s. a. § 1 Abs. 1 GenG). Vielfalt ist deshalb zwar der Summe der Genossenschaften eigen – um deren Repräsentation im Senat es freilich geht –, nicht auch jeder einzelnen Genossenschaft. Sekundär sind Genossenschaften, in dem sie an eine bestimmte berufliche oder wirtschaftlich-soziale Situation anknüpfen, in der die genossenschaftlich Zusammengeschlossenen sich selbst helfen. Deshalb ist es auch logisch, wenn die Aufzählung des Art. 35 Satz 2 BV die Genossenschaften (Nr. 6) den wirtschaftlich-beruflichen Gruppen (Nr. 1–5) anschließt. Aber Genossenschaften beschränken sich nicht auf die Selbsthilfe der nach Nr. 1–5 des Art. 35 Satz 2 BV zu repräsentierenden Bevölkerungsgruppen. Was die Verfassung an den Genossenschaften so wertvoll findet, ist eben der Stil, in dem innerhalb der Genossenschaften sozial, ökonomisch

---

96) S. auch Art. 3, 117 Satz 2, 122, 151 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 3, 150, 157, 158 Satz 1, 160, 166 Abs. 3 BV.



und beruflich kooperiert wird. Dieser Kooperationsstil macht u. a. auch Bevölkerungsgruppen organisatorisch faßbar, die sonst nicht organisierbar erscheinen. Das zentrale Beispiel sind die Verbraucher.<sup>97)</sup> Verbraucher als solche sind, wie man weiß, nicht organisierbar.<sup>98)</sup> Dazu ist das Verbraucherinteresse zu allgemein; und dazu sind die Gegeninteressen auf die Verbraucher zu unterschiedlich verteilt. Wenn Verbraucher sich aber selbst helfen, indem sie sich genossenschaftlich organisieren, so stellen sie das Verbraucherinteresse faßbar dar. Ähnlich den freien Berufen fehlt es also den Genossenschaften an der relativen Geschlossenheit von Gruppe und Organisation, welche die Verhältnisse in den in Art. 35 Satz 2 Nr. 1–4 BV benannten Bereichen vereinfacht. Unähnlich den freien Berufen ist es bei den Genossenschaften aber nicht jedoch die weitgehende Ähnlichkeit der beruflichen Situation und der Gemeinwesenbedeutung der Berufe, welche die Einheit herstellt, sondern der für den einzelnen und das Gemeinwesen wertvolle Stil der Kooperation. Daß dieser Stil in vielerlei Lebensbereichen eingesetzt werden kann, gibt dem Phänomen der Genossenschaften als solchem seinen komplexen Charakter. Und dieser die Einheit des Phänomens stiftende Stil gibt den Genossenschaften zugleich ihren elementaren Charakter. Gemeinsame Interessen unter wechselseitigem Verzicht auf Gewinn innerhalb einer Gruppe zu befriedigen, ist eine elementare Alternative zum ökonomischen Spiel von Fremdnutz und Eigennutz aber auch zur staatlichen Funktionsübernahme. Im Katalog der erhobenen Postulate tritt für die Genossenschaften als ein Phänomen somit auch die innere Aufgabenerledigung als besonders prägend hervor. Der Gemeinwesenbezug – der öffentliche Charakter also – ergibt sich aus dem öffentlichen Interesse daran, daß diese innere Aufgabenerledigung stattfindet.

Mehr noch als für die freien Berufe trifft also für die Genossenschaften zu, daß die Repräsentation auf ein Konglomerat von Organisationen, nicht auf eine geschlossene Organisation zurückgeht. Die Anforderungen die an die Basis des Senats zu stellen sind, müssen an die zusammengefaßten Organisationen und ihre Zusammenfassung zu einer Wählerbasis (Art. 6 SenG) insgesamt gestellt werden. Und von dieser Gesamtheit werden sie erfüllt.

---

97) Zur Problematik der Vertretung der Verbraucher s. z. B. Joseph H. Kaiser, Die Repräsentation organisierter Interessen, 1956, S. 164 ff.

98) Vgl. Christa v. Braunschweig, Der Konsument und seine Vertretung, 1965, S. 144 ff.

- Die **Religionsgemeinschaften** (Art. 35 Satz 2 Nr. 7 BV) sind trotz oder wegen ihrer „außerirdischen“ Zielsetzung herkömmlich neben dem Staat die umfassendsten menschlichen Gemeinschaften. Auch die Verfassung sieht das, indem sie ihnen nicht nur den religiösen Freiraum gewährleistet (Art. 107, 142 Abs. 2 und 3, 143 BV), sie auch nicht nur als Organisation respektiert (Art. 144, 145, 146 BV), sondern ihnen auch Mitverantwortung in Erziehung (Art. 127 BV), Schulwesen (Art. 133 Abs. 1 Satz 2, 136 Abs. 2 und 4 BV) und Hochschulwesen (Art. 150 BV) sowie im Wohltätigkeitsbereich (Art. 146 BV) zuerkennt. Daß diese Aufgaben primär innerhalb der Religionsgemeinschaften zu erledigen sind, entspricht sowohl deren Selbstverständnis als auch dem Konzept, das die Verfassung von den Religionsgemeinschaften hat (Art. 142 Abs. 3 BV). An der Differenz zwischen Staat und Religionsgemeinschaft ist kein Zweifel möglich (Art. 142 Abs. 1 BV). Der Charakter der Kirchen als Körperschaften öffentlichen Rechts (Art. 143 Abs. 2 BV) ändert daran nichts.<sup>99)</sup>
- Auch bei den **Wohltätigkeitsorganisationen** (Art. 35 Satz 2 Nr. 8 BV) handelt es sich um eine Organisation mit komplexen gesellschaftlichen Aufgaben. Die Wirksamkeit der Wohltätigkeitsorganisationen ist der unmittelbaren Tätigkeit des Sozialstaates (Art. 3 Satz 1, 124 ff., 168 Abs. 3, 171 BV) und seiner Gemeinden (Art. 83 Abs. 1 BV) vorgeschaltet und ergänzt sie (§§ 10, 93 ff. des Bundessozialhilfegesetzes; §§ 5, 7, 8, 9, 18 des Gesetzes für Jugendwohlfahrt).<sup>100)</sup> Daß sich die Hilfe der Wohltätigkeitsorganisationen nach außen an die Bedürftigen wendet,<sup>101)</sup> spricht nicht dagegen, daß eben diese Aufgabe von den Wohltätigkeitsorganisationen in sich bewältigt werden muß.
- Am komplexen Charakter der Aufgaben der **Hochschulen** (Art. 35 Satz 2 Nr. 9 BV) ist nicht zu zweifeln (Art. 2 des Hochschulgesetzes vom 21. Dezember 1973, GVBl. S. 679), auch nicht daran, daß sie diese Aufgaben in sich zu bewältigen haben (Art. 138 Abs. 2 BV, Art. 3, 4, 5, 7, 9, 10 des Hochschulgesetzes). Die Loslösung der Hochschulen vom Staat ist freilich problematisch. Grundsätzlich haben Hochschulen eine Doppelnatur. Sie sind Einrichtungen des Staates und eigenständige Körperschaften (Art. 138 BV; Art. 3 Abs. 1 des Hochschulgesetzes). Eine Ausnahme machen kirchliche und

99) Axel Freiherr v. Campenhausen, in: N-L-S-Z, Art. 143 RdNr. 6–9.

100) S. dazu auch Art. 14 des Gesetzes zur Ausführung des Bundessozialhilfegesetzes v. 13. Oktober 1976 (GVBl. S. 455); Art. 15 des Jugendamtsgesetzes vom 23. Juli 1965 (GVBl. S. 194).

101) S. oben B II 1 b.

sonstige nichtstaatliche Hochschulen (Art. 138 Abs. 1 Satz 2 und 3, 150 Abs. 1 BV; Art. 1 Abs. 1 und 3, 91 ff. des Hochschulgesetzes), die im Senat nicht weniger zu repräsentieren sind (Art. 9 Abs. 1 SenG). Doch ist auch für die staatlichen Hochschulen zu beachten, daß ihre Organisation der Freiheit der Wissenschaft zu dienen hat (Art. 5 Abs. 3 GG, Art. 108 BV). Hochschulselbstverwaltung ist somit immer auch institutionelle Grundrechtsverwirklichung. Sie ist im Gesamtbild des Hochschulrechts nichts Beiläufiges, sondern das Zentrum. Was hier für die Hochschulen gesagt wurde, gilt unmittelbar auch für die Akademien, die der Sache nach Hochschulen sind (Art. 1 Nr. 3 des Hochschulgesetzes, Art. 9 Abs. 1 Satz 1 SenG). Die Besonderheiten der Bayerischen Akademie der Wissenschaften und der Bayerischen Akademie der schönen Künste brauchen hier nicht weiter verfolgt zu werden.

- Für die **Gemeinden und Gemeindeverbände** (Art. 35 Satz 2 Nr. 10 BV) verlagert sich die Problematik vollends auf die Schwierigkeit, sie vom staatlichen Ganzen als Partikulares abzulösen. Die umfassende, komplexe Natur, der von ihnen intern wahrzunehmenden Aufgaben bedarf keiner Erörterung (Art. 28 Abs. 2 und 3 GG, Art. 10, 11, 83 BV). Wie jedoch darf man sich gebietskörperschaftliche Gemeinwesen von eben solchem umfassenden Wirkungskreis, denen der Staat zusätzlich lokale und regionale Aufgaben übertragen kann (Art. 10 Abs. 3, 11, Abs. 3, 83 Abs. 2 und 6 BV), als vom Staate abgelöst denken? Der Zugang zu einer die Verfassungsbestimmungen harmonisierenden Antwort auf diese Frage liegt darin, daß lokale und regionale Partikularität notwendigerweise gebietsverbandlich organisiert werden muß. Beruht der Senat demnach auf organisierter Partikularität, so muß das Recht des Senats entweder auf den lokalen und regionalen Ansatz der Partikularität verzichten oder Gebietskörperschaften einbeziehen. Bezieht das Recht des Senats aber Gebietskörperschaften ein, so sieht es sich dem herkömmlichen und vernünftigen Prinzip gegenüber, daß die Aufbaustufen der allgemeinen Gebietskörperschaften zugleich Stufen des allgemeinen, auch staatlichen, Verwaltungsaufbaues sind.<sup>102)</sup> Das Konzept des Senats würde nicht auf einer vitalen Organisation lokaler und regionaler Partikularität aufbauen, wenn es diesen Gleichklang negieren wollte.

---

102) In der lokalen Instanz dergestalt, daß die Gemeinden mit lokalen staatlichen Aufgaben bedacht werden können (Art. 11 Abs. 3, 83 Abs. 2 BV), in der Ebene der Kreise und Bezirke sowohl durch die Parallelität von Staatsverwaltungs- und Selbstverwaltungsgliederung (Art. 9, 10 BV) als auch durch die Möglichkeiten, ebenengemäße staatliche Aufgaben auf die Kreis- und Bezirks-Selbstverwaltung zu übertragen (Art. 10 Abs. 3, 83 Abs. 6 BV).

Dem entspricht auch Art. 179 BV, wo von kommunalen Körperschaften nicht die Rede ist.

Dennoch ist Art. 35 Satz 2 Nr. 10 BV nicht schlechthin eine Ausnahme von dem Prinzip, daß die im Senat repräsentierten partikularen Einheiten vom Staate getrennt sein müssen. Die Garantie der Selbstverwaltung vor allem in den Gemeinden, aber auch in den Gemeindeverbänden (Art. 10 Abs. 2 und 4, 11, Abs. 2, 83 BV)<sup>103)</sup> garantiert die Selbständigkeit der lokalen und regionalen Teileinheiten. Die oft mißverständene Deklamation des Art. 11 Abs. 2 Satz 1 BV, wonach die Gemeinden „ursprüngliche Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts“ sind,<sup>104)</sup> entfaltet hier ihren Sinn. Die Gesellschaft hat keine andere Möglichkeit, sich voll wirksam lokal zu verfassung, denn im Rahmen des allgemeinen gebietskörperschaftlichen Aufbaues. „Ursprünglich“ heißt hier, daß die Gemeinden organisierte lokale Gesellschaft sind. Und als solche bilden sie die Grundlage für die senatoriale Repräsentation.

Für die Gemeindeverbände scheint es an einer entsprechenden Aussage zu fehlen. Mit Recht ist der Verfassungsgeber davor zurückgeschreckt, auch den regional organisierten Gesellschaften den gleichen ursprünglichen Charakter zu bescheinigen wie den lokal organisierten. Immerhin hat er mit ihnen die Vorstellung „wirtschaftlichen und kulturellen Eigenlebens“ verbunden (Art. 10 Abs. 4 BV). Hier zeigt sich ein bisher, soweit zu sehen, nicht beachteter Zusammenhang. Nach Art. 34 BV ist der Senat „die Vertretung der sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und gemeindlichen Körperschaften des Landes.“ So sehr nun die Art. 10–12, 83 BV es nahelegen, die Gemeindeverbände – die Landkreise freilich mehr noch als die Bezirke – zu den gemeindlichen Körperschaften zu zählen, so sind die Gemeindeverbände nach Art. 10 Abs. 4 BV doch auch „wirtschaftliche“ und „kulturelle“.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die Garantie der Selbstverwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände auf die organisatorische Verfassung lokaler und regionaler partikularer Gesellschaft zielt. Und in diesem Sinne fügt sich Art. 35 Satz 2 Nr. 10 BV noch in das Konzept der senatorialen Repräsentation.

---

103) S. zur Ausführung die Gemeindeordnung, die Landkreisordnung und die Bezirksordnung.

104) S. dazu etwa Schweiger, N-L-S-Z, Art. 11 RdNr. 4; Meder, Art. 11 RdNr. 2; Franz-Ludwig Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, 2. Aufl. 1973 S. 39 f.

### **3. Der Senator als Repräsentant und die Fähigkeit der Körperschaften, Senatoren zu stellen**

#### **a) Der Senat als Volksrepräsentation – der Senator als Repräsentant**

Repräsentation heißt nicht Vertretung.<sup>105)</sup> Vertretung zielt auf die Darstellung eines Willens, den es real gibt. Repräsentation zielt auf die Darstellung eines Willens, den es real nicht gibt. Repräsentation kann deshalb nie erschöpfend aus dem Legitimationsprozeß als Beauftragung der Vertreter durch die Vertretenen erklärt werden.<sup>106)</sup> Das freie Mandat ist der deutlichste Ausdruck dafür (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 13 Abs. 2 BV). Repräsentation muß also auch von den Repräsentanten her verstanden, konstruiert und legitimiert sein.<sup>107)</sup>

Repräsentation des Volkswillens impliziert zweierlei: Fähigkeit und Freiheit, den Volkswillen darzustellen. Die Fähigkeit ist ein personales Element – eine Eigenschaft des Abgeordneten, Senators usw. Die Freiheit ist ein personales und organisches Element. Sie muß für die Person und für die Summe der zur Repräsentation berufenen Personen in ihrem organischen Zusammenschluß gesichert sein.

Das Bemühen, den Senat als eine zweite Repräsentation des bayerischen Volkes<sup>108)</sup> zu organisieren, tritt

---

105) S. dazu Gerhard Leibholz, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, 3. Aufl. 1966, S. 32 ff.; Theodor Maunz, in: M-D-H-Sch, RdNr. 1, 2 zu Art. 38 GG. Ebenso Peter Badura, in: Bonner Kommentar, Stand 37. Lieferung (1977), RdNr. 33 zu Art. 38.

106) S. etwa auch Reinhold Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl., 1975, S. 102 ff.

107) S. Leibholz, aaO. (Anm. 105) S. 72 ff.

108) S. dazu noch einmal Dr. Ehard, Sten.Ber. II S. 488: „Das Volk soll in dieser zweiten Kammer in einer anderen Form und in einer anderen Gliederung repräsentiert sein und zu Wort kommen als in dem rein parteipolitisch gegliederten Landtag“ (s. dens. a. Sten.Ber. IV S. 71 f.); Dr. Lacherbauer, Sten.Ber. IV S. 103; Nawiasky, N-L, S. 30, 35. S. ferner Zacher, Struktur und Stellung, S. 369. Dazu, daß der Senat eine Vertretung des Ganzen, nicht von Volksteilen sein soll, s. Küchenhoff, S. 80: „Der Senat ist infolgedessen nicht Vertreter von Korporationen in einem dualistischen Ständestaat, sondern Staatsorgan eines einheitlichen und ganzheitlichen Volks-, Rechts-, Kultur- und Sozialstaates, der dem Gemeinwohl dient (vgl. Art. 2, 3 BV). In dieser Einheit und Ganzheit wirkt der Senat mit, . . .“

denn auch in allen diesen Dimensionen zutage.<sup>109)</sup> Am vollkommensten zeigt sich das in der Analogie der parlamentarischen Autonomie von Landtag und Senat.<sup>110)</sup>

Auch für die persönliche Freiheit des einzelnen Senators, den Volkswillen darzustellen,<sup>111)</sup> finden sich prinzipiell die gleichen Sicherungen wie für den Landtagsabgeordneten, wobei auffällt, daß diese Gleichstellung von Senator und Abgeordneten im Kern von der Verfassung selbst angeordnet ist (Art. 38 Abs. 2 BV),<sup>112)</sup> während die organische Gleichstellung von Landtag und Senat weitgehend dem Gesetz überlassen war (Art. 42 Satz 1 BV).<sup>113)</sup> Die zentrale Gleichstellung im Status der Unabhängigkeit (des Verbots des imperativen Mandats: Art. 13 Abs. 2 BV, Art. 23 Satz 1 SenG)<sup>114)</sup> und im Verbot des Amtsmißbrauchs

---

109) Wie sehr sich das Recht des Bayerischen Senats darum bemüht, den Senat zu einer Repräsentation des Volkes zu gestalten, wird besonders deutlich vor dem Hintergrund der Schwierigkeiten, die Leibholz (aaO. Anm. 105, S. 182 ff.) für die repräsentative Struktur einer berufsständischen Interessenvertretung aufgezeigt hat.

110) S. für die Organautonomie Art. 20 BV, Art. 20 SenG für die Geschäftsordnungsautonomie Art. 20 BV, Art. 21 Abs. 1 SenG; für die Freiheit des Zutritts Art. 17 BV, Art. 19 SenG; für das Hausrecht Art. 21 Abs. 1 BV, § 12 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Senats; für die Haushaltsautonomie Art. 21 Abs. 2 BV, Art. 21 Abs. 2 SenG; für die Personalautonomie Art. 21 Abs. 2 BV, Art. 21 Abs. 2 SenG, Art. 186 des bayerischen Beamtengesetzes. – S. a. die analoge Regelung der Wahlprüfung: Art. 33 BV, Art. 18 SenG.

111) S. dazu und zum nachfolgenden auch *Küchenhoff*, S. 80; *Mayer-Tasch*, S. 74 f., s. a. *Zacher*, Diskussionsbeitrag usw. (Anm. 30) S. 90 f.

112) S. im einzelnen die Gleichstellung hinsichtlich der Freistellung von arbeits- und dienstrechtlichen Pflichten (Art. 30, 38 Abs. 2 BV), hinsichtlich Immunität, Indemnität und Zeugnisverweigerung (Art. 27, 28, 29, 38 Abs. 2 BV), hinsichtlich der Diäten und parlamentarischen Rechte (Art. 31, 38 Abs. 2 BV). Dazu, daß die prinzipielle Bedeutung dieser Gleichstellung vom Verfassungsgeber durchaus gesehen wurde, s. Dr. *Ehard*, Sten.Ber. II S. 503.

113) In den Verfassungsberatungen kamen diese Unterschiede freilich eher zufällig zustande. Man wollte die Bestimmungen der Verfassung über den Senat möglichst knapp halten. S. Sten.Ber. II S. 498 ff., insbes. S. 503 ff.

114) S. zu Schwierigkeiten und Bedeutung insbes. *Leibholz*, aaO. (Anm. 105) S. 186 ff. „Würde man die rechtliche Stellung der Delegierten organisationstechnisch... im Sinne einer parlamentarischen Repräsentation gestalten, würde man ihnen also etwa ein freies Entschließungsrecht einräumen, wie sie auch sonst selbständig stellen“, so wäre eine solche Körperschaft „in Wirklichkeit, vorausgesetzt daß ihr Zuständigkeitsbereich dem der Volksvertretung entsprechen würde, eine politische Repräsentation in einer dem Repräsentativsystem ähnlichen Weise. Sie würde sich von der geläufigen, repräsentativ-parlamentarischen Körperschaft nur dadurch unterscheiden, daß

(Art. 61 Abs. 3 BV, Art. 23 SenG) bleibt freilich auch insoweit dem Gesetz überlassen.<sup>115)</sup> Unterschiede in der persönlichen Stellung der Senatoren gegenüber der der Abgeordneten erklären sich vor allem daraus, daß die Abgeordneten in den Status des Berufspolitikers hineingewachsen sind, während die Senatoren aus ihrer beruflichen Herkunft so wenig als möglich herausgelöst sein sollen. Das zeigt sich in der gesetzlichen Ausführung der Verfassungszusage der Diäten<sup>116)</sup> und in den Vorschriften über die Inkompatibilität, die im wesentlichen nur berufsrichterliche Ämter Abgeordneten und Senatoren gleichermaßen streng verschließt.<sup>117)</sup> Die wechselseitige Ausschließlichkeit der Mitgliedschaft in Landtag und Senat (Art. 38 Abs. 1 BV) bildet den personalen Schlußstein des Gebäudes der doppelten und jeweils eigenständigen Repräsentation des Volkes durch Landtag und Senat.

Vor diesem Hintergrund prinzipieller Gleichstellung von Abgeordneten und Senatoren fallen die Ungleichheiten im passiven Wahlrecht und in der Amtsdauer um so mehr auf. Was die **passive Wahlfähigkeit** anlangt, gehen Landtags- und Senatsrecht von den gleichen allgemeinen Regeln aus (Art. 14 Satz 2 BV, Art. 12 SenG). Das Senatsrecht fügt jedoch zwei Voraussetzungen für die Wahl zum Senator hinzu, die dem Landtagswahlrecht fremd sind. Der Senator muß das 40. Lebensjahr

---

der als Akt der Kundgabe des Vertrauens dienende, die Abgeordneten zu Repräsentanten legitimierende Wahlmodus durch die Nominierung der Berufsverbände ersetzt wäre“ (S. 186 f.)

115) S. a. die parallelen Gründe für den Mandatsverlust: Art. 21 BV, Art. 17 SenG.

116) S. dazu Art. 5 ff. des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Bay. Landtags (Bay-AbgeordnetenG) v. 25. Juli 1977 (GVBl. S. 369); Gesetz über die Aufwandsentschädigung für die Mitglieder des bay. Senats vom 4. Dezember 1961 (GVBl. S. 247), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 23. Juli 1970 (GVBl. S. 302).

117) S. für die berufsrichterlichen Mitglieder des Verfassungsgerichtshofs Art. 68 Abs. 3 Satz 2 BV, Art. 7 VerfGHG; für sonstige berufsrichterliche Ämter Art. 5 des Rechtsstellungsgesetzes vom 23. Juni 1966, GVBl. S. 195. Hinsichtlich des Richteramtes am Bundesverfassungsgericht handelt es sich um eine Auslegungsfrage (§ 3 Abs. 3 BVerfGG), ebenso wie für ehrenamtliche Richter (§ 22 Nr. 1 VwGO, § 19 Nr. 1 FGO). S. dazu *W i d t m a n n*, Ist der Bayerische Senat eine gesetzgebende Körperschaft?, BayVBL. 12. Jahrg. (1966), S. 230 ff. m. w. Nachw. Eine analoge Auslegungsfrage stellt sich für das Amt des Bundespräsidenten (Art. 55 Abs. 1 GG). – S. demgegenüber die ungleiche Regelung in § 21 Abs. 2 des Deutschen Richtergesetzes und in Art. 1, 18, des Bayerischen Beamtengesetzes.

vollendet haben (Art. 36 Abs. 2 BV), und „er soll<sup>118)</sup> sich durch Rechtlichkeit, Sachkenntnis und Erfahrung auszeichnen“ (Art. 36 Abs. 3 BV). Vom Wesen der Repräsentation und insbesondere von der Aufgabe des Senats her, eine zweite, eigenständige „Rekonstruktion“ des Volkswillens darzustellen, möchte man einen Augenblick daran denken, ob der Senat nach Art. 36 Abs. 3 BV berufen sein soll, die qualitativ besseren Elemente im Volke zur Geltung zu bringen. Eine Analogie zwischen der Aufgabe der Verfassung, das bessere „Ich“ eines Volkes „gegen sich selbst darzustellen und durchzusetzen“,<sup>119)</sup> und dem Wesen des Senats als einer zweiten, eigenständigen Repräsentation scheint nahezuliegen.

Sollte der Senat etwa die besonders rechtlichen, sachkundigen und erfahrenen Elemente im Volk anstelle des ganzen Volkes repräsentieren? Damit wäre der Gedanke einer zweiten Volksrepräsentation jedoch desavouiert. Und für die rechtlich stärkere zusätzliche Voraussetzung der Wählbarkeit zum Senator kann dieser Gedankengang auch nicht vollzogen werden. Auf die M u ß -Voraussetzung des vollendeten 40. Lebensjahres angewandt würde es nämlich bedeuten, daß der Senat nur eine Repräsentation der über 40 Jahre alten wäre. Daß das nicht gemeint sein kann, bedarf keiner näheren Begründung. Was nun aber können Art. 36 Abs. 2 und 3 BV für die senatoriale Repräsentation wirklich bedeuten? Sie sind ein weiteres Element der Andersartigkeit der senatorialen Repräsentation des Volkes gegenüber der parteipolitisch-parlamentarischen. Kraft seines Alters, seiner Rechtlichkeit, seiner Sachkenntnis und Erfahrung soll der Senator in besonderem Maß personal befähigt sein, den Volkswillen darzustellen. Der Abgeordnete bringt in sein Amt ein, daß er ad personam u n d als Exponent seiner Partei im Stimmkreis oder im Wahlkreis gewählt wurde, daß er also eine politische Richtung repräsentiert, auf die sich aktuell ein hinreichender Anteil der Aktivbürger einigen konnte. Diese Legitimation fehlt dem Senator und soll ihm fehlen. Er soll es aber auch so gut als möglich ausgleichen durch seine spezifische personale Qualifikation, wie sie der Abgeordnete auch haben kann, aber nicht kraft Rechtsnorm haben muß oder soll.<sup>120)</sup>

Die andere hervorstechende Abweichung des Senats vom Landtag betrifft die **Wahlperiode**. Der Landtag wird auf vier Jahre gewählt (Art. 16 Abs. 1 Satz 1 BV). Die Zeit kann abgekürzt (Art. 18 BV), nicht aber ver-

---

118) Hervorhebung nicht im Original

119) Herbert K r ü g e r, Art. „Verfassung“, HDSW Bd. 11, 1961, S. 72 ff. (74).

120) S. auch Dr. H u n d h a m m e r, Sten.Ber. II S. 495, 502; K ü c h e n h o f f, S. 80.



längert werden. Bei der Neuwahl stehen alle Abgeordneten zur Disposition der Wähler. Die Senatoren werden auf sechs Jahre bestellt und zwar so, daß alle zwei Jahre ein Drittel neu gewählt wird (Art. 37 Abs. 1 BV). Diese Regelung bringt zunächst einmal die Andersartigkeit der senatorialen Repräsentation von der Basis her zum Ausdruck. Der Senator benötigt nicht so sehr die aktuelle politische Legitimation wie der Abgeordnete – daher die längere Amtszeit. Und der Senat soll nicht eine Momentaufnahme der parteipolitischen Gliederung der Aktivbürgerschaft sein, daher die roulierende Erneuerung. Die Regelung bringt aber doch auch zum Ausdruck, wie sehr es für den Senat auf Erfahrung ankommt. Die Regelung des Zugangs zum Amt des Senators (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV) und die Regelung der Amtsdauer des Senators (Art. 37 BV) sind insofern zwei Seiten derselben Medaille.

Im Hintergrund dieser Regelung steht freilich noch ein weitergehender Gedanke. Der Senat soll ein Element der Stabilität im Verfassungsgefüge bilden.<sup>121)</sup> Die Notwendigkeit eines stabilen, ständigen parlamentarischen Gremiums neben dem Landtag mochte dem Verfassungsgeber von seiner historischen Erfahrung her geboten erscheinen, die seit der Weimarer Zeit durch Parlamentsauflösung und häufige Neuwahlen – wenn auch mehr im Reich und im Ausland, denn in Bayern – gekennzeichnet war.<sup>122)</sup> Diese Erfahrung hat sich so nicht wiederholt. In der Kontinuität und stets nur teilweisen Erneuerung des Senats manifestiert sich aber auch einmal mehr der Wille des Verfassungsgebers, im Senat das Volk in seiner „natürlichen“ Verfassung wiederzugeben. Das Postulat der „Natürlichkeit“ findet sich hier in der Zeitdimension. Das Prinzip der alle vier Jahre fixierten Momentaufnahme der parteipolitischen Integration der Aktivbürgerschaft hat einen hohen Grad von Künstlichkeit. Das gilt für die Veränderungen, die in totalen Neuwahlen zum Ausdruck kommen, ebenso wie für die Stabilität, mit der die Zusammensetzung des Parlaments auf vier Jahre erhalten bleibt. Ein Organ, das sich in kürzeren Abständen, aber stets nur teilweise erneuert, bringt die „natürliche“ Kontinuität der politischen Haltungen im Volk ebenso zum Ausdruck wie deren „natürlichen“ permanenten Fluß.

---

121) S. o. B II 2 a cc.

122) S. dazu Hans Nawiasky, aaO. (Anm. 78), Ein Jahrzehnt Bayerische Verfassung, S. 355 f., der noch einmal auf die besondere Sorge des Verfassungsgebers um die Sicherung der Stabilität hinweist.

Endlich kommt die personale Konzeption des Senats in der Zahl seiner Mitglieder zum Ausdruck, die mit 60 bei weniger als einem Drittel des Landtags liegt (Art. 38 des Landeswahlgesetzes; Art. 35 BV).<sup>123)</sup>

### **b) Konsequenzen für die Natur der „Körperschaften“**

Von all dem ist nun aber zurückzuschließen darauf, daß der Verfassungsgeber den „Körperschaften“ zugetraut hat, Senatoren zu entsenden, die diesen Ansprüchen genügen. Er muß sich, soll er sein System ernst genommen haben, unter Körperschaften Organisationen vorgestellt haben, die kraft der qualitativen und quantitativen Bedeutung ihrer Organisation

- ein hinreichendes Reservoir an „senatorialen“ Persönlichkeiten haben,
- die Gewähr dafür bieten, unter ihnen richtig – insbesondere unter Erfüllung des ihnen vollends anvertrauten Prinzips des Art. 36 Abs. 3 BV – auszuwählen,
- fähig und bereit sein, ihr unabhängiges Wirken – unter Verzicht auf ein imperatives Mandat und für die Dauer von sechs Jahren – hinzunehmen und
- die Kontinuität der „natürlichen Gliederung“ des Volkes ebenso reflektieren wie deren permanente Veränderung.

Das bedeutet zunächst eine Bekräftigung und Vertiefung der Postulate der Eigenaufgabe und der Wesentlichkeit der Organisation, ihrer inneren Vielfalt und der gesellschaftlichen Bewährung der Verbände. Alles was bisher über die Natur der „Körperschaften“ als Grundlage einer der parteipolitisch-parlamentarischen Repräsentation des Volkes im Landtag gegenüber eigenständigen Repräsentation des Volkes durch den Senat gesagt wurde, muß ihnen ebenso von „oben“, von Idee, Stellung und Aufgabe des Senats und den Senatoren her abverlangt werden. Zu ergänzen ist allenfalls, was das für den Senator bedeutet – oder für den „Kandidaten“, der Senator werden soll. Seine Legitimation beruht wesentlich auf bereichs- und verbandsspezifischer Erfahrung und Bewährung.<sup>124)</sup> Diese soll ihn aber nicht zu verbandsgewebener, sondern zu unabhängiger, allgemeiner Repräsentation legitimieren.

Der institutionelle Zweck des Systems bedeutet Zusätzliches aber für die Größenordnung der verbandlichen Basis des Senats. Er bedeutet,

---

123) S. Singer, S. 15. Zur Entwicklung der Zahl der Abgeordneten s. Zacher, Verfassungsentwicklung, S. 342 ff.

124) S. a. Sten.Ber. II S. 502.

daß die entsendende „Körperschaft“ oder die Gruppe der zur Senatorenwahl verbundenen „Körperschaften“ einerseits und die Zahl der von ihr entsendenden Senatoren eine **Mindestgröße** aufweisen müssen. Nur so ist eine entsprechende Auswahl senatorialer Persönlichkeiten möglich. Nur so kann der Meinungsvielfalt innerhalb einer „Gliederung“ des Volkes Raum und Ausdruck gegeben werden. Nur so kann Kontinuität und Veränderung innerhalb einer Gruppe Ausdruck finden. Nur so endlich ist eine hinreichende Unabhängigkeit des Senators von seinem Verbandshintergrund denkbar.

Die Verfassung realisiert auch dieses Prinzip. Die rechnerische Durchschnittsgröße der von ihr vorgesehenen Gruppe beträgt sechs Senatoren. Die häufigste Gruppengröße ist fünf Senatoren (Industrie und Handel, Handwerk, Genossenschaften, Religionsgemeinschaften und Wohltätigkeitsorganisationen). Über dieser Größe liegt eine Gruppe von sechs Senatoren (Gemeinden und Gemeindeverbände) und liegen zwei Gruppen von elf Senatoren (Land- und Forstwirtschaft und Gewerkschaften). Unter ihr liegen zwei Gruppen: vier Senatoren der freien Berufe und drei Senatoren der Hochschulen und Akademien.

### III. Zusammenfassung

Diese Überlegungen<sup>125)</sup> lassen sich zusammenfassen wie folgt.

#### 1. Systematisch-teleologische Ausgangspunkte

(a) Der Senat soll eine Repräsentation des Volkes sein. Diese Repräsentation ist negativ gekennzeichnet dadurch, daß sie sich nicht parteipolitisch konstituiert wie die Repräsentation des Volkes durch den Landtag. Als Alternative zur parteipolitisch-parlamentarischen Repräsentation durch den Landtag steht die Repräsentation durch die aus korporativ-organischer Grundlage hervorgegangenen personal-qualifizierten Senatoren.

(b) Die Konzeption des Senats beruht auf zwei elementaren Verbindungen:

- Die **Verbindung des Sachprinzips mit dem organisatorischen Prinzip**.<sup>126)</sup>

---

125) S. o. B I und II.

126) S. dazu noch einmal Z a c h e r, Struktur und Stellung, S. 369 ff.

Lebensbereiche zählen „als natürliche Gliederungen des Volkes“, die im Senat zum Ausdruck kommen sollen, soweit sie organisiert sind. Organisationen zählen, soweit ihnen elementare, partikulare Lebensbereiche entsprechen.

– Die **Verbindung der sachlich-partikularen und korporativen Grundlage mit der senatorialen Repräsentation.**

Das Medium, auf der partikular-korporativen Grundlage eine Repräsentation des gesamten Volkes zu erreichen, bildet der Typus des unabhängigen, bewährten, erfahrenen, sachkundigen Senators. Im Interesse einer sowohl demokratischen als auch nicht-parteilpolitischen Konstitution des Senats muß die Legitimation der Senatoren partikularverbandlich gewährleistet sein. Die partikular-korporative Grundlage aber muß geeignet sein, den als Repräsentanten des ganzen Volkes qualifizierten Senator hervorzubringen und unabhängig wirken zu lassen.

## **2. Definition der „Körperschaften“**

Für eine Definition der „Körperschaften“ im Sinne der Art. 34, 36 Abs. 1, 42 Satz 2 BV ergibt sich daraus folgendes.

### **a) Sachliche Elemente**

„Körperschaften“ sind Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts, die

- außerhalb der unmittelbaren Staatsorganisation
- kommunale Aufgaben oder andere partikulare, aber wesentliche und vielfältige gesellschaftliche Aufgaben sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Charakters
- auf Dauer und nicht nur vorübergehend
- in sich in eigener Verantwortung und nicht nur durch Artikulation von Interessen und Meinungen nach außen, insbesondere nicht nur durch Einflußnahme auf staatliche und kommunale Politik und Öffentlichkeit

erfüllen.

„Körperschaften“ müssen elementaren gesellschaftlichen Gliederungen entsprechen, die weder mit allgemeinpolitischen (parteilpolitischen) Gruppierungen identifiziert werden, noch von ihnen absorbiert werden können. Von letzterem Erfordernis gilt eine Einschränkung für die Kommunen, da sie nach Art. 11 Abs. 4 BV zugleich dem Aufbau der staatlichen Demokratie dienen.

Wo einem Lebensbereich eine Vielzahl von Organisationen entspricht, müssen die vorgenannten Kriterien

- die Auswahl der an der Wahl der Senatoren beteiligten „Körperschaften“ und
- ihre Zusammenfassung zu einem Wahlgremium

bestimmen. Jedenfalls die so gebildete Gesamtheit von „Körperschaften“ ist nach den vorgenannten Kriterien zu beurteilen.

### **b) Personale Elemente**

Eine Organisation entspricht den Anforderungen einer „Körperschaft“ um so mehr,

- je schwerer verfügbar und je höher im Rang der individuellen Entscheidungshierarchie die personale Eigenschaft ist, welche die Mitgliedschaft in ihr ermöglicht,
- je mehr diese Eigenschaft den allgemeinpolitischen (parteilpolitischen) Einstellungen und Einflüssen vorgegeben und nicht von ihnen abhängig ist.

Angesichts der unterschiedlichen Intensität, in der diese Voraussetzungen vorliegen, ist abzuwägen,

- ob eine Organisation, für welche diese tendenziellen Elemente schwächer ausgeprägt sind, durch die verbleibenden Merkmale hinreichend als „Körperschaft“ geprägt ist, wobei auch die Entschiedenheit des Hervortretens der notwendigen Elemente berücksichtigt werden kann; und
- ob der Senat insgesamt dadurch charakterisiert ist, daß die in ihn entsendenden „Körperschaften“ diese finalen Elemente aufweisen.

### **c) Institutionelle Elemente**

Die „Körperschaften“ müssen geeignet sein, Senatoren zu stellen, deren personale Kompetenz die Schwäche ihrer demokratischen Legitimation so gut als möglich kompensiert. Diese Kompetenz drückt sich aus in den Merkmalen der Sachkunde, der Rechtlichkeit, der Lebenserfahrung, der Verantwortlichkeit gegenüber der Allgemeinheit und der Unabhängigkeit von partikularen Mandaten. „Körperschaften“ müssen deshalb

- durch die Bedeutung ihrer Aufgaben und durch Art und Umfang ihrer Organisation sowie
- durch die Zahl der Senatoren, welche jene Organisationen (allein oder zusammen mit anderen) zur Vertretung einer Gruppe (einer Gliederung) insgesamt in den Senat entsenden können,

befähigt sein,

- eine hinreichende Zahl an qualifizierten Senatoren zu stellen,

Lebensbereiche zählen „als natürliche Gliederungen des Volkes“, die im Senat zum Ausdruck kommen sollen, soweit sie organisiert sind. Organisationen zählen, soweit ihnen elementare, partikulare Lebensbereiche entsprechen.

– Die **Verbindung der sachlich-partikularen und korporativen Grundlage mit der senatorialen Repräsentation.**

Das Medium, auf der partikular-korporativen Grundlage eine Repräsentation des gesamten Volkes zu erreichen, bildet der Typus des unabhängigen, bewährten, erfahrenen, sachkundigen Senators. Im Interesse einer sowohl demokratischen als auch nicht-parteilpolitischen Konstitution des Senats muß die Legitimation der Senatoren partikularverbandlich gewährleistet sein. Die partikular-korporative Grundlage aber muß geeignet sein, den als Repräsentanten des ganzen Volkes qualifizierten Senator hervorzubringen und unabhängig wirken zu lassen.

## **2. Definition der „Körperschaften“**

Für eine Definition der „Körperschaften“ im Sinne der Art. 34, 36 Abs. 1, 42 Satz 2 BV ergibt sich daraus folgendes.

### **a) Sachliche Elemente**

„Körperschaften“ sind Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts, die

- außerhalb der unmittelbaren Staatsorganisation
- kommunale Aufgaben oder andere partikulare, aber wesentliche und vielfältige gesellschaftliche Aufgaben sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Charakters
- auf Dauer und nicht nur vorübergehend
- in sich in eigener Verantwortung und nicht nur durch Artikulation von Interessen und Meinungen nach außen, insbesondere nicht nur durch Einflußnahme auf staatliche und kommunale Politik und Öffentlichkeit

erfüllen.

„Körperschaften“ müssen elementaren gesellschaftlichen Gliederungen entsprechen, die weder mit allgemeinpolitischen (parteilpolitischen) Gruppierungen identifiziert werden, noch von ihnen absorbiert werden können. Von letzterem Erfordernis gilt eine Einschränkung für die Kommunen, da sie nach Art. 11 Abs. 4 BV zugleich dem Aufbau der staatlichen Demokratie dienen.

Wo einem Lebensbereich eine Vielzahl von Organisationen entspricht, müssen die vorgenannten Kriterien

- die Auswahl der an der Wahl der Senatoren beteiligten „Körperschaften“ und
- ihre Zusammenfassung zu einem Wahlgremium

bestimmen. Jedenfalls die so gebildete Gesamtheit von „Körperschaften“ ist nach den vorgenannten Kriterien zu beurteilen.

### **b) Personale Elemente**

Eine Organisation entspricht den Anforderungen einer „Körperschaft“ um so mehr,

- je schwerer verfügbar und je höher im Rang der individuellen Entscheidungshierarchie die personale Eigenschaft ist, welche die Mitgliedschaft in ihr ermöglicht,
- je mehr diese Eigenschaft den allgemeinpolitischen (parteipolitischen) Einstellungen und Einflüssen vorgegeben und nicht von ihnen abhängig ist.

Angesichts der unterschiedlichen Intensität, in der diese Voraussetzungen vorliegen, ist abzuwägen,

- ob eine Organisation, für welche diese tendenziellen Elemente schwächer ausgeprägt sind, durch die verbleibenden Merkmale hinreichend als „Körperschaft“ geprägt ist, wobei auch die Entschiedenheit des Hervortretens der notwendigen Elemente berücksichtigt werden kann; und
- ob der Senat insgesamt dadurch charakterisiert ist, daß die in ihn entsendenden „Körperschaften“ diese finalen Elemente aufweisen.

### **c) Institutionelle Elemente**

Die „Körperschaften“ müssen geeignet sein, Senatoren zu stellen, deren personale Kompetenz die Schwäche ihrer demokratischen Legitimation so gut als möglich kompensiert. Diese Kompetenz drückt sich aus in den Merkmalen der Sachkunde, der Rechtlichkeit, der Lebenserfahrung, der Verantwortlichkeit gegenüber der Allgemeinheit und der Unabhängigkeit von partikularen Mandaten. „Körperschaften“ müssen deshalb

- durch die Bedeutung ihrer Aufgaben und durch Art und Umfang ihrer Organisation sowie
- durch die Zahl der Senatoren, welche jene Organisationen (allein oder zusammen mit anderen) zur Vertretung einer Gruppe (einer Gliederung) insgesamt in den Senat entsenden können, befähigt sein,
- eine hinreichende Zahl an qualifizierten Senatoren zu stellen,

- diese optimal auszuwählen und
- ihr von ihnen unabhängiges Wirken uneingeschränkt in Kauf zu nehmen.

Letzteres gilt für die Religionsgemeinschaften nur begrenzt (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV).<sup>127)</sup>

---

127) Doch liegt auch in dieser Ausnahme eine Bestätigung der Regel.



## **C) EIGENART UND BEDEUTUNG VORLIEGENDER ÄNDERUNGSVORSCHLÄGE**

### **I. Die Repräsentation von Frauen**

Eines der ältesten Anliegen, die Zusammensetzung des Senates zu verändern, ist die Repräsentation der Frau im Senat. Der Verfassungsgeber wies den Vorschlag zurück.<sup>128)</sup> Seinen Anregungen folgend, trägt das Senatsgesetz dem Interesse an der Repräsentation der Frau im Senat durch die Vorschrift des Art. 11 Rechnung:

„Bei der Aufstellung der Kandidaten sollen Frauen entsprechend ihrer Zahl und Bedeutung innerhalb der Organisation berücksichtigt werden.“

Mehr konnte in dieser Richtung nicht geschehen. Frauen sind – man erlaube das Wortspiel – nicht ein Teil der Gesellschaft, sondern die Hälfte der Gesellschaft. Frauen als eine Gesamtheit lassen sich nicht organisieren – so wie die Gesellschaft sich nicht anders organisieren läßt als eben als Gesamtheit (also staatlich und parteipolitisch-parlamentarisch) oder nach Maßgabe der besonderen Lebensbereiche (also partikular-korporativ), in denen Männer und Frauen weitgehend in gleicher Weise integriert sind.

Daß es Frauenorganisationen gibt, würde ihre Berücksichtigung als „Körperschaften“ nur dann erlauben, wenn gerade sie einem eigenen, partikularen Lebensbereich entsprächen. Auch das ist nicht der Fall. Ob einzelne Frauenorganisationen in den Kreis bereits spezifischer Körperschaften (z. B. der Genossenschaften, der Wohltätigkeitsorganisationen oder der Gewerkschaften) gehören, ist eine konkrete Frage.

### **II. Richter, Verwaltungsfunktionäre oder Altpolitiker**

Schon früh wurde auch bedauert, daß dem Senat nicht Experten aus dem Bereich der Verwaltung und Rechtsprechung angehören.<sup>129)</sup> Der Vorschlag könnte sich – neben anderen Vorbildern – auf die Bemühun-

128) S. aus den Verfassungsverhandlungen Sten.Ber. II S. 499 ff.

129) Otto Barbarino, Staatsform und politische Willensbildung, 1949, S. 397 f., 402; Staatsvereinfachung, S. 26; Wilhelm Hoegner nach Kalkbrenner S. 167.

gen um die Reform der Kammer der Reichsräte vor dem Ende der bayerischen Monarchie berufen. Danach sollten u. a. die Präsidenten des Obersten Landesgerichts und des Verwaltungsgerichtshofes in die Kammer der Reichsräte einrücken.<sup>130)</sup> Denkbar wäre in diesem Sinne auch, altgediente Ministerpräsidenten oder auch Minister usw. in den Senat einrücken zu lassen.<sup>131)</sup>

Solche Vorschläge verlassen das Prinzip der partikular-korporativen Grundlage des Senats. Der Staat wäre es, der diese Senatoren entsendet – bei Senatoren kraft (früheren) Amtes, indem er sie in ein Amt beruft, indem er über ihre „Eignung“ disponiert; im übrigen durch die Berufung seitens eines staatlichen Organs (des Ministerpräsidenten, der Regierung, des Landtags oder des kooptierenden Senates selbst). Solche Vorschläge verselbständigten auch das Element der Bewährung, der Erfahrung und Sachkunde gegenüber der Notwendigkeit, daß diese Bewährung und Erfahrung aus einem partikular-korporativen Grund herauswächst.

### III. Regionale Vertreter

Angemahnt wird auch das Fehlen landsmannschaftlicher Vertreter im Senat.<sup>132)</sup> Soweit damit gemeint ist, daß Vertreter der Regionen des Landes fehlen, handelt es sich um eine Nuancierung des Art. 35 Satz 2 Nr. 10 BV. Die Gebietskörperschaften sind Ausdruck der regionalen Gliederung des Landes (Art. 10 BV).

Art. 10 SenG realisiert Art. 35 Satz 2 Nr. 10 BV allerdings dadurch, daß er den Organisationen der Gemeinden (Bayerischer Gemeindetag), Städte (Bayerischer Städteverband) und Landkreise (Landkreisverband Bayern) je zwei Sitze zuteilt. Das bedeutet, daß einzelne Regionen nicht als solche repräsentiert werden können. Und es bedeutet, daß die Bezirke als die größten regionalen Einheiten des Landes überhaupt nicht berücksichtigt sind. Art. 10 SenG versteht Art. 35 Satz 2 Nr. 10 BV demnach so, daß die lokalen und regionalen Organisationen als Gattung vertreten werden sollen, nicht als Repräsentation von Regionen. Angesichts der in Art. 35 Satz 2 Nr. 10 BV zugeteilten Zahl der Senatssitze bleibt dem Gesetz aber keine andere Wahl.

---

130) S. dazu Kalkbrenner, S. 141 ff.; Willy Albrecht, Landtag und Regierung in Bayern am Vorabend der Revolution von 1918, 1968, S. 271.

131) So Hoegner nach Kalkbrenner, S. 167.

132) Barbarino, aaO. (Anm. 129) S. 398; Staatsvereinfachung in Bayern, S. 26; besonders eingehend Kalkbrenner, S. 164 ff.

Eine Veränderung in Richtung auf die Repräsentation von Regionen wäre nicht denkbar, ohne die Veränderung der Zahl der in Art. 35 Satz 2 Nr. 10 BV zugewiesenen Sitze.<sup>133)</sup>

Wollte man etwa jedem Bezirk einen Senator zuteilen, so würde sich ferner die Frage nach der Distanz von parteipolitisch-parlamentarischer und senatorialer Repräsentation stellen. Sollten die Senatoren etwa von Bezirkstagen gewählt werden, so wäre sie besonders drängend, weil die Bezirkstage zusammen mit dem Landtag gewählt werden.<sup>134)</sup>

Eine solche Vertretung der Bezirke könnte auch kaum eine Zurücksetzung der Gemeinden und Landkreise vermeiden. Die in der Verfassung stärker betonten Gemeinden (Art. 11, 83 BV) wären also von den Bezirken verdrängt. Die „gemeindlicheren“ Gebietskörperschaften wären zugunsten der weniger „gemeindlichen“ (Art. 34 BV) zurückgesetzt.

So scheint es, daß das Senatsgesetz auch unter diesen Aspekten die prinzipiell richtige Wahl getroffen hat; denn in den kommunalen Organisationen, wie sie Art. 10 SenG nennt, wird die parteipolitische Komponente von den spezifischen Problemen der kommunalen Selbstverwaltung überlagert.

Sollten mit den entsprechenden Reformvorschlägen dagegen nicht als solche „organisierte“ bayerische Landschaften gemeint sein, so verließen diese Vorschläge damit schon das korporative Prinzip.

#### **IV. Die Vorschläge des Volksbegehrens, Sport-, Naturschutz- und Behindertenverbände in den Kreis der „Körperschaften“ aufzunehmen**

##### **1. Das Konfliktfeld im Verhältnis zur gegebenen Konzeption des Senats**

Wesentlich anderer Natur sind die Vorschläge, die das Volksbegehren vom Herbst 1977 zur Diskussion gestellt hat.<sup>135)</sup> Sie konfrontieren die Problematik des Senates mit der Problematik der modernen Verbände-

---

133) So auch Staatsvereinfachung, aaO. (Anm. 132).

134) Art. 1 Abs. 2 des Bezirkswahlgesetzes i. d. F. der Bekanntmachung vom 5. September 1958 (GVBl. S. 234).

135) S. o. A II.

gesellschaft.<sup>136)</sup> Zugleich konfrontieren sie die Problematik des Senates mit den Tendenzen, die Verbände in das verfaßte Gemeinwesen generell durch ein parlamentarisches und parlamentsähnliches Organ (in der – unklaren – Form eines Wirtschafts- und Sozialrates) zu integrieren.<sup>137)</sup>

### **a) Die nicht-„körperschaftlichen“ Verbandstypen**

Um diese Konfrontation zu bewältigen, ist es weder nützlich noch notwendig, die Versuche und Möglichkeiten einer Systematisierung des Verbändewesens nachzuzeichnen. Die entscheidenden Parameter können nur die Konzeptionen des Senats und der ihm entsprechenden „Körperschaften“ sein. Und das Volksbegehren gibt Beispiele für diejenigen Verbändetypen, die „politisch“ zunächst für die Auseinandersetzung anstehen. Führt man diese beiden Elemente – die „Körperschaften“ einerseits und die Beispiele des Volksbegehrens andererseits – aufeinander zu, so lassen sich die Abweichungstendenzen in drei Verbandstypen zusammenfassen.

#### **aa) Der Partizipationsverband**

ist ein Zusammenschluß derer, die auf Entscheidungen oder Haltungen des Staates oder anderer öffentlich-rechtlicher Organisationen oder auf eine Öffentlichkeit Einfluß nehmen wollen, ohne dabei erkennbar im wesentlichen eigene Interessen zu verfolgen. Der verbreitetste Typ ist die „Bürgerinitiative“.<sup>138)</sup> Verbreitet sind auch über die „Bürgerinitiativen“ hinaus „Schutzverbände“, die einen Zustand oder Bestand schützen wollen, oder „Reformverbände“, die eine Veränderung wol-

---

136) S. dazu z. B. Klaus von Beyme, Interessengruppen in der Demokratie, 1969; Thomas Ellwein, Die großen Interessenverbände und ihr Einfluß, Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage 48/73 zur Wochenzeitung „Das Parlament“ v. 1. 2. 1973, S. 22 f.; Heinz Josef Varein (Herausgeber), Interessenverbände in Deutschland, 1973; Hans Herbert von Arnim, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977; je m. w. Nachw.

137) S. dazu statt aller anderen Klaus Stern, Zur Einführung eines Wirtschafts- und Sozialrates, aaO. (Anm. 8), S. 103 ff.; Karsten Winterhoff, Historischer und vergleichender Überblick über Modelle eines Wirtschafts- und Sozialrates in Deutschland und in den Nachbarstaaten, aaO. (Anm. 7), S. 115 ff.; Hans Herbert v. Arnim, aaO. S. 384 ff. Axel Saipa, Wirtschaftsrate und Gesamtwirtschaftliche Mitbestimmung, aaO. (Anm. 36), S. 497 ff.; w. Nachw. s. bei den Zitierten.

138) S. dazu Peter Cornelius Mayer-Tasch, Die Bürgerinitiativbewegung, 1976.

len. Nicht selten schließt sich auch der Kreis: wenn die erstrebte Reform darin besteht, daß ein Gemeinschaftsgut mehr als bisher geschützt wird.

Partizipationsverbände sind pressure groups im „reinsten Sinne“: gekennzeichnet durch den Druck, den sie ausüben wollen, die Aufmerksamkeit für „ihre“ Sache, die sie erregen wollen – nicht dagegen, wie pressure groups gemeinhin – durch das eigene wirtschaftliche Interesse, das sie verfolgen. Sie entsprechen keiner elementaren gesellschaftlichen Gliederung, insbesondere keiner schwer verfügbaren Eigenschaft ihrer Mitglieder. Sie sind so nicht partikular in dem hier entwickelten Sinn. Sie sind auf das Gemeinwesen, auf das Ganze, oder doch auf die Weite einer Öffentlichkeit – also auf etwa das Gegenteil von einer partikularen Struktur – bezogen. Die Zuordnung folgt im allgemeinen nicht schwer verfügbaren Eigenschaften. Die Mitgliedschaft hängt von der gemeinsamen Einstellung zu dem Entscheidungsgegenstand ab, mit dem sich die Vereinigung befaßt. Das alles macht sie den Parteien ähnlich.<sup>139)</sup> Von ihnen unterscheiden sie sich jedenfalls dadurch, daß sie kein gesamtpolitisches Konzept verfolgen. Sie sind gewissermaßen sachlich (thematisch) beschränkte Parteien. In der Regel unterscheiden sich Partizipationsverbände von den Parteien auch dadurch, daß sie nicht unmittelbar ein parlamentarisches Mandat anstreben und sich also auch nicht dem Wähler zur Bundes- und Landtagswahl stellen. Wie leicht sich die Erscheinungen vermischen, zeigt sich darin, in welchem Umfang Bürgerinitiativen im kommunalen Wahlkampf zu Rathausparteien werden, und in welchem Umfang „Umweltschutzgruppen“ derzeit – auf „grünen Listen“ – überall in Europa an Parlamentswahlen teilnehmen. Damit ist auch schon Wesentliches über die Problematik des Zuganges solcher Partizipationsverbände zum Senat gesagt. Erneut ist an die zentrale Absicht des Verfassungsgebers zu erinnern, das parteipolitische Repräsentationssystem des Landtags und das korporative Repräsentationssystem des Senats als klaren K o n t r a s t zu konstruieren.<sup>140)</sup> Der Zugang von Partizipationsverbänden zum Senat würde gerade diesen Kontrast mindern. Wenn Partizipationsverbände den Zugang zum Landtag suchen, unterliegen sie den gleichen Regeln wie Parteien. Sie müssen sich den Wählern stellen. Der Zwang zur Ausweitung des Programms ist unausweichlich. Der Zugang zum Senat enthebt sie dieser Notwendigkeit, ohne daß sie den spezifischen Prämissen und Kontrollen des korporativen Systems unterlägen. Der Verzicht darauf, „Körperschaf-

---

139) S. dazu auch o. B I 3.

140) S. o. A I, B I 3.

### cc) Als Sekundärverbände

seien hier Verbände bezeichnet, die zwar an Partikulares anknüpfen und die partikularen Probleme auch mehr oder minder in sich zu lösen suchen, die aber nicht an ein schwer verfügbares, in Sonderheit nicht an ein hochrangiges individuelles Merkmal anknüpfen und keiner elementaren, in sich vielfältigen gesellschaftlichen Gliederung entsprechen.

Der Begriff der „Sekundärverbände“ ist somit rein als Kontrastbegriff zur „Körperschaft“ zu verstehen. Während die „Interessenverbände“ ein bekanntes Phänomen der Verbände-gesellschaft sind, und während es sich auch bei den „Partizipationsverbänden“ nur um die Benennung eines in der gegebenen Quantität und Qualität relativ jungen, aber trotz aller Vielfalt klar und eigenständig hervortretenden Phänomens des politischen und gesellschaftlichen Systems handelt, gibt erst ein korporativ-organischer Ansatz wie der des Bayerischen Senats Anlaß, zwischen Primär- und Sekundärverbänden zu unterscheiden. Um Mißverständnisse zu vermeiden, muß freilich klargestellt werden, daß es den Unterschied zwischen elementaren, etwa an Beruf oder religiöses Bekenntnis anknüpfenden Organisationen und den vielfältigen Organisationen, welche sekundäre menschliche Gemeinsamkeiten zum Ausdruck bringen, „in der Natur“ durchaus gibt. Nur das Bedürfnis nach seiner begrifflichen Artikulation ist nicht allgemein.

Die Vielfalt von Sekundärverbänden kann und braucht hier nicht analysiert zu werden. Zu denken ist an eine so „einschneidende“ Gemeinsamkeit wie Halten und Fahren von Kraftfahrzeugen (Automobilverbände), an Gemeinsamkeiten des Lebensalters (Jugend- und Altenverbände), an die „Gemeinsamkeit früherer Gemeinsamkeit“ (Ehemaligen-, Pensionisten-, Veteranenverbände) an die Pflege von Traditionen (z. B. Trachten-Verbände) und Ideen (Europa-Verbände), an das gemeinsame Interesse an geselligen Aktivitäten (Reisen, Veranstaltungen, Spielen usw.), an gemeinsame kulturelle Interessen aktiver (z. B. Musik-Ausübender) oder passiver Natur (z. B. in bezug auf Theaterbesuche, Konzerte usw.). Im Gegensatz zum elementaren Ansatz der beruflichen Gemeinsamkeiten (Art. 35 Satz 2 Nr. 1–5 BV) kann vieles davon als sekundäre Gemeinsamkeit im Freizeitbereich bezeichnet werden.

Mitunter prägt eine Gemeinsamkeit das individuelle Schicksal zwar einschneidend, schafft gleichwohl aber keine elementare gesellschaft-

liche Gliederung. Hier ist der personale Bezug vielleicht zwar eindeutig und weithin unverfügbar (z. B. das Geschlecht, die Verbrauchereigenschaft), aber er ist zu allgemein, um eine parikulare Gemeinschaft zu stiften. Oder die Gemeinsamkeit besteht in einem Defizit (Kriegs- oder Regimeschaden, Vertreibung usw.). Was sich hier organisieren läßt, ist in erster Linie die Artikulation und die Durchsetzung des Interesses an Hilfe und Gerechtigkeit nach außen, während die Betroffenen in ihren sonstigen unterschiedlichen Sozialbezügen bleiben und bleiben sollen. Mitunter führt eine Gemeinsamkeit auch nur zur Partizipation (z. B. bei Eltern im Schulzusammenhang). In allen diesen Fällen fehlt – interdependent zum „sekundären“, spezifischen Merkmal der personalen Zuordnung – der Organisation das Merkmal **komplexer Aufgabenstellung**, das dem Charakter des Sekundärverbandes tendenziell zuwiderläuft.

Zu denken ist auch an das Merkmal der **Dauer** der Aufgabe und der Organisation. Sekundärverbände sind in reicher Vielfalt sowohl ständig als auch unständig. Je nach der Bedeutung, Komplexität und Stetigkeit der Aufgabe fehlt den Sekundärverbänden schließlich auch die Möglichkeit, sich durch innere Bewährung in der Wahrnehmung einer wichtigen gesellschaftlichen Aufgabe für die Entsendung von Senatoren zu qualifizieren und den in ihnen wirkenden Persönlichkeiten Raum zu geben, die personale senatoriale Qualifikation zu erwerben.

## **b) Gemeinsamkeiten dieser nicht-„körperschaftlichen“ Verbandstypen**

**Gemeinsam** ist allen drei Verbandstypen, daß ihre Aufgabe **nicht umfassend, vielfältig und komplex** ist. Alle diese Organisationen drängen zur **Spezialität**. Damit verbunden ist eine Reihe von Eigenschaften, die dem Charakter der „Körperschaft“ – was immer heißen soll: dem Wesen der senatorialen Repräsentation – zuwiderlaufen.

- Die Verbände sind **zeitgebunden – konkret**. Insbesondere Partizipationsverbände sind entsprechend kurzlebig. Aber auch Interessen- und Sekundärverbände sind nicht selten Ausdruck einer rasch vergänglichen Gemeinsamkeit. Dem gesellschaftlichen Wandel entspricht hier Absterben und Neugründung.<sup>144)</sup> Die „Körperschaft“ oder doch der Typ einer „Körperschaft“ aber hat breit genug zu sein, um gesellschaftlichen Wandel in sich auszutragen.

---

144) Natürlich besteht auch die Möglichkeit, daß dieser Vorgang dadurch verschleiert wird, daß der organisatorische Rahmen, insbesondere das Verbandsmanagement, einem alten Namen einen neuen Zweck unterschiebt.

- Die Verbände können **beliebig klein** sein. Auch die Gattung gleichartiger Verbände, die zu einem senatorialen Mandatsverbund zusammengeschlossen werden können, kann beliebig klein sein. Das gefährdet ihre Fähigkeit, eine hinreichende Zahl von qualifizierten Senatoren zu stellen und diese optimal auszuwählen, oder es schließt diese Fähigkeit aus. Die Kleinheit des Verbandes oder einer Verbandsgruppe mindert auch die Distanz zwischen ihm oder ihr und „ihrem“ Senator oder „ihren“ Senatoren. Das gefährdet die Unabhängigkeit des Senators.
- Die Verbände sind **beliebig vermehrbar**. Das verweist noch einmal darauf zurück, daß der elementare Charakter der Gliederungsmerkmale, an die angeknüpft wird, absinkt. An die Stelle der Grobstruktur tritt eine unübersichtliche, stets in Veränderung befindliche Feinzeichnung.
- In dem Maße, in dem beliebige Verbandsbildungen zur senatorialen Repräsentation führen, wird auch der **Unterschied zwischen parteipolitischer und senatorialer Repräsentation** abgebaut. Was sollte hindern, daß Verbände zur Verstärkung oder Unterstützung oder auch Nutzung der parteipolitischen Kräfte gebildet werden.
- Je mehr Lebensbereiche nur deshalb vertreten sind, weil sie organisierbar sind, desto mehr steigert sich die **Ungleichheit** der Repräsentation zwischen organisierbaren und nichtorganisierbaren Interessen.<sup>145)</sup> „Körperschaften“ dagegen nehmen durch ihren komplexen, breiten Charakter auch nicht organisierbare Interessen auf. Wohlfahrtsverbände haben sogar spezifisch diese Funktion.
- Schließlich steigern die vorgenannten Umstände die Tendenz zur **Mehrfachrepräsentation** des einzelnen im Senat ins Ungemessene. Kann der einzelne derzeit sowohl einmal (z. B. als Gemeindebürger nach Art. 35 Satz 2 Nr. 10 BV) als auch wohl sechsmal (z. B. als Arbeitnehmer durch die Gewerkschaften – Art. 35 Satz 2 Nr. 5 BV –, zugleich als Angehöriger einer bestimmten Berufsgruppe wie z. B. der Landwirtschaft oder des Handwerks – Art. 35 Satz 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BV –, als Mitglied einer Genossenschaft – Art. 35 Satz 2 Nr. 6 BV –, einer Religionsgemeinschaft – Art. 35 Satz 2 Nr. 7 BV – und einer Wohltätigkeitsorganisation – Art. 35 Satz 2 Nr. 8 BV – und schließlich als Gemeindebürger – Art. 35 Satz 2 Nr. 10 BV –) aber vielleicht auch noch öfter mit sehr unterschiedlicher Intensität repräsentiert sein, so nimmt die Möglichkeit seiner mehrfachen Repräsentation, indem Partizipations-, Interessen- und Sekundärverbände in den Senat entsenden, quantitativ und qualitativ zu;

145) S. dazu etwa Rudolf Steinberg, Die Verbände in der Verfassungsordnung, Politische Vierteljahresschrift 14. Jahrg. (1973) S. 27 ff. (51 f.).



denn durch die Spezialität dieser Organisationen ist auch der Einfluß des einzelnen in dieser Organisation tendenziell größer als in den komplexen Organisationen. Je elementarere, umfassendere und komplexere „Körperschaften“ aber in den Senat entsenden, desto mehr kommen schon in ihnen die Meinungen, Interessen und sekundären Gemeinsamkeiten zum Austrag und Ausdruck, für die Partizipations-, Interessen- und Sekundärverbände gebildet werden. Die ungleiche Mehrfachrepräsentation wird also durch eine „natürliche“ Integration ersetzt.

## **2. Zur Exemplifikation: das Volksbegehren**

Im Lichte dieser Überlegungen ist klar, in welcher Richtung ein Erfolg des Volksbegehrens die Grenzen des Körperschaftsbegriffs des Senatsrechts berührt oder überschritten hätte. Es ist nicht Sache dieses Gutachtens, Zweck, Tätigkeit, Organisation und Mitgliederbestand der antragstellenden Organisationen oder der – was einen Unterschied machen kann – durch den Antrag potentiell begünstigten Organisationen zu übermitteln und darzustellen. Hier kann es nur um die Tendenzen gehen.

### **a) Das Beispiel der Naturschutz-Organisationen**

In diesem Sinne ist offensichtlich, daß die Zulassung der „Naturschutz-Organisationen“ das Senatsrecht für alle Arten von Partizipationsverbänden öffnen würde. Mitgliedschaftliches oder organisatorisches Engagement in einem Naturschutzverband ist weder von dem elementaren und umfassenden Charakter beruflicher Einordnung (Art. 35 Satz 2 Nr. 1–5 BV) oder einer religiösen Bindung (Art. 35 Satz 2 Nr. 7 BV) abhängig. Das gemeinsame Wirken richtet sich auch nicht auf die Befriedigung kollektiver Eigeninteressen (Art. 35 Satz 2 Nr. 6 BV) oder der Bedürfnisse anderer (Art. 35 Satz 2 Nr. 8 BV), sondern auf die Wahrnehmung der Interessen der Allgemeinheit.<sup>146)</sup> Mitgliedschaft und Engagement in einem Naturschutzverband implizieren ferner nicht etwa die Qualifikation und – was den Hochschullehrer anlangt – existenzielle Bindung, die zur Repräsentation für Hochschulen und Akademien führt (Art. 35 Satz 2 Nr. 9 BV). Schließlich fehlt jene Unentrinnbarkeit, mit der Einwohner und Bürger Gemeinden und Gemeindeverbänden angehören (Art. 35 Satz 2 Nr. 10 BV).

Naturschutzverbänden fehlt schon vom Gegenstand her das Partikulare. Der Naturschutz kann, wenn schon von einer Organisation, so wirksam nur vom Staat und – begrenzt – von den Gemeinden geleistet

---

146) Damit soll nicht heruntergespielt werden, daß Partizipationsverbände hinter dem Mantel der Wahrnehmung des Gemeinwohls sehr oft Gruppeninteressen fördern und durchsetzen.

werden (Art. 141 BV). Dem Naturschutz fehlt aber auch vom Mitgliederkreis her das Partikulare. „Naturschutz ist verpflichtende Aufgabe . . . für jeden einzelnen Bürger. Alle natürlichen und juristischen Personen haben durch ihr Verhalten dazu beizutragen, daß die natürlichen Hilfsquellen und die Lebensgrundlagen für die freilebende Tier- und Pflanzenwelt soweit wie möglich erhalten und gegebenenfalls wieder hergestellt werden“ (Art. 2 des Naturschutzgesetzes). Wäre es der wesensgerechte Ausdruck dieser Verpflichtung, einem Naturschutzverband anzugehören, so würden die Naturschutzverbände das ganze Volk erfassen. Daß besonders Engagierte und Interessierte sich in den Naturschutzorganisationen zusammenschließen, ändert nichts daran daß alle übrigen in gleicher Weise zum Naturschutz verpflichtet bleiben. Das Merkmal personaler Zuordnung ist also nur die Steigerung von der allgemeinen Pflicht zum besonderen Engagement – eine Steigerung, der alles Zwingende fehlt, deren Verfügbarkeit also maximal ist. Der Rang dieser Entscheidung in der individuellen Entscheidungshierarchie kann entsprechend niedrig sein und ist es weitgehend. Wer aber unausweichlich zum Naturschutz berufen ist, das sind einerseits die Land- und Forstwirte (Art. 163 BV) und Gemeinden (Art. 141 BV). Und diese entsenden in den Senat (Art. 35 Satz 2 Nr. 1 und 10 BV).

## **b) Das Beispiel der Sport-Organisationen**

Wesentlich anders ist die Lage hinsichtlich der „Sport-Organisationen“. Dieser Vorschlag stößt die Tür in Richtung auf *Sekundärverbände* auf. Die einzelnen Sport-Organisationen bewältigen ihre Aufgaben in erster Linie in sich. Sie haben auch eine typisch partikulare Aufgabe. Dem Staat treten sie gelegentlich als Interessenverbände gegenüber. Aber das ist nicht ihr Zweck. Ihr Zweck ist, ihren Mitgliedern, ihren „angestellten“ Sportlern usw. den Sport oder die Förderung des Sports und die Mitgestaltung des Sportbetriebes zu ermöglichen und vielleicht auch, weitere Kreise für den Sport zu interessieren. Die entscheidende Differenz zur Körperschaft liegt hier im sekundären Charakter der Aufgabe. Sport ist – von einem engen Kreis von Hochleistungssportlern oder leidenschaftlichen Amateuren abgesehen – eine „Zutat“ zum Leben, die nicht etwa mit der beruflichen oder religiösen Verortung und Betätigung verglichen werden kann. Organisierbare Interessen von der Art des Sportes sind in der Gesellschaft zahlreich vorhanden.

Nicht unerwähnt sei, daß Dachorganisationen weitergehend als die Mitgliedsorganisationen als Interessenverbände wirken.<sup>147)</sup> Das verweist sie möglicherweise in den Raum reiner Interessenorganisation.

---

<sup>147)</sup> S. Ellwein, aaO. (Anm. 136) S. 24.

Das Beispiel der Sportorganisation zeigt übrigens auch, wie schwer es werden kann, Partizipationsinteressen oder Sekundär-Organisationen auf den Nenner „sozial, wirtschaftlich, kulturell und gemeindlich“ zu bringen (Art. 34 BV).

### c) Das Beispiel der Behinderten-Organisationen

Hinsichtlich der „Behinderten-Organisationen“ ist zu differenzieren. Sie können Interessenverbände sein. Und das Bild, das die Behinderten-Organisationen in der Öffentlichkeit derzeit haben, ist denn auch das von Interessenorganisationen – in dem Sinne, daß Behinderten-Organisationen staatliche Politik auf die Bedürfnisse der Behinderten aufmerksam machen und zu ihren Gunsten beeinflussen.<sup>148)</sup> Nun nehmen Behinderten-Organisationen aber auch in sich soziale Aufgaben zugunsten der Behinderten wahr. Damit wäre das Merkmal einer inneren und partikularen Aufgabe gegeben. Ob diese Aufgabe auch als elementar bezeichnet werden kann, hängt wohl vor allem von dem Mitglieder- und Aufgabenkreis ab.<sup>149)</sup> Hier gerät die Argumentation freilich in eine gewisse Verlegenheit. Ist der Mitgliederkreis zu weit gezogen, so fehlt dem Merkmal der Behinderung möglicherweise der zwingende und dominierende Charakter. Ist er sehr eng gefaßt, so ist die Behinderteneigenschaft zwar zwingend und dominierend. Aber dann ist die Frage geboten, ob dieser Kernkreis von Behinderten i. S. der Konzeption des Senats eine „Gliederung“ des Volkes darstellt. Man wird dem – der vermutlichen Realität entsprechend – dahin entgehen können, daß die Verbände ihren Mitgliederkreis relativ weit ziehen, den Kernkreis aber eben einschließen. Daraus ergibt sich ein Gefälle des zwingenden und dominierenden Charakters des Kriteriums der Zuordnung, das auch in anderen – auch im Senat repräsentierten – Organisationen anzutreffen ist.

Vor allem aber ist auf die Verwandtschaft zweier bereits im Senat repräsentierter Organisationstypen aufmerksam zu machen: Auf die Verwandtschaft zu den Genossenschaften und zu den Wohltätigkeitsorganisationen. Soweit Behinderten-Verbände Organisationen der **internen Selbsthilfe** der Mitglieder sind, stehen sie den **Genossenschaften nahe**. Soweit sie **Fremdhilfe** leisten, stehen sie den **Wohltätigkeitsorganisationen nahe**. Die Problematik der Behinderten-Organisationen besteht vermutlich darin, daß sich in ihnen in besonderem Maße verbandliche Erscheinungsformen überschneiden. Jedenfalls liegen die Dinge hinsichtlich der Behinderten-Organisationen wesentlich anders,

148) S. etwa Herbert Schneider, Interessenverbände, 4. Aufl. 1975, S. 67.

149) S. dazu etwa S c h n e i d e r, ebenda, S. 65 f.

und zwar „senats-näher“ als bei den Naturschutz-Organisationen und bei den Sport-Organisationen.<sup>150)</sup>

## V. Quantitative Veränderungen

### 1. Das Dilemma

Wie schon bemerkt<sup>151)</sup> ist der Sitz-Verteilungs-Schlüssel in nicht-parteilichpolitischen Parlamenten ein immer nur grob und unzulänglich lösbares Problem. Die Konsequenz ist im Regelfalle die, daß solchen „ständischen“ Parlamenten mindere Kompetenz zukommt – so wie dem Bayerischen Senat im Verhältnis zum Landtag.<sup>152)</sup> Doch befreit das nicht davon, daß der Schlüssel eine gewisse politisch-konstitutionelle Glaubwürdigkeit haben muß. Er muß ein rechtfertigendes Prinzip erkennen lassen und ihm entsprechen. Die Unzulänglichkeit, die dennoch wohl immer bleibt, kann von der Richtigkeit – besser wohl: Überzeugungskraft – des Prinzips, von der Relation des Prinzips zu seiner Verwirklichung oder von beidem herrühren. Und in allen diesen Dimensionen sind letztlich nur Annäherungen an das Richtige und Vollkommene möglich.<sup>153)</sup>

Diese Spannung hat sich auch in bezug auf den Bayerischen Senat gezeigt.<sup>154)</sup> Sie hat einen Ausdruck zuletzt in der Popularklage gefunden, mit der geltend gemacht wird, der Anteil der Vertreter der Landwirtschaft sei vergleichsweise zu hoch.

---

150) S. dazu auch das unveröffentlichte Gutachten von Theodor Maunz über die Beteiligung des VdK am Bayerischen Rundfunk und am Bayerischen Senat vom 20. Oktober 1975.

151) S. o. A I.

152) S. a. Leibholz, aaO. (Anm. 105) S. 199 ff. – In autoritären Regimen dienen berufsständische Organe dieser Art a priori zur Verbrämung der Macht des Staatsoberhaupts oder der Regierung. Nach Karl Loewenstein (Verfassungslehre, 2. Aufl., 1969, S. 409) ist das autoritäre System der natürliche Standort des Korporatismus. S. zur autoritären Funktion der Regierung gegenüber einem korporativistischen Parlament ferner Heinz Brauweiler, Berufsstand und Staat, 1925, S. 242; Herrfahrdt, aaO. (Anm. 1) S. 182, Edgar Tatarin-Tarnheyden, Die Berufsstände, 1922, S. 242 f. Ein aus allgemeinen Wahlen hervorgegangenes Parlament würde diese Macht gefährden. Die Autorität eines „ständischen“ Parlaments ist immer zu gering dazu. Aber ein Parlament, wenn auch ein „ständisches“, wischt der in- und ausländischen Öffentlichkeit doch die Augen. S. dazu umfassend Peter-Cornelius Mayer-Tasch, Korporatismus und Autoritarismus, 1971.

153) S. Mayer-Tasch, S. 73 f.

154) Mayer-Tasch, ebenda u. seine Hinweise.

Das Dilemma ist an Hand des Art. 35 BV leicht offenzulegen. Geht man von den dort genannten Gruppen aus, so läßt sich ein rein quantitativer Schlüssel ebenso denken wie ein rein qualitativer. Daneben liegt immer die Versuchung nahe, beide Schlüssel zu mischen.

## **2. Die Unmöglichkeit eines quantitativen Schlüssels**

### **a) Zur Realisierung eines quantitativen Schlüssels**

Ein rein quantitativer Schlüssel müßte so aussehen, daß die einzelnen Gruppen im Verhältnis zu dem Anteil an der Bevölkerung vertreten sind, der in ihnen organisiert ist. Organisationen, die sich auf die gesamte Bevölkerung erstrecken, wäre eine je gleiche Maximalzahl von Sitzen zuzuteilen. Organisationen, die sich nur auf einen Teil der Bevölkerung erstrecken, wäre eine entsprechend geringere Zahl von Vertretern zu gewähren.

Es bedarf keiner exakten statistischen Nachprüfung, um zu sehen, daß die Gemeinden und Gemeindeverbände die reine Maximalzahl erreichen würden, die Religionsgemeinschaften eine der Maximalzahl nahestehende Zahl von Vertretern, die Gewerkschaften vermutlich die nächstgrößte Zahl, aber doch eine Zahl, die wegen des geringen Anteils der Arbeitnehmer an der Gesamtbevölkerung<sup>155)</sup> etwa bei 30 bis 40 v. H. der maximalen Zahl liegen würde.<sup>156)</sup> Das Schlußlicht der Liste bilden wohl die Hochschulen und Akademien, das Handwerk und die freien Berufe. Die relativen Gewinner einer solchen „Revision“ wären also sicher die Gemeinden und Gemeindeverbände und die Religionsgemeinschaften, die relativen Verlierer vermutlich Land- und Forstwirtschaft, Handwerk und freie Berufe, aber auch Gewerkschaften.

---

155) Um Mißverständnisse zu vermeiden: Man könnte ausgehen vom Anteil der Arbeitnehmer an der Gesamtbevölkerung oder vom Anteil der Arbeitnehmer an den Aktivbürgern. Dagegen schiene es problematisch, vom Anteil der Arbeitnehmer an den Erwerbstätigen auszugehen.

156) Würde man das Wort Gewerkschaften ernst nehmen und würde man nur die Organisierten zählen, so käme man auf eine wesentlich niedrigere Zahl. Geht man davon aus, daß in der Bundesrepublik derzeit rund 40 v. H. der Bevölkerung erwerbstätig ist, daß davon rund 86 v. H. abhängig erwerbstätig sind, daß davon wiederum rund 40 v. H. gewerkschaftlich organisiert sind (s. zu den Zahlen Hans F. Zacher, Staat und Gewerkschaften, 1977, S. 17 ff.), so käme man für das Verhältnis der Gewerkschaftsvertreter zu den Vertretern der Gemeinden und Gemeindeverbände (= 100) auf eine Relation von (für alle Arbeitnehmer) 34 : 100 oder von (für die Organisierten) 13 : 100.

## **b) Die zwingenden Hindernisse eines quantitativen Schlüssels**

Das Vorhaben, den Senat auf dieser quantitativen Basis zusammenzusetzen oder seine Zusammensetzung auf dieser quantitativen Basis zu überprüfen, erscheint aber aus zwei Gründen a priori aussichtslos.

### **aa) Zur Definition der quantitativen Basis**

Zunächst einmal stellt sich bei fast jeder Gruppe die Frage, was denn die quantitative Basis sein soll. Sind es in der Land- und Forstwirtschaft nur die selbständigen Bauern, alle in der Landwirtschaft Beschäftigten oder alle von der Land- und Forstwirtschaft Betroffenen? Sind es in Industrie und Handel nur die selbständigen Unternehmer – und zählen die juristischen Personen dabei nach „juristischen“ Köpfen, nach Vorstandsmitgliedern und leitenden Angestellten, nach Anteilseignern oder wonach? Sind es alle in Industrie und Handel selbständig oder unselbständig Tätigen oder alle von ihrem Wirken Betroffenen? Hinsichtlich des Handwerks und der freien Berufe stellen sich diese Fragen analog. Bei den Gewerkschaften wäre zu entscheiden zwischen der Summe der Arbeitnehmer und der Summe der Organisierten. Hinsichtlich der Genossenschaften stellt sich das Problem, ob hier wirklich Genosse gleich Genosse sein darf – ohne Rücksicht auf den Grad des Interesses und des Engagements. Bei den Religionsgemeinschaften ist man sicher versucht, zu fragen, ob eine aktuelle Integration notwendig ist, oder die Kirchensteuerpflicht genügt. Wer sollte für die Wohltätigkeitsorganisationen zählen? Der Beitragszahler, die organisatorischen Kader, die Bediensteten oder die ehrenamtlichen Funktionäre usw.? Oder alle Träger oder Betroffenen? Bei den Hochschulen und Akademien könnte man vermutlich alle Involvierten zählen. Aber bei den Gemeinden und Gemeindeverbänden stellt sich wieder die Frage, ob die Einwohner, alle Gemeindebürger oder nur die kommunal-politisch Engagierten zu zählen sind, und ob diese Zählung für die Gemeindeverbände zu wiederholen ist.

### **bb) Quantitativer Schlüssel und Mehrfachrepräsentation**

Die andere a priori unlösbare Frage ist die der Bereinigung der Mehrfachrepräsentation. Ist der gewerkschaftlich organisierte Katholik, der Mitglied einer Wohltätigkeitsorganisation und einer Genossenschaft, aber auch Bürger einer Gemeinde ist, fünfmal zu vertreten? Ist er weniger zu vertreten? Welche Vertretung geht vor, welche scheidet aus? Ist der Handwerksgeselle, der ja auch über den Gesellenausschuß der Handwerkskammer organisiert ist, sowohl beim Handwerk als auch bei den Gewerkschaften zu berücksichtigen? Jedenfalls wenn er gewerkschaftlich organisiert ist? Das Spiel braucht nicht vertieft zu werden. Die Hoffnungslosigkeit dieses Bemühens ist evident.

### c) Ergebnis

Das numerisch-quantitative Prinzip ist eben das des allgemeinen und gleichen Wahlrechts (Art. 28 Abs. 1 Satz 2, 38 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 14 Abs. 1 Satz 1 BV). Verläßt man dieses numerisch-quantitative Prinzip, so bleibt nur die Möglichkeit eines qualitativen, gewichtenden Prinzips übrig.

### 3. Der qualitative, gewichtende Schlüssel

Für dieses qualitative Verfahren bietet der Sinn der Bayerischen Verfassung wieder die beiden, das Konzept des Senats tragenden, Hintergrundprinzipien an:

- Das positive Prinzip: Der Senat soll eine Repräsentation des Volkes in seinen natürlichen Gliederungen sein.
- Das negative Prinzip: Der Senat soll ein Gegengewicht zum parteipolitisch zusammengesetzten Landtag sein.

Die positive verfassungsrechtliche Gestaltung des Senats bietet darüber hinaus weitere Elemente für die Qualifikation an.

- Da ist zunächst wieder an die wechselseitige Verweisung vom Sachbereich auf die Organisation und von der Organisation auf den Sachbereich (Art. 34, 35, 36 Abs. 1, 42 Satz 2 BV) zu erinnern. Zu gewichten ist also nicht nur der Sachbereich selbst, sondern auch die Bedeutung seiner Organisation. Zu gewichten ist andererseits sicher nicht nur die Organisation sondern auch der Sachbereich.
- Weniger bedeutsam, aber doch nicht bedeutungslos erscheint die Nachfrage, die sich von der Institution des Senats her auf seine Basis richtet. Als rein konsultative zweite Kammer, die der Potestas entraten muß, ist der Senat auf Auctoritas angewiesen.<sup>157)</sup> Als Volksrepräsentation, die nicht allgemein und gleich vom Volk gewählt wird, ist er auf die personale „Repräsentations-Leistung“ des Senators angewiesen. Von daher erscheint es als ein weiteres Prinzip, Körperschaften und Lebensbereiche danach zu gewichten, in welchem Maße sie den durch Rechtlichkeit, Sachkenntnis und Erfahrung ausgezeichneten (Art. 36 Abs. 3 BV) Senator hervorbringen.
- Eng verwandt dazu ist die Erwägung, daß der Senat Stabilität darstellen soll (Art. 37 BV). Körperschaften und Lebensbereiche sind

---

157) S. dazu Dr. Hundhammer, Sten.Ber. II S. 495; Dr. Lacherbauer, Sten.Ber. IV S. 103. S. a. Küchenhoff, Diskussionsbeitrag usw. (Anm. 75) S. 87.

daher danach auszuwählen, in welchem Maße sie selbst von Dauer sind. Dabei ist daran zu erinnern, daß Dauer nicht Starrheit bedeuten darf, daß vielmehr der elementare und komplexe Charakter von Lebensbereich und Organisation gewährleisten muß, daß im „organisierten Sachbereich“ Wandel möglich ist, Wandel wahrgenommen wird und Wandel dargestellt wird.

Primär aber sind zwei Prinzipien: das positive Hintergrundprinzip der Senatskonstruktion – die Repräsentation des Volkes in seinen natürlichen Gliederungen – und das negative Hintergrundprinzip – die Alternative zur parteipolitisch-parlamentarischen Repräsentation –. Die Bedeutung organisierter, komplexer und elementarer Lebensbereiche und der in ihnen wirkenden Organisationen für das Volksganze soll dargestellt werden.

Diese Bedeutung darf nicht quantitativ verstanden werden. Das ergibt sich nicht nur aus der Unmöglichkeit des quantitativen Prinzips, das nicht über die Hintertür des qualitativen Prinzips wieder „eingeschleust“ werden darf, wo seine Unzulänglichkeit verdeckt bliebe, seine Anwendung also genuin willkürlich wäre. Es ergibt sich auch aus dem Kontrastcharakter des Senats gegenüber dem Landtag. Was quantitativ bedeutsam ist, verschafft sich im parteipolitisch-parlamentarischen Landtag die relativ größte Bedeutung. Sicher haben auch quantitativ breitgestreute Interessen und Meinungen im Verfahren der parteipolitischen Abklärung und Bündelung von Prioritäten Einbußen hinzunehmen. Aber mit der quantitativen Ausdehnung einer Meinung oder eines Interesses wuchert zumindest die Chance, daß ihr Grad subjektiver Bedeutsamkeit im politischen Prozeß geltend gemacht wird. Die Zusammensetzung des Senats hat im Zweifel daher dem, was als bedeutsam anzusehen, gleichwohl aber quantitativ unterlegen ist, möglicherweise kompensierende Artikulationsmöglichkeiten zu schaffen.<sup>158)</sup>

---

158) In diese Richtung geht es, wenn das sogenannte Kollmann-Gutachten (Staatsvereinfachung, S. 25) schreibt: „Mittelbar (sekundär) liegt übrigens im Bestehen einer zweiten Kammer auch ein Schutz der Minderheiten in der anderen Kammer und damit der Minderheiten im Volk: Mehrheitsentscheidungen, die etwa aus anderen als sachlichen Gründen über eine Minderheit hinweggehen sollten, können eine nochmalige Behandlung unter sachlichen Gesichtspunkten erfahren. Schutz der Minderheiten aber ist eines der vornehmsten Anliegen der Demokratie; denn ‚Parlamentarische Demokratie ist die verfassungsmäßig beschränkte Herrschaft der einfachen (oder einer qualifizierten) Mehrheit des Volkes‘.“



#### **4. Die Mischung quantitativer und qualitativer Elemente im konkreten Senats-Wahlrecht**

Dieser Gedanke „qualitativ vor quantitativ“ schließt nicht aus, daß **i n n e r h a l b** der einzelnen organisierten Lebensbereiche (Gruppen im Sinne des Art. 35 Satz 2 BV) quantitative Aspekte eine Rolle spielen. Dabei zeigt sich eine Alternative. Der organisatorische Ansatz (Art. 34, 36 Abs. 1, 42 Satz 2 BV) läßt es als legitim erscheinen, die Körperschaften als solche heranzuziehen und zu zählen. Daß der Senat eine Vertretung des Volkes sein soll, läßt andererseits daran denken, das „Verbandsvolk“, die Mitglieder also, numerisch zu berücksichtigen.

##### **a) Das System des geltenden Senats- und Wahlrechts**

Das geltende Senatsrecht geht hier prinzipiell in drei Stufen vor.

##### **aa) Die Bestimmung der „zuständigen Körperschaften“**

In der ersten Stufe werden die „zuständigen Körperschaften“ bestimmt (Art. 36 Abs. 1, 42 Satz 2 BV). Nach Möglichkeit bestimmt das Gesetz diese selbst (Art. 1, 2, 3, 7, 9, 10 SenG). Wo der Gesetzgeber die Abgrenzung nicht selbst vornehmen kann, definiert er die Zulassung der Verbände i. S. eines normativen Tatbestandes. Der Generalnenner ist, daß sich die Tätigkeit einer Organisation auf ganz Bayern erstrecken muß und daß die Organisation von erheblicher Bedeutung sein muß (Art. 13 Satz 1 SenG). Im einzelnen erkennt er an:

- als „Gewerkschaften“ die „Spitzenorganisationen“, „die durch ihr ausschließliches Wirken für“ die Arbeitnehmer „in Bayern von erheblicher Bedeutung sind“ (Art. 4 Abs. 2 Satz 1 SenG),
- als Verbände der freien Berufe „Landesorganisationen der freien Berufe . . . , deren Mitglieder in der Mehrzahl freiberuflich tätig sind und die mindestens 200 Mitglieder haben“ (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 SenG),
- als Verbände der Genossenschaften die „genossenschaftlichen Landesverbände“ (Art. 6 Abs. 1 SenG) und
- als Wohltätigkeitsorganisationen die „Wohltätigkeitsverbände . . . , deren Tätigkeit sich auf ganz Bayern erstreckt“ (Art. 8 Abs. 1 SenG).

##### **bb) Die Verteilung der Gruppensitze auf die Verbände**

Dafür, wie die Gruppensitze auf die einzelnen Verbände verteilt werden, nennt das Senatsrecht sehr unterschiedliche Regeln.

- Die Vertreter der Land- und Forstwirtschaft werden alle von einer Organisation bestellt, der allerdings die Auflage gemacht ist, daß

mindestens je ein Vertreter der Forstwirtschaft und des Gartenbaus gewählt werden sollen (Art. 1 SenG).

- Die Vertreter der Industrie und des Handels und des Handwerks werden von gleichartigen Organisationen, den Industrie- und Handelskammern und den Handwerkskammern, gewählt (Art. 2, 3 SenG), wobei den Kammern überlassen ist, wie sie realiter die Sitze auf die einzelnen Kammern, die ja regional selbständige Einheiten darstellen, verteilen.
- Für die Religionsgemeinschaften und die Gemeinden und Gemeindeverbände teilt das Gesetz die Zahlen der Gruppensitze auf unmittelbar benannte Organisationen auf, welche die Senatoren unabhängig voneinander bestellen (Art. 7, 10 SenG).
- Dieses Prinzip der Aufteilung der Sitze auf mehrere Verbände, welche die Senatoren unabhängig voneinander wählen, etabliert das Gesetz auch für die Gewerkschaften (Art. 4 SenG). Allerdings ist die Aufteilung dort abstrakt, nicht unmittelbar benennend vorgenommen. Der Verteilungsschlüssel hat drei Komponenten. Die erste zählt die Organisationen: „Auf jede Spitzenorganisation entfällt mindestens ein Vertreter“ (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 SenG). Die zweite und dritte Komponente wirken bei der Verteilung der noch übrigen Sitze zusammen. Die Zahl der noch übrigen Sitze wird zunächst (zweite Komponente) danach aufgeteilt, wie viele der organisierten Arbeitnehmer, Arbeiter, Angestellte oder Beamte sind. Die sonach sich für die Arbeiter, Angestellten und Beamten errechnenden Sitze werden (dritte Komponente) auf die „Spitzenorganisationen im Verhältnis der nachgewiesenen Mitgliederzahlen in diesen Gruppen“ verteilt (Art. 4 Abs. 1 Satz 3 SenG).

### **cc) Die Verteilung der Sitze durch Wahlversammlungen**

Im übrigen ist die Verteilung der Sitze einer Wahlversammlung der Gruppe überlassen.

- Für die Vertreter der Genossenschaften sagt das Gesetz nichts, als daß diese von den „von den Verbandstagen gewählten Mitgliedern der Verbandsorgane“ gewählt werden (Art. 6 Abs. 2 SenG). Die Wahlordnung für die Wahl der Vertreter der Genossenschaften vom 5. September 1947 schreibt dazu: „Wahlberechtigt sind die von den Verbandstagen nach demokratischen Grundsätzen gewählten Mitglieder des Vorstandes und des Beirates – auch Verwaltungsrat oder Aufsichtsrat genannt – . . . Jeder Wahlberechtigte hat 1 Stimme“ (§ 2 aaO.). Daß dabei die einzelnen Landesverbände sehr unterschiedlich repräsentiert sein können, findet keine Erwähnung und Regelung.

- Die Wohltätigkeitsorganisationen beschicken eine Wahlversammlung von 60 Mitgliedern „im Verhältnis ihrer Mitgliederzahl“ (Art. 8 Abs. 2 SenG).
- Für die Wahlversammlung der Hochschulen und Akademien verteilt das Gesetz selbst die Sitze auf die Universitäten (je 5), die Akademie der Wissenschaften (2) und die übrigen Hochschulen und Akademien (je 1 Vertreter).
- Für die Wahlversammlung der freien Berufe verbindet das Senatsgesetz wieder zwei Prinzipien. Das eine Prinzip ist – ähnlich wie bei den Gewerkschaften –: je Landesorganisation ein Vertreter (Art. 5 Abs. 1 Satz 3 SenG). Die übrigen Sitze werden auf die Landesorganisationen im Verhältnis ihrer Mitgliederzahlen verteilt (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 SenG).

## b) Die angewandten Prinzipien

Versucht man die dabei angewandten Prinzipien zu registrieren, so findet man:

- Den Rückgriff auf **Basis-Quantitäten (Mitgliederzahlen)** bei der Bildung der Wahlversammlung der Wohltätigkeitsorganisationen, bei der Restsitze-Verteilung auf die Gewerkschaften und bei der Restsitze-Verteilung in der Wahlversammlung der freien Berufe:
- den Rückgriff auf **korporative Quantitäten („Kopfquoten“ je Organisation)** findet man bei der primären Sitzverteilung auf die Gewerkschaften und bei der primären Verteilung der Sitze in der Wahlversammlung der freien Berufe;
- den Rückgriff auf die **Repräsentation von Sachbereichen** findet man in der Auflage an den Bayerischen Bauernverband, mindestens je einen Vertreter der Forstwirtschaft und des Gartenbaus zu entsenden.
- **Unausgeschieden** finden sich offenbar **qualitative und quantitative Elemente** bei der Verteilung der Sitze auf die Religionsgemeinschaften und auf die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie bei der Verteilung der Sitze in der Wahlversammlung der Hochschulen und Akademien. Hier fällt freilich die starke und wohl qualitativ zu verstehende Betonung der Zäsur zwischen den Universitäten und der Akademie der Wissenschaften gegenüber den sonstigen Hochschulen in der Wahlversammlung auf. Unausgeschieden sind qualitative und quantitative Aspekte wohl auch in dem Kriterium der „erheblichen Bedeutung“, das der Wahlfähigkeit von Organisationen nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1, Art. 13 Satz 1 SenG vorausliegt.<sup>159)</sup>

---

<sup>159)</sup> S. dazu VerfGH 13, 182 (189 ff.).

- **Keine erkennbaren Maßstäbe** hat das Gesetz aufgestellt für die regionale Verteilung der Sitze auf die Industrie- und Handelskammern und auf die Handwerkskammern und für die Verteilung der Sitze auf die verschiedenen Genossenschaftsverbände.

### **c) Zur Würdigung**

Das Senatsrecht vermeidet demnach quantitative Maßstäbe nicht vollends. Sie finden sich für die Vermittlung zwischen dem Zugriff des Art. 35 Satz 2 BV und der Notwendigkeit, die „zuständigen Körperschaften“ (Art. 36 Abs. 1 BV) sinngerecht zu beteiligen, elastisch eingesetzt. Das aber ist gerade der entscheidende Unterschied. Die Verteilung der Sitze auf die korporativ-organischen Gruppen (Art. 35 Satz 2 BV) ist die **e i n e** Aufgabe. Die Ermittlung der „zuständigen Körperschaften“ und die Verteilung der Sitze auf sie oder die Bestimmung der Senatoren durch sie ist eine **a n d e r e** Aufgabe. Die Mischung von qualitativen und quantitativen Kriterien in Erfüllung dieser zweiten Aufgabe erscheint sachgerecht. Sie ist möglich, ohne das qualitative, gewichtende Prinzip, das die Erfüllung der ersten Aufgabe steuert, zu desavouieren.

## **5. Zur Exemplifikation: Die Sachgerechtigkeit gegebener Regelungen**

Art. 35 Satz 2 BV an Hand der obigen Erwägungen über die Verteilung der Sitze auf die verschiedenen Gruppen im Senat eingehend zu würdigen, ist hier weder möglich noch geboten. Nur zur Exemplifikation des Ausgeführten seien Überlegungen zur Interpretation vermittelt.

### **a) Erstes Beispiel: Die Vertretung der Landwirtschaft**

Im Urteil der Öffentlichkeit erscheinen vor allem die beiden stärksten Gruppen, die je 11 Vertreter der Land- und Forstwirtschaft und der Gewerkschaften, problematisch. Der Kritik liegt weitgehend ein quantitativer Maßstab zugrunde. Seit der Verabschiedung der Verfassung (1946) sei der Anteil der in der Land- und Forstwirtschaft beschäftigten Bevölkerung erheblich zurückgegangen, während der Anteil der Arbeitnehmer ebenso erheblich zugenommen habe. Versucht man nun aber die Relation mit qualitativen Argumenten zu würdigen, so erscheint die Notwendigkeit der postulierten Anpassung durchaus fraglich.

Geht man von der landläufigen Formel aus, daß Bayern sich von einem Agrarstaat zu einem Industriestaat verwandelt habe, so wäre die Frage zunächst einmal die, ob sich die Verlagerung der Sitze von der Land- und Forstwirtschaft auf Industrie und Handel **o d e r** auf die Gewerkschaften **o d e r** auf beide hin vollziehen müßte.

Aber ungeachtet dessen, bleibt auch die Frage, ob nicht eine starke Vertretung der Landwirtschaft im Senat nach wie vor qualitativ gerechtfertigt ist. Argumente dafür wären die folgenden.

- Die Eigenart Bayerns ist traditionell, in der Gegenwart und voraussichtlich auch in der Zukunft von dem agrarischen Element abhängig – nicht davon, daß Bayern agrarisch ist, sondern daß das Agrarische in Bayern eine Rolle spielt.
- Weiter wäre zu beachten, daß wohl keine der in Art. 35 Satz 2 BV genannten Gruppen seit 1946 eine so gewaltige Last struktureller und funktionaler Veränderung getragen und bewältigt hat wie die Land- und Forstwirtschaft. Quantitativ wirkte sich diese Leistung als Schrumpfung aus. Aber qualitativ ist darin eine Optimierung des Verhältnisses von Arbeit und volkswirtschaftlichem Ertrag zu sehen. In der Zusammensetzung des Senats nur der quantitativen Schrumpfung, nicht aber der qualitativen Leistung an Veränderung und Fortschritt Rechnung zu tragen, wäre sicher verfehlt.
- In den letzten Jahren ist auch das Bewußtsein gewachsen, daß, wenn von irgendeiner der gegebenen Gruppen der Bevölkerung die Erhaltung und Pflege der Natur (Art. 141 BV) vorrangig zu leisten ist, dann von der Land- und Forstwirtschaft. Wer sonst, wenn nicht sie, hat die einheimischen Tier- und Pflanzenarten, die Erholung bietende freie Natur, den Wald, die Bergweide, die „wildwachsenden Waldfrüchte“ und alles sonst, was Art. 141 Abs. 2 und 3 BV für schützenswert hält, vorzuhalten und die entsprechenden Auflagen zu dulden? Hier muß auch der Zusammenhang mit Art. 163 Abs. 2 BV gesehen werden, wonach der in land- und forstwirtschaftlicher Kultur stehende Grund und Boden der Gesamtheit des Volkes dient. Denkt man daran, den Naturschutz im Senat zu repräsentieren, so ist die partikulare Gruppe, die dazu berufen – oder wie manche wohl sagen würden: dazu verurteilt – ist, die Gruppe der Land- und Forstwirtschaft. Für sie ist es eine gruppenspezifische Leistung. Die Naturschutzorganisationen dagegen repräsentierten einen fluktuierenden Anteil an der zum Naturschutz berufenen Allgemeinheit. Hier zeigt sich, wie die „Körperschaften“ berufen und geeignet sind, sozialen Wandel bei eigener Stetigkeit aufzunehmen.
- Schließlich ist auch noch zu bedenken, daß der quantitative Rückgang der Land- und Forstwirtschaft in der Bevölkerung<sup>160)</sup> die notwendige Folge hat, daß der Anteil der land- und forstwirtschaftlichen

---

160) Jahr	1950	1961	1974
Anteil an der Bevölkerung in v. H.	20,7	14,1	7,5

Quelle: Statistisches Jahrbuch für Bayern 1975, S. 117/118.

Wähler zum Landtag und vermutlich auch der Anteil der in der Land- und Forstwirtschaft tätigen Abgeordneten im Landtag zurückgeht.<sup>161)</sup> Versteht man den Senat als Kontrastprogramm zur Landtags-Repräsentation,<sup>162)</sup> so ist das ein Grund mehr, die Vertretung der Land- und Forstwirtschaft im Senat stark zu erhalten.

### b) Zweites Beispiel: Die Vertretung der Gewerkschaften

Für die Vertretung der Gewerkschaften im Senat weist diese Argumentation in die entgegengesetzte Richtung. Ihr Anteil an der Wählerbasis des Landtags<sup>163)</sup> und an den Abgeordneten hat sich vermehrt.<sup>164)</sup> Dazu kommt aber noch eine andere gesellschaftliche Veränderung. Der Anteil der Arbeitnehmer in der Gesellschaft veränderte sich auf Kosten des Anteils der Selbständigen.<sup>165)</sup> Funktional sind dabei die Arbeitneh-

161) Die Zahl der Land- und Forstwirte im Bayer. Landtag entwickelte sich wie folgt:

1946	1950	1954	1958	1962	1966	1970	1974
29	30	34	33	26	14	20	20

Der Landtag hatte 1946 180, später 204 Abgeordnete.

Quelle: Handbuch des Bayerischen Landtags, 8. Wahlperiode (1974) S. 72.

162) S. nochmals oben B V 3, insbes. Anm. 158.

163) Das Statistische Jahrbuch für Bayern (1975 S. 117 f.) enthält leider nur die Anteile an der Erwerbsbevölkerung:

	1950	1961	1974
Angestellte	12,9 v. H.	19,6 v. H.	28,3 v. H.
Arbeiter	46,5 v. H.	44,3 v. H.	43,8 v. H.
Beamte	3,7 v. H.	5,9 v. H.	7,6 v. H.

164) S. zur allgemeinen Beurteilung dieser Situation: Kurt Hierche, Gewerkschafter im 7. Deutschen Bundestag, Gewerkschaftliche Monatshefte, 24. Jahrg. (1973) S. 83 ff.; Walter B ö h m, Gewerkschafter im Deutschen Bundestag, Zeitschrift für Parlamentsfragen, 5. Jahrg. (1974) S. 17 ff. Zur Entwicklung der Zahlen der Arbeitnehmer im Bayerischen Landtag

	1946	1950	1954	1958	1962
öffentlicher Dienst	43	55	55	58	70
Sonstige	53	56	60	58	60
insgesamt	96	101	115	116	130
	1960	1970	1974		
öffentlicher Dienst	95	99	108		
Sonstige	50	41	38		
insgesamt	145	140	146		

Quelle: Handbuch des Bayerischen Landtags usw. S. 72.

165) Anteil an den Erwerbepersonen:	1950	1961	1974
	17,1 v. H.	15,1 v. H.	11,5 v. H.

Quelle: S. Anm. 163.

mer weitgehend in die Positionen und Funktionen, die früher Selbständige innehatten, hineingewachsen. Besonders deutlich ist das in Industrie und Handel, wo die Unternehmen sich vergrößert und die Unternehmensformen sich entpersönlicht haben. An die Stelle einer Vielzahl einzelner Unternehmer sind dort große Unternehmen getreten, wobei die Dispositionsfunktionen, die früher die Unternehmer hatten, weitgehend auf Arbeitnehmer – wenn auch im wesentlichen auf „leitende Angestellte“ – übergegangen sind. Betriebsverfassung und Mitbestimmung haben ein Übriges getan, um die Arbeitnehmer in unternehmerische Funktionen hineinwachsen zu lassen.

Es kann und braucht hier nicht im einzelnen analysiert zu werden, in welchem Maße in allen anderen in Art. 35 Satz 2 BV aufgezählten Gruppen – außer also den Gewerkschaften – Arbeitnehmer das Gesamtverhalten dieser Gruppen mitgestalten und mittragen. Besonders deutlich ist das etwa im Handwerk, wo die Gesellen in die Handwerksorganisation integriert sind (§§ 68 ff., 93, 98 ff., 108 der Handwerksordnung). Auf andere Weise deutlich ist es bei den Organisationen der freien Berufe, für die das Senatsrecht nur verlangt, daß „deren Mitglieder in der Mehrzahl freiberuflich tätig sind“ (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 SenG). Aber auch für jede andere Gruppe könnte dargetan werden, daß die Zunahme der Arbeitnehmer in der Gesellschaft sich nicht so vollzogen hat, daß ein immer größeres Heer Abhängiger von einer immer kleineren Zahl von Unternehmern und Selbständigen dominiert wird, sondern so, daß die Positionen und Funktionen der Unternehmer und Selbständigen und vor allem die „zuständigen Körperschaften“ als Organisationen immer mehr auch von Arbeitnehmern durchdrungen werden.<sup>166)</sup>

Selbst wenn man also glauben wollte, die Arbeitnehmer seien durch die Vertreter der Gewerkschaften im Senat unzulänglich repräsentiert, so würde sich fragen, ob dieses Mißverhältnis nicht durch die Beteiligung der Arbeitnehmer an der Repräsentation in den anderen korporativ-organischen Gruppen kompensiert ist. Und ebenso wäre zu fragen, in welchem Maße die Arbeitnehmer im Landtag zur Geltung kommen, wogegen der Zusammensetzung des Senats eine ausgleichende Funktion zukommen könnte.<sup>167)</sup>

---

166) S. dazu auch Z a c h e r, Staat und Gewerkschaften (Anm. 156) S. 32 ff. m. w. Nachw.

167) Zur „wohltuenden“ Gegenläufigkeit der Darstellung der Bevölkerung in Landtag und Senat sei angemerkt, daß die Vertretung des öffentlichen Dienstes im Senat, was die Gruppe der Gewerkschaften anlangt, nicht die Verzerrung aufweist wie die Vertretung des öffentlichen Dienstes im Landtag. Allerdings gehören auch anderen Gruppen noch Angehörige des öffentlichen Dienstes an.

### c) **Drittes Beispiel: Die Vertretung der Gemeinden und Gemeindeverbände**

Als letztes Beispiel soll die Vertretung der Gemeinden und Gemeindeverbände dienen. Wie oben bemerkt, müßte sie von einem quantitativen Konzept her die stärkste sein. Daß sie das nicht ist, hat qualitative Gründe. Es kommt davon, daß eine Vertretung der Gemeinden und Gemeindeverbände „echt“ Partikulares nur relativ schwach – sozusagen nur als Prinzip, nicht konkret, nur für die Gattung, nicht für das individuelle Gemeinwesen – zum Ausdruck bringen kann.<sup>168)</sup> Und es läßt sich auch damit erklären, daß die partikulare Willensbildung in den Gemeinden sehr stark von der parteipolitischen Gliederung des Volkes dominiert ist, wie sie sich im Landtag spiegelt.<sup>169)</sup>

Würde man die Summe der Gemeinden und Gemeindeverbände im Senat repräsentieren wollen, so würde der Bayerische Senat eine zweite Kammer etwa nach dem Muster des französischen Senats, in der sich die Ergebnisse der lokalen und regionalen Wahl auf die nationale Ebene übertragen. Dem vielleicht bescheideneren, jedenfalls wesentlich anderen Anspruch, Phänomen und Leistung der lokalen und regionalen Organisation der Gesellschaft „an sich“ – als Gattung, als Prinzip – zu repräsentieren, ist die in Art. 35 Satz 2 Nr. 10 BV vorgesehene Sitzzahl eher gemäß.

## **VI. Zusammenfassende Charakterisierung der Veränderungsvorschläge**

Die beschriebenen Vorschläge, die Zusammensetzung des Senats zu verändern, lassen sich in zwei Hauptrichtungen trennen: in die Kritik am Zugang zum Senat und in die Kritik an der Verteilung der Sitze im Senat. Beide Richtungen hängen jedenfalls insofern zusammen, als eine Veränderung des Zuganges zum Senat einen zwangsläufigen Einfluß auch auf die innere Gliederung des Senats und möglicherweise auch auf die Formel dieser Gliederung haben müßte.

1. Die Vorschläge, den **Zugang zum Senat** zu verändern, lassen sich in folgender Weise zusammenfassen:
  - a) Vorschläge, welche die **partikular-korporative Grundlage** des Senats **verlassen** würden.

<sup>168)</sup> S. dazu noch einmal o. B II C III.

<sup>169)</sup> S. auch noch einmal Art. 11 Abs. 4 BV: „Die Selbstverwaltung der Gemeinden dient dem Aufbau der Demokratie in Bayern von unten nach oben.“ S. ferner Art. 12 Abs. 1 BV: „Die Grundsätze für die Wahl zum Landtag gelten auch für die Gemeinden und Gemeindeverbände.“



- aa) Das sind die Vorschläge, welche **Sachverständige als solche** in den Senat berufen wollen, deren Qualifikation und Legitimation nicht aus der Bewährung in einer „Körperschaft“ erwachsen ist. Soweit solche Vorschläge auf die Aufnahme von **amtierenden oder früheren Amtsträgern im Staat** (Politikern, Richtern, Verwaltungsbeamten usw.) zielen, verlassen sie auch das Prinzip, daß im Senat dem Staat partikular vorgegebene Einheiten dargestellt werden.

Der Verzicht auf die korporative Grundlage würde zudem die Frage der Berufung jedenfalls dieser Senatoren neu stellen. Die Wahl durch die „zuständigen Körperschaften“ (Art. 36 Abs. 1 BV) schiede aus.

- bb) Zu nennen sind hier auch Vorschläge in Richtung auf eine **Vertretung der Frauen**. Frauen sind nicht ein eigenständiger „Teil“, sondern „die Hälfte“ der Bevölkerung. Das gibt ihren Gemeinsamkeiten einen Grad von Allgemeinheit, der es ausschließt, sie in umfassenden komplexen Organisationen zusammenzuschließen, um ihre Probleme dort einer primär internen Erledigung zuzuführen. Frauenorganisationen wären vielleicht spezielle Wohlfahrtsverbände, vor allem aber reine Interessen- oder Partizipationsverbände, gleichinteressierter oder gleichgesinnter Frauen. Sie wären vielleicht Genossenschaften zur Selbsthilfe unter gleichartig betroffenen Gruppen von Frauen. Aber sie wären keine Organisationen der Frauen – etwa wie die Gewerkschaften die Organisationen der Arbeitnehmer sind –, welche die gleichermaßen allgemeinen wie spezifischen Angelegenheiten der Frauen primär in sich erledigen könnten. Partikularität wäre nicht im gleichen Sinne gegeben wie sonst bei „Körperschaften“ des Senatsrechts.

- b) Vorschläge, welche den **elementaren und komplexen Charakter der partikular-korporativen Grundlage** des Senats **schwächen oder gefährden** würden. Hier sind drei Hauptrichtungen zu nennen:

- aa) Vorschläge in Richtung auf **Sekundärorganisationen**.

Sie verzichten in unterschiedlicher Weise auf die Vielfalt und Wandlungsfähigkeit der Verbandsaufgabe, auf die gesellschaftliche Bedeutung des Verbandes und seiner Aufgabe, auf die Schwer-Verfügbarkeit der persönlichen Zuordnung und auf ihren hohen Rang in der Entscheidungshierarchie. Unter den aktuellen Vorschlägen gehört hierher

vor allem der Vorschlag zugunsten der Sportverbände. Die Schwelle von den elementaren „Körperschaften“ im Sinne der Art. 34, 35 BV zu den Sekundärorganisationen ist schwer zu präzisieren. Offensichtlich ist jedoch, daß die Zahl solcher Sekundärorganisationen groß und ihr Bestand weitgehend beliebig ist. Der Gegensatz der Gesamtheit von „Sekundärorganisationen“ zu dem engen Kreis der „Körperschaften“ ist deshalb deutlich.

bb) Vorschläge in Richtung auf **Interessenverbände**.

Sie beruhen auf einem gemeinsamen Interesse der Mitglieder, dessen Wichtigkeit für Gesellschaft und Mitglieder sehr unterschiedlich sein kann. Kennzeichnend ist für sie, daß sie der Geltendmachung dieses Interesses nach außen, vor allem zum Staat hin dienen.

cc) Vorschläge in Richtung auf **Partizipationsverbände**.

Sie beruhen auf dem gemeinsamen Bestreben der Mitglieder, auf Allgemeinheit, Staat und andere politische Entscheidungsträger Einfluß zu nehmen. Sie sind ihrem Zweck nach nicht partikular. Nur die Aktivität der Organisierten ist es. Zur Wendung nach außen und zum Gemeinwesen hin kommt hier hinzu, daß diese Gemeinsamkeit der Anschauung im allgemeinen aber leicht „verfügbar“ ist. Unter den aktuellen Vorschlägen gehört hierher vor allem der Vorschlag zugunsten der Naturschutz-Organisationen.

Diese Organisationen haben einen relativ hohen Grad an Beliebbarkeit hinsichtlich ihrer Gegenstände und ihrer Mitglieder und insgesamt hinsichtlich ihrer Zahl. Interessenverbänden und Partizipationsverbänden fehlt die Bewährung durch innere Bewältigung einer gesellschaftlichen Aufgabe. Partizipationsverbänden fehlt zudem die Vorgegebenheit einer partikularen Aufgabe.

Die Berücksichtigung solcher Organisationen im Senat

- bedeutet tendenziell die Öffnung des Senats für eine große Zahl von Organisationen und steigert die Schwierigkeit, die einbezogenen Organisationen von den ausgeschlossenen abzugrenzen,
- setzt entgegen dem korporativ-organischen Konzept des Senats den Aspekt des Sachbereichs hinter den Aspekt der Organisation zurück,

- verschärft den Nachteil der nicht organisierbaren und nicht organisierten Interessen gegenüber den organisierbaren und organisierten,
- steigert die Möglichkeit der vielfachen Repräsentation des einzelnen durch die in den Senat entsendenden Körperschaften,
- bringt die Gefahr mit sich, daß „politische“ Organisationen, deren Zweck die Einflußnahme auf Allgemeinheit und Gemeinwesen ist, in den Senat entsenden und ihn als „nichtpolitische“ Repräsentation desintegrieren,
- nimmt in Kauf, daß mit der zunehmenden Zahl und Spezialität von Organisationen die Stabilität der einzelnen Organisation ebenso absinkt wie ihre Fähigkeit, notwendigen gesellschaftlichen Wandel in sich zu bewältigen und zum Ausdruck zu bringen,
- stellt vor die Alternative, die Zahl der Senatoren zu erhöhen oder die Relation zwischen Basis und Zahl der Sitze je Verband oder Verbändegruppe dem Verhältnis „eins : eins“ anzunähern, und steigert die Schwierigkeit der angenommenen Verteilung der Sitze,
- setzt die Wahrscheinlichkeit, daß qualifizierte Senatoren aus partikular-korporativer gesellschaftlicher Bewährung hervorgehen, gleichwohl aber unabhängig wirken, herab.

Nicht ohne weiteres fügen sich die Behinderten-Organisationen in diese Überlegung ein. Ihre Problematik bedürfte differenzierender Untersuchung unter Würdigung des Zwecks, der Wirksamkeit und der Mitglieder der in Betracht kommenden Organisationen.

- c) Vorschläge, welche auf eine **Umwandlung** der Repräsentation der regionalen Verbände als solcher **in eine Vertretung der Regionen** – wohl der Bezirke – zielen.

Solche Vorschläge bedeuten eine quantitative Verschiebung (durch Vermehrung der Gesamtzahl der Sitze oder durch Umverteilung) zugunsten der Gemeindeverbände und die Wahl eines Teiles unter politischen und rechtlichen Bedingungen, die denen der Landtagswahl sehr ähnlich sind.

2. Vorschläge, die auf eine **andere Verteilung der Sitze** im Senat zielen,

laufen weitgehend auf ein **quantitatives Prinzip** hinaus (das z. B. die Zahl der Vertreter der Landwirtschaft mit der Zahl der Vertreter der

Gewerkschaften und diese Größen mit der Zahl der Landwirte und der Zahl der Arbeitnehmer vergleicht). Eine quantitative Zuteilung von Sitzen an die korporativ-organischen Gruppen i. S. des Art. 35 Satz 2 BV ist dem Wesen des Senats jedoch fremd. Diese Verteilung der Sitze ist vielmehr nur nach qualitativen Kriterien möglich, die dem Leitprinzip der Darstellung der „natürlichen Gliederung des Volkes“ durch die wichtigen Lebensbereiche entsprechenden „Körperschaften“ als einer Alternative zur numerisch-egalitären parteipolitischen Repräsentation des Volkes im Landtag zu entsprechen haben.

## **D) VERFASSUNGSRECHTLICHE WÜRDIGUNG**

Zur verfassungsrechtlichen Würdigung der Tendenzen, die Zusammensetzung des Senats zu ändern, wurde bereits oben<sup>170)</sup> darauf hingewiesen, daß es sich nur um Maßstäbe des Grundgesetzes (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3, 28, 31 GG) und des höherrangigen bayerischen Verfassungsrechts handeln kann. Das geltende Verfassungsrecht über den Bayerischen Senat kann Modifikationen insofern behindern, als die Vorschriften nicht in Widerspruch zueinander geraten dürfen. So würde etwa das Abgeben vom korporativen Prinzip auch eine Änderung der Wahlnormen (Art. 36 Abs. 1, 42 Satz 2 BV) erfordern. Insbesondere müßte die Generalnorm des Art. 34 BV mit geändert oder eben respektiert werden.<sup>171)</sup>

So eng der Rahmen der Kontrolle danach auch gezogen ist, so sind Aussagen über den Spielraum der Änderungen doch auch von dieser „dürren“ Grundlage her möglich.

### **I. Vorschläge, die den Zugang zum Senat durch teilweisen Verzicht auf die korporative Basis verändern wollen**

Vorschläge, welche rechts-, staats- und politikerfahrene Personen (amtierende oder frühere Gerichtspräsidenten, hohe Verwaltungsbeamte, ehemalige Minister usw.) als solche in den Kreis der Senatoren aufnehmen wollen,<sup>172)</sup> stellen, wie bemerkt, einen Bruch in der Konzeption des Senates dar. Sie verzichten auf die korporative Grundlage von Senat und Senator. Das ginge nicht ohne Änderung auch von Art. 34, 36 Abs. 1, 42 Satz 2 BV. Dies vorausgeschickt, stünde ihnen höheres Verfassungsrecht jedoch nicht generell entgegen. Vielmehr käme es auf die konkrete Gestaltung an.

Zu bedenken wäre, bei wem die Auswahl läge. Sicher nicht die Entsendung durch den Landtag (etwa nach dem Muster des Art. 42 Satz 1 BV), wohl auch nicht die Entsendung durch die Staatsregierung oder durch den Ministerpräsidenten könnten schlechthin als undemokratisch (i. S. von Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1, GG, Art. 75 Abs. 1

170) S. oben A III.

171) S. noch einmal Anm. 26.

172) S. oben C II.

Satz 2 BV) bezeichnet werden. Die Wahl von Senatoren durch den Landtag oder ihre Benennung durch Ministerpräsident oder Staatsregierung könnte allerdings an eine Grenze stoßen, die durch den demokratischen Grundsatz „Mehrheit entscheidet“ (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 BV) vorgegeben ist. Könnte sich nämlich die Landtagsmehrheit oder könnte sich die von einer Landtagsmehrheit getragene Staatsregierung in wesentlichem Umfange Stimmen im Senat verschaffen, so könnte der Senat zu einer Perpetuierung einer aktuellen Mehrheit führen. Das könnte letztlich gegen die demokratischen Bindungen auch des bayerischen Verfassungsgebers verstoßen. Doch genügt es hier, auf diese Problematik generell hinzuweisen.

Wo Senatoren kraft eines aktiven politischen, administrativen oder richterlichen Amtes bestellt würden, wäre zu bedenken, ob das Verfahren, das in dieses Amt einführt, auch als hinreichende Legitimation zum Amt des Senators ausgestaltet ist. In der Gegenrichtung wäre zu bedenken, ob die Verbindung eines judikativen oder administrativen Amtes mit dem Amt des Senators nicht zu einer Verfremdung des Ernennungsvorganges führt, der mit dem Wesen des judikativen oder administrativen Amtes nicht vereinbar ist (Art. 33 Abs. 2, 4 und 5 GG, Art. 4, 55 Nr. 4, 94 Abs. 2, 116 BV). Ferner wäre der Aspekte der Gewaltenteilung<sup>173)</sup> (Art. 20 Abs. 2 und 3 GG, Art. 4 und 5 BV) zu erwägen. Das Gewaltenteilungsprinzip ist, wie das Rechtsstaatsprinzip, höherrangiges Recht auch gegenüber der Bayerischen Verfassung.<sup>174)</sup> Jedoch ist der Grundsatz der Gewaltenteilung so elastisch,<sup>175)</sup> daß nur in einem extremen Fall von hierher Bedenken zu erwarten wären. Endlich aber wäre zu fragen, inwieweit die Verbindung des Senatoramtes mit einem Amt auf Lebenszeit gegen das demokratische Prinzip des „Mandats auf Zeit“ verstieße, vermittels dessen die demokratische Legitimation und Verantwortung (Art. 28 Abs. 1 GG, Art. 2, 4 BV) realisiert wird.

## II. Eine Frauen-Vertretung

Eine selbständige und einseitige Repräsentation der Frauen, die nicht, wie Art. 11 SenG das vorsieht, durch ihre Zahl und ihre Bedeutung in den repräsentierten Lebensbereichen und Organisationen indiziert ist – würde gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung der Männer

173) Das Gewaltenteilungsprinzip bindet die Länder zumindest über Art. 28 Abs. 1 GG. S. dazu Klaus Stern, Bonner Kommentar, Lieferung 1977, Art. 28 RdNr. 24.

174) S. oben A III, insbes. Anm. 24.

175) S. etwa Maunz - Dürig, M-D-H-Sch, Art. 20 RdNr. 79 f. Schweiger, N-L-S-Z Art. 5 RdNr. 10.

und Frauen (Art. 3 Abs. 2 GG) verstoßen und eine Bevorzugung allein nach dem Geschlecht darstellen (Art. 3 Abs. 3 GG). Sie verstieße also gegen das Grundgesetz. Daneben kann dahingestellt bleiben, ob Art. 118 Abs. 2 BV, wonach Männer und Frauen grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten haben, zu den höherrangigen Grundsätzen der Bayerischen Verfassung gehört.<sup>176)</sup> Je nach der Ausgestaltung könnte sie auch die korporative Basis des Senats in Frage stellen und also auch eine Änderung der Art. 34, 36 Abs. 1, 42 Satz 2 BV notwendig machen. Stützte sie sich auf Frauenverbände, so wäre auch zu klären, ob diese als „soziale, wirtschaftliche, kulturelle“ oder „gemeindliche“ Körperschaften (Art. 34 BV) begriffen werden können.

### **III. Die Vorschläge, die Regionen des Landes stärker zu vertreten**

Die Überlegungen oben<sup>177)</sup> haben gezeigt, daß der Vorschlag, die Repräsentation der Regionen des Landes im Senat zu verstärken, ohne nähere Präzision kaum beurteilt werden kann. Sind die Bezirke, die Landkreise gemeint? Oder meint man „nichtorganisierte“, historische „Landstriche“? Welche quantitativen Veränderungen des Senats gehen damit einher?

Wollte man „nichtorganisierte“ Landschaften im Senat vertreten, so ginge das nicht, ohne auch Art. 34, 36 Abs. 1, 42 Satz 2 BV zu ändern; denn die korporative Grundlage wäre verlassen.

Wollte man die Bezirke stärker beteiligen, so wäre ein Systembruch zu besorgen. Die mit den Landtagswahlen parallelen Bezirkstagswahlen<sup>178)</sup> würden um so mehr zum Einfallstor der Parteipolitik in den Senat, je breiter die Repräsentation dieser „Regionen“ ausfallen würde. Damit erwüchse dem Landtag im Senat ein doch auch parteipolitisch-parlamentarischer Konkurrent. Wenigstens würden die latenten Energien, die den Senat in eine solche Richtung drängen könnten, bekräftigt. Das durch Art. 28 Abs. 1 GG ebenso wie durch Art. 2, 4 und wohl auch 75 Abs. 1 Satz 2 BV garantierte Prinzip der zentralen Steuerung des demokratischen Gemeinwesens durch ein aus allgemeinen, gleichen, unmittelbaren und geheimen Wahlen hervorgegangenes Parlament wäre in Frage gestellt. Schließlich würde sich die Frage nach dem Verhältnis zur Repräsentation der Gemeinden stellen, die am intensivsten „partikulare Gesellschaft“ sind und in der Verfassung mit den nachdrücklichen Garantien ausgestattet sind (Art. 11, 83 BV).

<sup>176)</sup> S. dazu VerfGH 13, 89 (92).

<sup>177)</sup> S. oben C III, VI.

<sup>178)</sup> S. noch einmal oben C III.

#### **IV. Vorschläge, die auf einen erweiterten Zugang von Verbänden zum Senat zielen**

Politisch aktueller sind, wie der Antrag auf das Volksbegehren vom Herbst 1977 und die sich darum rankende Diskussion in der Öffentlichkeit gezeigt haben, Vorschläge, die weiteren Verbänden den Zugang zum Senat öffnen sollen. Sie zielen auf die **Umwandlung** des Senats in ein **Verbändeparlament**.<sup>179)</sup> Zur verfassungsrechtlichen Würdigung dieser Vorschläge ist folgendes zu sagen.

##### **1. Die Plattform des Art. 34 BV**

Jede Ausweitung wird daraufhin zu prüfen sein, ob die in die Basis des Senats einbezogenen Organisationen

- „Körperschaften“ und zwar
- „sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen“ oder „gemeindlichen“ Charakters

sind. Die Frage nach dem sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und gemeindlichen Charakter<sup>180)</sup> kann nur konkret beantwortet werden. Gegen das Wesen der „Körperschaft“ dagegen verstoßen solche Vorschläge tendenziell.<sup>181)</sup> Sie bedürfen deshalb grundsätzlich einer gleichlaufenden Änderung der Art. 34, 36 Abs. 1, 42 Satz 2 BV, wenn die Bayerische Verfassung nicht in sich widersprüchlich werden soll.

##### **2. Individualität versus Gattung**

Die Vorschläge weiten, wie dargetan,<sup>182)</sup> den engen Kreis der originären „Körperschaften“, wie sie Art. 35 BV nennt, in Richtung auf Verbandstypen aus, die sich – im einzelnen mit verschiedenen Gegenständen, Zielen, Mitgliederkreisen usw. – in der Wirklichkeit wiederholen. Die Naturschutzverbände machen das für die Partizipationsverbände deutlich. Die Sportverbände bilden das Beispiel für Sekundärorganisationen. Daß die Interessenorganisationen in der weiteren Entwicklung nicht zurückstehen würden, ist keine Frage.

Im Zusammenhang mit den verfassungspolitischen Auseinandersetzungen, die mit dem Antrag auf das Volksbegehren verbunden waren, wurden dem Vernehmen nach in der Bayerischen Staatsregierung Untersuchungen angestellt, welche weiteren Verbände möglicherweise analoge Anwartschaften auf einen Sitz im Senat geltend machen könnten. Die Zusammenstellung kommt auf rund 50 Verbände. Es ist

179) S. zu vergleichbaren Vorschlägen oben C IV Anm. 137.

180) S. a. oben B I 2 b.

181) S. oben B, C IV, VI.

182) S. oben B, C IV, VI.



unnötig, diese Aufstellung hier zu prüfen, um festzustellen, in welcher Weise Analogien tatsächlich gegeben sind. Es ist ebenso unnötig in der Ermittlung fortzufahren, um – was sicher wäre – zahlreiche weitere Verbände, die einen Sitz im Senat erwarten dürfen, verlangen würden und irgendwie auch analog begründen könnten, aufzufinden. Sicher ist jedenfalls, daß mit den Sportverbänden, den Naturschutzverbänden und – bei allem Vorbehalt<sup>183)</sup> – auch mit den Behinderten-Verbänden Organisationstypen als senatsfähig postuliert sind, deren Individualität nur noch im Gegenstand und Personenkreis liegt, nicht mehr aber in den weiteren Merkmalen der „Körperschaft“, die oben umschrieben sind.<sup>184)</sup> Das bedeutet, daß der Verfassungsgeber den Senat nicht für solche Verbände öffnen kann, ohne auch die Frage zu beantworten, wie er es mit den weiteren analogen Verbänden hält. Geht der Verfassungsgeber von den jeweils hochgradig eigenartigen, individuellen korporativ-organischen Bereichen, die in Art. 35 Satz 2 BV benannt sind, und den für sie „zuständigen Körperschaften“ ab und bezieht er Partizipationsverbände, Interessenverbände oder Sekundärorganisationen ein, so trifft er keine Einzelfallentscheidung mehr; er eröffnet eine Serie. Er steht vor der Alternative, entweder eine normative Formel zu finden und das zum Ausdruck zu bringen oder unter den in Betracht kommenden Partizipations-, Interessen- und Sekundärorganisationen die als senatsfähig Benannten zu privilegieren, die Verschwiegenen aber zu diskriminieren. Beugnet der Verfassungsgeber sich mit einer Einzelfallentscheidung, wie sie ihm der Antrag auf das Volksbegehren vom Herbst 1977 vorgeschlagen hätte, so bleibt er notwendig den Hinweis auf die sachlich rechtfertigenden Gründe seiner Unterscheidung schuldig. Die Masse der Partizipations-, Interessen- und Sekundärorganisationen ist zu groß und weithin zu gleichgewichtig, als daß dann die Motivation nur des Herausgreifens noch genügen würde. Notwendig wäre auch die Motivation des Vernachlässigens anderer.<sup>185)</sup>

Verfassungsdogmatisch ist die Frage kontrovers, ob sich die Grenzen von Einzelfallgesetzen aus dem materiellen Verfassungsrecht, dem Gleichheitssatz (Art. 3 GG, Art. 118 BV) ergeben oder aus dem formel-

---

183) S. oben C IV 2 c.

184) S. oben B.

185) Zur Ableitung eines Begründungszwanges aus dem Gleichheitssatz s. Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution 1965, S. 169; Adalbert Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, S. 85, 87; Günter Dürig, M-D-H-Sch, Art. 3 RdNrn. 316 f., 320. S. auch BVerfGE 18, 366 (372); 20, 374 (377).

len Recht, dem Rechtsstaatsprinzip, insbesondere dem Prinzip der Gewaltenteilung und der Allgemeinheit der Gesetze (Art. 19 Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 2 und 3, 28 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 3 Satz 1, 4, 5, 70 Abs. 1 BV).<sup>186)</sup> Die Frage kann hier offenbleiben. Der Kern des Problems liegt hier im Gleichheitssatz.<sup>187)</sup> Er verlangt, daß in einem Entscheidungsprozeß über die Erweiterung der Basis des Senats alle vergleichbaren Verbände einbezogen werden und unter ihnen nach sachlich einleuchtenden Erwägungen unterschieden wird.<sup>188)</sup> Die Nachfrage nach einer gewaltenteilig richtigen Form – nach einer abstrakten Norm also, die das richtige Abgrenzungskriterium erkennen läßt – ist eine Folge der Nachfrage nach materieller Richtigkeit.

Daß der Verfassungsgeber selbst dem Willkürverbot, das sich aus dem Gleichheitssatz (Art. 118 Abs. 1 BV) ergibt, untersteht, steht nicht nur bundesrechtlich (Art. 3, 31 GG), sondern auch landesrechtlich außer Frage. Das Willkürverbot zählt zu den Grundsätzen höherrangigen Verfassungsrechts, an denen die Verfassung selbst zu messen ist.<sup>188a)</sup> Die einschlägigen formellen Maximen (Art. 19 Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 2 und 3, 28 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 3 Satz 1, 4, 5, 70 Abs. 1 BV) bezeichnen gewissermaßen nur das unvermeidliche Instrumentarium, dessen sich der Verfassungsgeber zu bedienen hat, um materiellrechtlich richtig vorzugehen. Doch wird ihr Kern jedenfalls über das Rechtsstaatspostulat des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG dem Land als Verfassungsgeber vorgegeben sein.<sup>189)</sup>

---

186) S. für die Begründung aus beiden Prinzipien VerfGH 18, 85 (94 ff.); Schweiger, N-L-S-Z, Art. 70 RdNr. 4; Meder, Art. 70 RdNr. 3. – Für das Grundgesetz legt die h. M. den Akzent auf den Gleichheitssatz vgl. BVerfGE 25, 371 (396 ff.); Günter Dürig, M-D-H-Sch, Art. 3 Abs. 1 RdNr. 8 ff. Kritisch hierzu Hans Heinrich Rupp, Art. 3 GG als Maßstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, 1976, S. 364 ff. (368 ff.). S. auch Theodor Maunz, M-D-H-Sch, Art. 20 RdNr. 109 ff.

187) S. die Nachw. oben Anm. 185.

188) Zu den Schwierigkeiten, eine gleichheits- und systemgerechte Lösung zu finden, s. z. B. Ulrich Scheuner, Politische Repräsentation und Interessenvertretung, DöV, 18. Jahrg. (1965), S. 577 ff. (580); Rudolf Steinberg, Zur Institutionalisierung des Verbandseinflusses in einem Bundeswirtschafts- und Sozialrat, aaO. (Anm. 2) S. 837 ff. (843); dens. aaO. (Anm. 145), insbes. S. 51 f.; von Arnim aaO. (Anm. 136) S. 386. S. a. schon oben Anm. 1.

188a) S. oben A III, Anm. 24.

189) S. oben Anm. 173. – Die Frage, ob der Grundsatz der Allgemeinheit des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG) nur für grundrechtseinschränkende Gesetze gilt (s. dazu Rupp, aaO. (Anm. 186), m. w. Nachw.), kann hier dahingestellt bleiben. Er wird im Text nur „mitzitiert“, um den Inhalt der Gewaltenteilungsmaxime zu verdeutlichen. Entsprechendes gilt für Art. 70 Abs. 1 BV.

### 3. Verbände oder Parteien?

Die Ausweitung der Basis des Senats auf Partizipations-, Interessen- und Sekundärorganisationen würde das von Grundgesetz und Bayerischer Verfassung etablierte Regime der freien Formierung der Gesellschaft durch Parteien einerseits (Art. 21 GG)<sup>190)</sup> und Verbände andererseits (Art. 9, 140 GG, Art. 137 WV, Art. 114, 142 ff., 170, 179 BV) zersetzen. Das geschähe einerseits durch die Beeinträchtigung der Verbandsfreiheit, andererseits durch die Verwischung der Grenzen zwischen Verbänden und Parteien.<sup>191)</sup>

#### a) Die Gefährdung der Vereinigungsfreiheit

Das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 114 BV) wäre dadurch beeinträchtigt, daß über gewisse – mit dem „Körperschafts“-Begriff der Art. 34 ff. BV im wesentlichen getroffene – „natürliche“ Grenzen hinaus zwischen privilegierten senatsfähigen Verbänden und diskriminierten nichtsenatsfähigen Verbänden unterschieden würde. Grundrechte können nicht nur durch direkte Einschränkungen beeinträchtigt werden, sondern auch durch die Alternative von Gewährungen und Vorenthaltungen, wenn die Trennlinie ungleich oder doch so verläuft, daß der Freiheitsgebrauch beeinträchtigt wird.<sup>192)</sup> Je weiter der Kreis der senatsfähigen Verbände gezogen wird und je schwerer demzufolge wegen der wachsenden Ähnlichkeit der Verbände die Grenze zwischen „senatsfähigen“ und „nichtsenatsfähigen“ zu finden und zu rechtfertigen ist, desto mehr läuft die Entscheidung über die Einbeziehung oder Nichteinbeziehung auf ein Anerkennungsverfahren hinaus. Damit soll nicht behauptet werden, das stelle eine Art Lizenzierung von Verbänden dar. Die politische Wirkung kann

---

190) Nur undeutlich hierzu auch Art. 13 Abs. 2 Satz 1, 15, 96 Satz 1 BV.

191) Zur Tendenz des Hineinnehmens der Verbände in den öffentlichen Bereich vgl. Helmut Lemke, Über die Verbände und ihre Sozialpflichtigkeit, DöV, 28. Jahrg. (1975), S. 253 ff.; s. a. Hans Heinrich Rupp, Die „öffentlichen“ Funktionen der Verbände und die demokratisch-repräsentative Verfassungsordnung, in: Macht und ökonomisches Gesetz, Bd. II, herausgegeben von Hans K. Schneider und Christian Watrin, Schriften des Vereins für Sozialpolitik n. F. Bd. 74 II, S. 1251 ff.

192) Zur Beeinträchtigung von Grundrechten durch Manipulation des Grundrechtsnutzens s. Hans F. Zacher, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL Heft 25, 1967, S. 308 ff. (364 f.); dens., Freiheits- und Sozialrechte im modernen Verfassungsstaat, in: Stanis-Edmund Szydzik (Herausgeber), Christliches Gesellschaftsdenken im Umbruch, 1977, S. 75 ff. (S. 100 ff.).

aber doch eine Verletzung der institutionellen Garantie der Vereinigungsfreiheit ergeben.<sup>193)</sup>

Dabei kommt dem Überschreiten der jetzt durch Art. 35 BV skizzierten „natürlichen Grenzen“ des Kreises der „senatsfähigen“ Verbände eine doppelte Bedeutung zu. Zunächst setzt der verfassungsrechtliche Zweifel hier insofern an, als die Überschreitung dieses Kernbestandes, wie schon oben bemerkt, die Linie der Rechtfertigung des Einschlusses oder Ausschlusses von der Basis des Senats undeutlich werden läßt. Diese Undeutlichkeit bedeutet für den Gesetzgeber die Gefahr der Willkür, für die betroffenen Verbände in erster Linie Abhängigkeit. Sie haben keinen sicheren Status der Erwartung der „Senatsfähigkeit“ und keine verlässliche Möglichkeit der Kontrolle seiner Versagung.

Der zweite Aspekt, warum das Verlassen des Kernkreises von „Körperschaften“, den jetzt Art. 35 BV umschreibt, so problematisch ist, ist folgender. Die Gefahr einer Beeinflussung der Vereinigungsfreiheit ist für den Kernkreis der in Art. 35 BV benannten „Körperschaften“ geringer als für den großen Kreis der Partizipations-, Interessen- und Sekundärorganisationen. Für die in Art. 35 BV einbezogenen „Körperschaften des öffentlichen Rechts“ scheidet eine Gefährdung der Vereinigungsfreiheit ohnedies aus. Für die „Körperschaften des privaten Rechts“ unter ihnen ist sie durch ihr Eigengewicht, das der Begriff der „Körperschaft“ ja voraussetzt, minimalisiert. Man denke an die Implikationen zurück: An die elementare und komplexe Aufgabe, an die Stabilität, an die hohe Bedeutung der Zugehörigkeit für die Mitglieder, an die verfassungsrechtlichen Garantien oder doch Bewertungen usw. Das alles fehlt bei den Partizipations- und Interessenverbänden, in der Regel auch bei den Sekundärorganisationen. Für ihren Mitgliederkreis, für ihre Effektivität und letztlich ihren Bestand bedeutet die „Senatsfähigkeit“ deshalb sehr viel mehr als für die „Körperschaften“, die jetzt in den Senat entsenden.

Von hier aus läßt sich im Rückblick auf das, was zum Körperschaftsbegriff im Sinne des Senatsrechts<sup>194)</sup> gesagt wurde – einseitig pointierend – feststellen: ein Verband ist um so eher „Körperschaft“, je weniger seine Stellung in der Gesellschaft von seiner „Senatsfähigkeit“ abhängt. Je mehr die „Senatsfähigkeit“ für einen Verband bedeutet,

---

193) S. zu analogen Erwägungen für das Verhältnis der Koalitionsfreiheit zu der öffentlichen Stellung von Gewerkschaften: Hans F. Zacher, Gewerkschaften in der rechtsstaatlichen Demokratie, in: „Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung“, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, 1975, S. 707 ff. (727 f.); dens., Staat und Gewerkschaften, S. 38 ff.

194) S. oben B.

desto weniger ist er „Körperschaft“. Die Eigengesetzlichkeit des Senats und die Bedingungen der Vereinigungsfreiheit sind insoweit die beiden Seiten einer Medaille.

### **b) Die Störung des Verhältnisses Parteien–Verbände**

Den Zugang zum Senat in der diskutierten Weise zu erweitern, würde aber, wie schon angekündigt, auch das Verhältnis von Parteien und Verbänden (Art. 9 Abs. 1, 21 GG) verändern. Parteien<sup>195)</sup> sind Organisationen zur aktuellen Integration des Volkswillens. Diese Integration vollzieht sich im Kampf um Wählerstimme und Mandat in bezug auf Bundestag und Landtage. Angesichts der Breite der Kompetenzen, die mit diesen Mandaten und den zu ihnen führenden Wahlen verbunden sind, ist es den Parteien aufgegeben, eine umfassende Thematik zu artikulieren. Je spezieller ihre sachlichen Prioritäten sind, desto höheren Rang müssen die darin verkörperten Anliegen für die Wähler haben, oder desto geringer sind ihre Chancen.

Der Einfluß von Verbänden beruht auf ihrer spezifischen, von ihrem Mitgliederkreis, ihrer sozialen Leistung, den von ihnen vertretenen Interessen, ihrer Resonanz in der Öffentlichkeit usw. abhängigen Position. Der von den Parteien dominierte Staatsapparat und die Parteien selbst sind ihre Gegenspieler – wobei sich zwischen Verbänden und Parteien bekanntlich eine wechselseitige Unterwanderung vollziehen kann.<sup>196)</sup> Wollten sich Verbände unmittelbare politische Macht verschaffen, so müßten sie in den skizzierten allgemeinen Integrationsprozeß eintreten und ihm ihre Prioritäten einordnen. Bekanntlich schafft diese Polarität zwischen der Rolle der Parteien und der Rolle der Verbände eine hinreichend deutliche Unterscheidung.

In dem Maße nun, in dem den Verbänden in einer zweiten Kammer der Zugang zu einem allgemeinen Mandat eröffnet würde, ohne daß sie sich einer allgemeinen und gleichen Wahl zu stellen hätten, würde dieser Gegensatz aufgehoben. Am deutlichsten würde sich diese Gefahr bei den Partizipationsverbänden zeigen. Wer ein Anliegen wie den Naturschutz, das Traditions- und Heimatwesen, die musische Entfaltung der Gesellschaft usw. vertreten möchte, kann dies natürlich auch als Partei. Die geringen Chancen in einem allgemeinen und gleichen Wahlrecht bedürfen freilich keiner Beschreibung. Ein Verband wiederum unterliegt den oben durch Mitgliederkreis und Aufgabe gegebenen Grenzen von Legitimation und Einfluß. Die Öffnung des Senats für

195) S. dazu schon oben B I 3, C IV 1a, aa.

196) S. dazu etwa die Beispiele bei Heinz Josef Varain, *Verbändeeinfluß auf Gesetzgebung und Parlament*, in: Heinz Josef Varain, (Herausgeber), *Interessenverbände in Deutschland*, 1979, S. 305 ff.

solche Verbände würde ihnen als „Spezialparteien“ aber einen zweiten Weg zu einem **a l l g e m e i n e n** Mandat eröffnen, das nicht dem harten Gesetz der allgemeinen politischen Integration und Verantwortung in allgemeinen und gleichen Wahlen unterläge.<sup>197)</sup> Wer ein spezielles Anliegen gegenüber dem Gemeinwesen verfolgen wollte, hätte also die Alternative, eine Partei zu gründen oder einen Verband – ersteres mit den größeren Einflußmöglichkeiten von Bundes- und Landtag, aber den entsprechend geringen Wahlchancen, letzteres mit den geringeren Einflußmöglichkeiten des Senats, aber mit eben der Chance, den Titel für den Zugang aus der eigenen Existenz ableiten zu können. Ähnliches könnte für reine Interessenorganisationen dargetan werden.<sup>198)</sup>

Auch hier zeigt sich die Problematik wieder voll, indem dieser Vision künftiger Entwicklung der gegenwärtige Zustand entgegengehalten wird. Die jetzt „senatsfähigen“ Verbände haben einen von der Verfassung zu Recht vorausgesetzten gesteigerten Grad von gesellschaftlicher Notwendigkeit. Sie haben eine Eigengesetzlichkeit, die es ausschließt, daß sie als Alternativparteien gegründet werden, oder daß sie sich wie Alternativparteien verhalten.

Hier ist einmal mehr an die Grundkonzeption des Senats zu erinnern, einen **K o n t r a s t** zum parteipolitischen Parlament, dem Landtag, darzustellen. Das ist, wie immer schon dargetan wurde, nur möglich, wenn die Eigenart der Verbände, die in den Senat entsenden, ihre Differenz zu den Parteien verbürgt. Wird dies übersehen, so besteht Gefahr für die Eigenständigkeit und Rechtfertigung des Senats. Die Gefahr kann sich je nach den politischen und gesellschaftlichen Verhältnissen aber auch gegen das Parteienwesen selbst richten. In dem Maße, in dem beliebige Verbandsgründungen den Zugang zum Senat erschließen, besteht diese Gefahr für die Institution des Parteiensystems. Und der Zugang zum Senat wird notwendigerweise weit mehr beliebig, wenn Partizipations- und Interessenverbände „senatsfähig“ werden. Die Öffnung des Senats über den Kreis des Art. 35 BV hinaus muß also auch an Art. 21 GG gemessen werden.

Damit soll nicht behauptet werden, eine solche Gefährdung des Parteiensystems wäre unmittelbar und voll eingetreten, wenn der Zugang zum Senat im Sinne des Antrags auf das Volksbegehren vom Herbst

---

197) S. R u p p , aaO. (Anm. 191), S. 1257 f., der betont, daß hier der wesentliche Unterschied zu Parteien und Verbänden liegt, weniger in der Frage der demokratischen Binnenorganisation. Zu dem Spannungs- und Konkurrenzverhältnis der Verbände zu den politischen Parteien vgl. noch einmal L e m k e , aaO. (Anm. 191) S. 254.

198) S. zum Vorstehenden auch schon oben C IV 1a bb.

1977 verändert worden wäre. Jedoch ist einmal mehr zu betonen, daß eine solche Änderung eine Serie eröffnen würde – ob der Verfassungsgeber das bewußt wollte oder nicht. Die Eröffnung dieser Serie auf Partizipations- und Interessenverbände hin wäre es aber, was in Konflikt zu Art. 21 GG treten müßte.

#### **4. Die Verschärfung der Probleme der Repräsentation der Organisierten und der Mehrfachrepräsentation**

Jedes korporativ angelegte Parlament vernachlässigt die nicht organisierten und nicht organisierbaren Gruppen und Interessen.<sup>199)</sup> Das Konzept des Senats schließt ferner ein, daß Bürger unterschiedlich oft an der Basis des Senatswahlvorganges stehen können.<sup>200)</sup> Der katholische Handwerksgehilfe, der gewerkschaftlich organisiert und Mitglied einer Genossenschaft ist, ist öfter repräsentiert als der konfessionslose Kaufmann.

Die Breite und Komplexität jeder der in Art. 35 Satz 2 BV genannten Gruppen mildert diese Problematik allerdings. Jede dieser „Körperschaften“ hat für sich ein relativ breites „Einzugsgebiet“ und reflektiert so selbst mehr oder weniger Differenzierungsaspekte, die anderen Gruppen zugrunde liegen. So kommen etwa Aspekte lokaler und regionaler Organisation nicht nur über die Gemeinden und Gemeindeverbände zum Zuge. Religiöse Differenzierungen können über die Religionsgemeinschaften hinaus vor allem in den Wohltätigkeitsorganisationen Ausdruck finden. Oder, um ein letztes Beispiel zu bringen, man denke an die Überschneidungen und Durchdringungen von Wohltätigkeitsorganisationen, Gemeinden und Gemeindeverbänden, Religionsgemeinschaften, Gewerkschaften und Genossenschaften im „sozialen“ Bereich. Die meisten dieser „Körperschaften“ haben aber auch Anlaß, in sich nicht organisierbare und nicht organisierte Interessen aufzunehmen, selbst zu berücksichtigen oder nach außen zu tragen. Für die Wohlfahrtsverbände ist das evident. Aber auch für Gemeinden, Gemeindeverbände, Religionsgemeinschaften und für die berufsständischen Organisationen, die das Gemeinwohl mit dem „Standesinteresse“ zu harmonisieren haben, gilt es. Und bei den Gewerkschaften ist es Tradition, sich der sozialen Belange ohne Rücksicht auf ihre Organisierbarkeit anzunehmen.

Immer wieder zeigt sich, daß der elementare und komplexe Charakter der im ursprünglichen Senatskonzept herangezogenen „Körperschaften“ in erstaunlichem Maße Breite und Ausgewogenheit der Repräsen-

199) S. auch oben C IV 1b, vor allem Anm. 145, C IV 1b.

200) S. Zacher, Struktur und Stellung, S. 371. S. zum Nachfolgenden auch schon oben C IV 1b, C V 2b, bb und C VI 1b.

tation bewirkt. Je weiter sich der Senat aber spezielleren und leichter „machbaren“ Organisationen öffnet, desto schärfer tritt das Repräsentationsgefälle der Organisierbarkeit und Organisiertheit und tritt das Problem der Mehrfachrepräsentation hervor, und desto weniger wird es in den Verbänden und durch die Verflochtenheit des Systems der „Körperschaften“ aufgewogen.<sup>201)</sup> Wird der Senat der Gattung der Partizipations-, Interessen- und Sekundärorganisationen eröffnet, so wird der einzelne „seriell“ um so öfter repräsentiert, je öfter er partizipiert, ein organisiertes Interesse hat oder an der gesellschaftlichen Bewältigung einer Aufgabe durch eine Sekundärorganisation beteiligt ist. Dies muß schließlich einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 Abs. 1 BV) darstellen, dessen Willkürverbot auch den Verfassungsgeber bindet.

## **5. Die Grenzen des demokratischen Prinzips**

### **a) Die demokratischen Anforderungen an den Senat**

Damit kommen auch die Grenzen in Sicht, die einer Veränderung des Senatsrechts vom demokratischen Prinzip her zu ziehen sind. Dieses demokratische Prinzip gehört zu den Staatsfundamentalnormen der Bayerischen Verfassung (Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BV). Es ist der Bayerischen Verfassung aber auch vom Grundgesetz vorgegeben (Art. 28 GG). Hans **Nawiasky**<sup>202)</sup> meinte hierzu: „Auch die Einschaltung des Senats alteriert den demokratischen Charakter des Staates nicht. Denn einmal repräsentiert er als Vertretung der sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und gemeindlichen Körperschaften des Landes (Art. 34) das Volk selbst in seinen nichtpolitischen natürlichen Gliederungen und ist auch grundsätzlich nach demokratischen Grundsätzen zu bestellen (Art. 36 I). Und dann steht ihm keinerlei politische Entscheidung, sondern auch nur ein Antrags- und Begutachtungsrecht zu (Art. 39–41).“<sup>203)</sup>

201) S. oben B VI 1b und VI.

202) N-L, S. 30.

203) S. auch *Singer*, S. 12; *Franz Knöpfle*, *Beratung von Verfassungsorganen in geschichtlicher und rechtlicher Sicht*, BayVBl., 13. Jahrg. (1967), S. 401 ff. (401): „Angesichts seines verdienstvollen Wirkens läßt sich jedenfalls die Meinung, ein auf der Stufe der obersten Staatsorgane stehendes Gremium zu deren umfassender, gegenständlicher nicht beschränkter Beratung würde sich in einem parlamentarisch-demokratischen Staat als nicht ‚systemadäquater‘ Störungsfaktor auswirken, nicht aufrechterhalten. Erwiesen ist vielmehr, daß sich auch die heutige ‚Parteiendemokratie‘ mit Nutzen für das Staatsganze eines eigenständigen Elements der Beratung, das nicht Spiegelbild der Verteilung der politischen Kräfte ist, bedienen kann, ohne daß der Ruf einer unzeitgemäßen Restauration ständestaatlicher Vorstellungen berechtigt wäre.“



Eine andere Argumentation geht vom Landtag aus. Dieser entspreche den Anforderungen des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG. Eine zweite Kammer vertiefe nur die Demokratie.<sup>204)</sup>

Diese Argumentation ist nur in engen Grenzen glaubwürdig. Daß der Senat eine Repräsentation des Volkes sein soll, trägt wenig weit, wenn die Legitimation fehlt.<sup>205)</sup> Daß die Senatoren gewählt werden, <sup>206)</sup> hilft nicht über die Distanz hinweg, die zwischen den Wahlen zum Senat und allgemeinen, gleichen, unmittelbaren und geheimen Wahlen besteht, wie sie Grundgesetz und Bayerische Verfassung generell für wesentlich halten (Art. 20 Abs. 2, 28 Abs. 1 Satz 2, 38 Abs. 1 GG, Art. 2, 4, 12, 14 BV). Der neben dem „volldemokratischen“ Landtag schwächere, konsultative Platz des Senats kann nicht jede Zusammensetzung rechtfertigen, denn entweder wird der Senat als das, was er sein soll – als eine zweite Kammer,<sup>207)</sup> als ein Gesetzgebungsorgan<sup>208)</sup> und als Volksvertretung<sup>209)</sup> ernstgenommen; dann kann in einem demokratischen Gemeinwesen (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG, Art. 3, 4, 5, 75 Abs. 1 Satz 2 BV) seine demokratische Homogenität nicht gleichgültig sein. Oder diese demokratische Homogenität wäre in Frage zu stellen; dann dürfte der Senat auch keinen Einfluß haben. Oder die Vortäuschung von Einfluß wäre ein Verstoß gegen das Gebot der Rechtsklar-

---

204) S. Staatsvereinfachung, S. 24 ff. m. w. Nachw. Später etwa Theodor Maunz, M-D-H-Sch Art. 28 RdNr. 36; dens., Deutsches Staatsrecht, 21. Aufl., 1977, S. 228.

205) S. dazu etwa Leibholz, aaO. (Anm. 105) S. 148 ff.

206) S. zur demokratischen Absicht Dr. Ehard, Sten.Ber. II S. 489.

207) Vgl. VerfGH 8, 11 (22); Dr. Ehard, Sten.Ber. II S. 488/489; Küchenhoff, S. 81; Meder, RdNr. 1 vor Art. 34; N-L, S. 35 und 110; Singer, S. 11; Zacher, Struktur und Stellung, S. 11 m. w. Nachw.; a. A. Wilhelm Hoegner, Lehrbuch des bay. Verfassungsrechts, 1949, S. 74; Franz Mayer, in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Aufl., 1964, S. 40.

208) Vgl. VerfGH 20, 138; s. ferner dazu die Übersicht bei Widtmann aaO. (Anm. 117), S. 230 f.; Schweiger, N-L-S-Z, RdNr. 2 zu Art. 34.

209) S. dazu VerfGH 20, 138 (Senat als Petitionsadressat i. S. v. Art. 115 BV); w. Nachw. bei Widtmann aaO. (Anm. 117); ablehnend Schweiger, N-L-S-Z, RdNr. 6 zu Art. 5 und RdNr. 2 zu Art. 34.

heit.<sup>210)</sup> In Wahrheit aber soll der Senat Einfluß haben,<sup>210a)</sup> und sind ihm entsprechende Befugnisse gegeben.<sup>211)</sup>

Daß der Hinweis auf die volle demokratische Legitimation und Position des Landtags nicht genügt, um eine beliebige Gestalt des Senats zu erlauben, mag durch Beispiele verdeutlicht werden. Würde man etwa neben dem Bayerischen Landtag eine zweite Kammer nach der Art der Kammer der Reichsräte i. S. der Bayerischen Verfassung von 1818<sup>212)</sup> stellen, so würden das Vorhandensein des Landtags und ein bloß konsultativer Einfluß dieser Kammer – deren Übernahme hier nur nach der Zusammensetzung, nicht nach den Befugnissen gemeint ist – nicht genügen, um diese Institution gegenüber dem demokratischen Prinzip zu rechtfertigen. Oder – nur um ein sinnfälliges Beispiel zu geben – man stelle sich vor, dem jeweiligen Chef des Hauses Wittelsbach wäre ein den Rechten des Senats entsprechender Einfluß auf die Gesetzgebung Bayerns eingeräumt. Auch hier wäre sicher die Toleranz des demokratischen Prinzips gegenüber zusätzlichen konsultativen Institutionen überschritten.

Die politischen Gegebenheiten in der Bundesrepublik seit 1945 haben dazu geführt, daß die Grenzen, die das demokratische Prinzip für zusätzliche zweite Kammern steckt, wenig ausgelotet wurden. Selbst in der Diskussion um Wirtschafts- und Sozialräte begnügt man sich zu meist mit dem Hinweis auf die beratende Funktion.<sup>213)</sup> Es ist nicht möglich, diese Diskussion in diesem Rahmen nachzuholen. Sicher ist jedoch, daß auch die konsultative Stellung des Senats neben dem Landtag ihm keinen demokratischen Freibrief verschafft.<sup>214)</sup>

---

210) S. etwa *M e d e r*, Art. 3 RdNr. 5, 6.

210a) Zum konsultativen Charakter dieses Einflusses s. B II 3a und Anm. 157 und den Text hierzu.

211) S. zu seinen eigentlichen Organkompetenzen *Z a c h e r*, Struktur und Stellung, S. 371 ff., 10 f. S. ergänzend zu der Vertretung im Rundfunkrat, im Verwaltungsrat des Bayerischen Rundfunks, im Beirat der Akademie für politische Bildung, im Beirat beim Landesamt für Datenverarbeitung und im Stiftungsrat der Bayerischen Landesstiftung: Handbuch des Bayerischen Senats (Loseblatt), S. 120 f.

212) S. dazu *H a n s S c h m i t t - L e r m a n n*, Die Wandlungen des Zwei-Kammer-Systems in Bayern, BayVBl., 4. Jahrg. (1958), S. 289 f.

213) S. dazu *S t e r n*, aaO. (Anm. 8) S. 107 f.; *S a i p a*, aaO. (Anm. 36) S. 532 f.

214) S. zur Problematik eines Wirtschafts- und Sozialrates *P e t e r B a d u r a*, in: *I n g o v o n M ü n c h* (Herausgeber), Bes. Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 1976, S. 300.

## b) Einzelne Aspekte

Somit ist genau zu beobachten, in welchem Maße Veränderungsvorschläge die demokratische Legitimation des Senats beeinträchtigen könnten. Dafür sind die folgenden Richtungen anzugeben:

- In der Erweiterung der Basis des Senats durch speziellere, beliebige und in ihrer eigenen Strukturbasis ungleichartigere Organisationen liegt eine Entfernung vom Prinzip der Allgemeinheit und Gleichheit der Aktivbürgerschaft (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 14 BV). In dem Maße, in dem an die Stelle elementarer und komplexer „Körperschaften“, die primär ihnen eigene Aufgaben wahrnehmen und in sich eine breite Willensbildung unter „gesamtvolksähnlich“ vielfältig konditionierten, Betroffenen und Interessierten realisieren,<sup>215)</sup> Verbände treten, die beliebig zum Zweck der Einflußnahme oder zur Realisierung sekundärer Ziele geschaffen sind und in sich nur einen sehr engen Willensbildungsprozeß durchführen, hören die „Körperschaften“ auf, eine eigenwertige demokratische Legitimation für den Senat abzugeben.<sup>216)</sup> Sie dürften dann einer zusätzlichen demokratischen Grundlage<sup>217)</sup> – sei es durch Volkswahlen, sei es durch Wahlen seitens des Landtags, sei es durch ein anderes Berufungsregime. Ob dafür ein plausibles Modell überhaupt denkbar ist, kann hier offen bleiben.
- Bedarf schon der parlamentarische Abgeordnete des freien Mandats, damit das Parlament als Repräsentation des Volkes anerkannt werden kann (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 13 Abs. 2 BV), so bedarf um so dringlicher der Senator eines freien Mandats (Art. 23 SenG), das die Brücke von seiner partikularen Basis zum Volksganzen zu schlagen hat.<sup>218)</sup> Je spezieller die Verbände sind, die in den Senat entsenden, desto mehr wird das freie Mandat – de jure oder de facto – tangiert.<sup>219)</sup> Desto weniger noch kann der Senat als eine Volksvertretung akzeptiert werden. Analoges gilt für die Fähigkeit der Verbände, Senatoren hervorzubringen, die durch ihre Qualifikation den Mangel an allgemeiner, gleicher demokratischer Legitimation kompensieren.<sup>220)</sup>

---

215) S. noch einmal oben B II 2, D IV 4.

216) S. noch einmal oben B II 2 und 3, C IV 1b.

217) S. a. D IV 3b.

218) S. noch einmal oben B II 3.

219) S. noch einmal B II 3, C IV 1 cc und b. S. insbes. auch Anm. 143.

220) S. oben B II 3, C IV 1 und VI.

- Schließlich gefährdet die Ausweitung des Senats die klare Trennung zwischen dem parteipolitischen, auf allgemeine und gleiche Wahlen zurückgehenden Landtag und dem auf partikularer, korporativer Basis beruhenden Senat.<sup>221)</sup> Abgesehen von dem denaturierenden Einfluß auf das Parteiensystem<sup>222)</sup> kann das bedeuten, daß der Senat zum Instrument wird, die parteipolitische Willensbildung im Landtag als solche zu konterkarieren. Mit anderen Worten: Parteipolitische Kräfte, die als solche im Landtag keine Chance hätten, Einfluß oder gar die Mehrheit zu bekommen, könnten diesen Einfluß über den Senat erwerben. Diese Gefahr bestünde insbesondere bei der Zulassung von Partizipationsverbänden in den Senat. Diese Desintegration des parteipolitisch-parlamentarischen Systems würde die demokratische Rechtfertigung des Senats um ihr zentrales Argument bringen: daß der Senat neben einem Landtag steht, in dem sich die Demokratie nach den Erfordernissen des Art. 28 Abs. 1 GG uneingeschränkt vollziehen kann. Sie würde auch gegen das demokratisch-rechtsstaatliche Prinzip der Klarheit der Verantwortung<sup>223)</sup> verstoßen.

## V. Die quantitative Veränderung des Senats

Alle diese Überlegungen zeigen auch, welchem Urteil eine Umorientierung der Zusammensetzung des Senats in Richtung auf quantitative Maßstäbe ausgesetzt wäre. Wie schon gesagt<sup>224)</sup> läuft eine quantitative Zusammensetzung letztlich darauf hinaus, daß der Senat durch allgemeine und gleiche – wenn auch vielleicht nicht unmittelbare – Wahlen legitimiert werden müßte. Eine quantitative Zusammensetzung ohne diese Legitimation läßt sich nicht denken.

Ein Abgehen vom Prinzip der allgemeinen und gleichen Wahl verlangt das Wagnis eines qualitativen Schlüssels. Über die Konsequenzen, die das für die Kompetenzen des Senats haben muß, braucht hier nicht erneut gesprochen zu werden.<sup>225)</sup> Dieser qualitative Schlüssel bedarf seiner eigenständigen Rechtfertigung.<sup>226)</sup> Diese darf durch quantitative

---

221) S. oben A I, B I 3.

222) S. oben D IV 2b.

223) S. dazu VerfGH 4, 30 (47), 149 (152, 172 f). Weitere Nachweise s. bei Hans F. Zacher, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964, S. 126 Anm. 127.

224) S. oben C V 1, 2.

225) S. oben C V 1, C IV 5a.

226) S. oben C V.

„Beimengungen“ nicht gefährdet werden.<sup>227)</sup> Das ist zunächst ein Erfordernis des demokratischen Prinzips in Verbindung mit dem rechtsstaatlichem Prinzip der Rechtsklarheit.<sup>228)</sup> Das Nebeneinander des quantitativ egalitären Systems des Landtags und des qualitativ-organischen Systems des Senats läßt Unterschiede und Verantwortlichkeiten klar hervortreten. Eine integrale Verbindung im Senat würde die Unterschiede unklar werden lassen und die spezifischen Verantwortlichkeiten abbauen. Was oben<sup>229)</sup> für die Vermischung und die entsprechende Desintegration von Parteien- und Verbände-Systemen gesagt wurde, würde sich – mutatis mutandis – als Vermischung und entsprechende Desintegration des egalitär-numerischen Repräsentationssystems des Landtags mit dem qualitativ-korporativen System des Senats abzeichnen.

Nicht weniger aber würde dieser Systembruch den Gleichheitssatz verletzen. Das prekäre Verhältnis der Senats-Basis zum Gleichheitssatz würde durch eine Vermischung von quantitativen und qualitativen Elementen nicht verbessert, sondern verschlechtert. Was als qualitative Entscheidung noch offengelegt, eingesehen und verantwortet werden kann, entzöge sich durch quantitative Beimengungen der Frage nach dem sachlich rechtfertigenden Grund<sup>230)</sup> endgültig. Das aber ist es, was das Postulat der Systemgerechtigkeit<sup>231)</sup> verhindern will.

Hinzu kommt, daß, wie dargetan,<sup>232)</sup> eine plausible, rationale, eigene Gleichheitsverstöße vermeidende Einführung quantitativer Elemente in das Senats-Konzept ohnedies unmöglich erscheint.

---

227) Zu den quantitativen Elementen im geltenden Senatswahlrecht s. noch einmal C V 4.

228) S. oben Anm. 27 und den Text hierzu.

229) S. oben D IV 3 b.

230) S. dazu noch einmal Anm. 185 und den Text hierzu.

231) S. Christoph D e g e n h a r t, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976.

232) S. oben C V 2.

## **E) ERGEBNISSE**

- I. Landtag und Senat sind zwei Organe zur Repräsentation des bayerischen Volkes.

Im Landtag repräsentieren unabhängige Abgeordnete auf Grund allgemeiner, gleicher, unmittelbarer und geheimer Wahlen. Dabei sind Wähler und Abgeordnete parteipolitisch formiert.

Der Senat soll eine klare Alternative hierzu sein. Er soll deshalb auf Strukturen aufbauen, die parteipolitischer Integration widerstehen, gleichwohl aber eine Repräsentation des Volkes tragen. In der Spannung zwischen dem Ansatz in Gliederungen des Volkes und dem Ziel der Repräsentation des ganzen Volkes kommt der erfahrenen und bewährten Persönlichkeit des unabhängigen Senators besondere Bedeutung zu.

Das Verhältnis der konsultativen Kompetenzen des Senats zu den bestimmenden Kompetenzen des Landtags entspricht der so gegebenen schwächeren demokratischen Legitimation des Senats. Der konsultative Charakter seiner Kompetenzen soll den Senat aber auch davor bewahren, durch die Dynamik stärkerer Befugnisse und unter der Last der Entscheidung parteipolitisch formiert zu werden.

Diesem Nebeneinander des erwägenden, beratenden und entscheidenden Landtags mit dem erwägenden und beratenden, aber nicht entscheidenden Senat entspricht es, den Landtag als Volksvertretung im Sinne des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG anzusehen (Art. 14 BV), den Senat aber einem weiteren und elastischeren demokratischen Rahmen (Art. 20 Abs. 1 und 2, 28 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 2 Abs. 1, 75 Abs. 1 Satz 2 BV) einzuordnen.

- II. Die Strukturen, aus denen der Senat hervorgeht, sind sachlicher und organisatorischer Natur: die für bestimmte Lebensbereiche (Art. 34, 35 Satz 2 BV) „zuständigen Körperschaften“ (Art. 36 Abs. 1 BV).

Vorschläge, die darauf zielen, amtierende oder frühere Richter, Verwaltungsbeamte, Minister usw. in den Senat zu berufen, verlas-

sen diese organisch-korporative Basis. Ihre Verfassungsverträglichkeit hängt davon ab, in welcher Weise diese Persönlichkeiten berufen werden sollen. Die Berufung durch Landtag oder Regierung findet ihre Grenze darin, daß der Senat nicht zu einer unangemessenen Perpetuierung demokratischer Mehrheiten gebraucht werden darf. Die Berufung amtierender Richter und Verwaltungsbeamter kann darüber hinaus mit den Erfordernissen der Gewaltenteilung und sachgerechter Regelung des Zugangs zu öffentlichen Ämtern kollidieren.

III. Vorschläge, die darauf zielen, besondere Frauen-Vertreterinnen in den Senat aufzunehmen, verlassen möglicherweise ebenfalls die organisch-korporative Basis des Senats. Sie verstoßen jedenfalls gegen die Gleichheit von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG).

IV. Um eine eigenständige, gegenüber parteipolitischer Verfremdung resistente, Stabilität vermittelnde, gleichwohl aber glaubwürdige, umfassende und wandlungsfähige Repräsentation des Volkes durch unabhängige Senatoren hervorzubringen und zu tragen, müssen die „zuständigen Körperschaften“ außerhalb der unmittelbaren Staatsorganisation kommunale oder andere partikulare, wesentliche, in der Regel von der Verfassung ausdrücklich bewertete und vielfältige gesellschaftliche Aufgaben auf Dauer in sich in eigener Verantwortung und nicht nur durch Artikulation von Interessen und Meinungen nach außen, insbesondere nicht nur durch Einflußnahme auf staatliche Politik und Öffentlichkeit, erfüllen und so elementare Gliederungen des Volkes darstellen. Eine Organisation entspricht den Anforderungen einer „Körperschaft“ um so mehr, je schwerer verfügbar und je höher im Rang der individuellen Entscheidungshierarchien die personale Eigenschaft ist, welche die Mitgliedschaft in ihr ermöglicht. „Körperschaften“ müssen durch die Bedeutung ihrer Aufgaben und durch Art und Umfang ihrer Organisation sowie durch die Zahl der Senatoren, welche sie oder eine in sich gleichartige Gruppe von „Körperschaften“ stellen, fähig sein, eine hinreichende Zahl von Senatoren zu stellen, sie optimal auszuwählen und ihr unabhängiges Wirken in Kauf zu nehmen.

Vorschläge, die darauf zielen, Partizipationsverbände (deren Zweck es ist, auf die Politik des Gemeinwesens Einfluß zu nehmen), Interessenverbände (die primär Interessen ihrer Mitglieder nach außen wahrnehmen) und Sekundärorganisationen (die keine elementare Gliederung des Volkes verkörpern oder an kein hochrangiges indi-

viduelles Merkmal anknüpfen) in die Basis des Senats einzubeziehen, verlassen – im einzelnen auf sehr unterschiedliche Weise – diesen Rahmen. Will der Verfassungsgeber Partizipations-, Interessen- oder Sekundärorganisationen den „Körperschaften“ im Sinne des Art. 35 Satz 2 BV gleichstellen, so erstreckt er die Basis des Senats auf relativ beliebig vorkommende und neu zu bildende Typen von Organisationen.

- Wollte er sie gleichwohl einbeziehen, so darf er dies nicht im Wege konkreter Einzelentscheidung (nach dem Muster des Art. 35 Satz 2 BV). Vielmehr muß er die Trennlinie zwischen den „senatsfähigen“ und den „nicht senatsfähigen“ Organisationen durch eine abstrakte Norm ziehen. Anders wäre die Kontrolle willkürlichen Ein- oder Ausschlusses nicht möglich. An den insofern durch Rechtsstaats-, Gewaltenteilungs- und Gesetzmäßigkeitsprinzip (Art. 20 Abs. 2 und 3, 28 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 3 Satz 1, 5, 70 Abs. 2 BV) erläuterten und abgesicherten Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 Abs. 1 BV) ist auch der Verfassungsgeber gebunden.
- Dem geringeren Eigengewicht dieser Verbände entspricht die größere Bedeutung, welche der Einbezug in den Senat oder der Ausschluß von ihm für sie haben. Jedenfalls in dem Maße, in dem Einbezug oder Ausschluß normativ unkontrolliert bleiben, verletzt die Gefahr solcher Privilegierung oder Diskriminierung das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 114 BV).
- Kann die relativ beliebige Bildung von Verbänden zu ihrem gesamtpolitischen Einfluß im Senat führen, so erwächst eine Parallele zwischen ihnen und den Parteien, die ihre parlamentarischen Mandate freilich nur auf Grund von Wahlen erlangen. Die Ausweitung des Senats auf einen größeren Kreis von Verbänden kann damit das verfassungsrechtlich vorgegebene Verhältnis von Parteien und Verbänden (Art. 9, 21 GG) zersetzen. Ebenso kann davon eine Beeinträchtigung des primären und notwendigen (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG) politischen Systems des Landtags ausgehen.
- Je zahlreicher und spezieller die in den Senat entsendenden Verbände werden, desto mehr verschärft sich das – jetzt durch den elementaren und komplexen Charakter der „Körperschaften“ gemilderte – Problem der ungleichen Repräsentation des Bürgers im Senat. Diese Entwicklung ist vom Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 Abs. 1 BV) her zu würdigen, im Sinne eines



elementaren demokratischen Prinzips aber auch vom Muster des allgemeinen, gleichen und unmittelbaren Wahlrechts (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 2, 4, 12, 14 BV) her zu beurteilen.

- Politische Zweckhaftigkeit, Spezialität und Kleinheit der in den Senat entsendenden Verbände stellen auch eine Gefahr für die Unabhängigkeit der Senatoren dar. Auch auf diese Weise wird die demokratische Verträglichkeit des Senats in Frage gestellt (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 13 Abs. 2 BV).

V. Vorschläge, die darauf zielen, Gebietskörperschaften stärker zu berücksichtigen, nehmen in Kauf, daß ein Teil der Senatssitze wahrnehmbar von den parteipolitischen Wahlen zu gebietskörperschaftlichen Vertretungskörperschaften bestimmt wird. Auch gegen diese Mischung bestehen Bedenken von den Erfordernissen der Integrität des Parteien- und Verbändesystems und der Klarheit und Dominanz egalitärer und durch Parteien vermittelter Repräsentation des Volkes im Landtag her. Verfassungsrechtlich bedenklich könnte auch eine Zurücksetzung der Repräsentation der Gemeinden hinter der Repräsentation der höheren Gebietsverbände sein (Art. 11 Abs. 2 Satz 1 BV).

VI. Der organisch-korporativen Basis und dem Ziel senatorialer Repräsentation entspricht es, die Sitze im Senat wertend (gewichtend) zu verteilen, nicht egalitär-numerisch wie bei allgemeinen Wahlen. Mitgliederzahlen oder dergleichen quantitative Größen sind keine Kriterien, um die Richtigkeit der Verteilung der Sitze im Sinne des Art. 35 Satz 2 BV zu beurteilen. Der qualitative Schlüssel muß in sich gerechtfertigt werden und einsehbar sein. Quantitative Beimengungen können Rechtfertigung und Einsehbarkeit erschweren. Sie stellen dann einen Systembruch dar, der gegen das Willkürverbot des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 Abs. 1 BV) verstieße. Das gilt um so mehr als ein rein quantitativer Schlüssel selbst sich als unmöglich erweist.



## Notizen

---